COMÉRCIO INTERNACIONAL E CONCORRÊNCIA

Desafios e Perspectivas atuais
Volume I

Organizado por:
Amanda Athayde
Marcelo Guimarães
Paulo Burnier da Silveira

Organizado por:
Amanda Athayde
Marcelo Guimarães
Paulo Burnier da Silveira

Comércio Internacional e Concorrência
Desafios e Perspectivas Atuais
Volume I

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Brasília
2018

ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo; SILVEIRA, Paulo Burnier da (Orgs). *Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais*. Volume I. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2018.

ISBN: 978-85-87999-09-2

1. Comércio internacional. 2. Defesa da concorrência. 3. Interface entre comércio internacional e concorrência.

Organizado por:
Amanda Athayde
Marcelo Guimarães
Paulo Burnier da Silveira
Diagramação e edição: Marcelo Guimarães
Revisão: Marcelo Guimarães
Capa: Amanda Athayde

SUMÁRIO

SOBRE OS ORGANIZADORES 6

SOBRE OS AUTORES 7

NOVAS FRONTEIRAS NA INTERFACE ENTRE O COMÉRCIO INTERNACIONAL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Amanda Athayde, Luciana Maria de Oliveira, Marcelo Guimarães e Paulo Burnier da Silveira 12

PARTE 1 - TÓPICOS ESPECIAIS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA 30

1. O agente público pode ser penalizado pelo Cade em casos de cartel de licitação?

Fernando Antonio de Alencar Alves de Oliveira Junior 31

2. Uma pesquisa empírica sobre a cooperação internacional na instrução dos atos de concentração transnacionais pelo Cade

Isabela Maiolino 60

3. Controle de estruturas nos mercados de atenção: os desafios trazidos pela era digital

Mariana Albuquerque Rabelo 88

4. Big data e o direito concorrencial: os atos de concentração entabulados pelas plataformas digitais e o critério de notificação ao Cade

Vanessa Aparecida Mendes Baesse 112

5. Sistema brasileiro de defesa da concorrência e guerra fiscal: contributos do direito antitruste europeu

Thiago Holanda González 147

6. JBS e atos de concentração: neutralidade concorrencial ou alinhamento com a política campeões nacionais?

Mônica Tiemy Fujimoto 173

7. Neutralidade concorrencial e (im)possibilidade de tratamento antitruste diferenciado às empresas estatais no Brasil

Hamanda Rafaela L. F. Vidal de Negreiros 200

PARTE 2 - TÓPICOS ESPECIAIS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL 232

8. O interesse público e as medidas *antidumping*: análise quantitativa da experiência brasileira (1995-2017)

Adelmar de Miranda Tôrres 233

9. A cláusula da nação mais favorecida e a sua interpretação pelo ICSID

Ana Luiza Becker Salles 264

10. Salvaguardas como medida de proteção e exposição à concorrência: do interesse público na defesa comercial e na defesa da concorrência

Victor de Oliveira Leite e Zahra Faheina Gadelha..... 286

PARTE 3 - TÓPICOS ESPECIAIS DE INTERFACE ENTRE CONCORRÊNCIA, COMÉRCIO E CONSUMIDOR..... 311

11. The four practical interactions between competition policy and trade defense: an empirical analysis of the brazilian competition authority jurisprudence

Agnes Macedo de Jesus..... 312

12. Participação de empresas estrangeiras em licitações públicas: barreiras e sistema de incentivos

Mylena Matos..... 359

13. Design institucional: balcão único de antitruste, consumidor e concorrência desleal?

Eric Hadmann Jasper..... 373

14. Big data e regulação: o necessário diálogo entre o direito do consumidor e do direito da concorrência para a efetiva proteção de dados pessoais

Ana Luisa Tarter Nunes 399

SOBRE OS ORGANIZADORES

Amanda Athayde é professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e da Concorrência no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). É doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UMA. Foi aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne, e é autora de livro, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, da Concorrência e Econômico. É servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos. De 2013 a 2017, foi Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Cade e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste, referente a casos de cartel. Em 2017 se tornou Chefe de Gabinete do Ofício do Ministério Público Federal junto ao Cade (MPF-Cade), elaborando pareceres em processos de direito da concorrência e auxiliando investigações criminais e na cooperação jurídica internacional. Fundadora da rede Women in Antitrust Brasil (WIA).

Marcelo Guimarães é Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Mestre em Direito pela mesma instituição, com estágio de pesquisa na *Université du Québec à Montréal* (UQAM). Professor voluntário na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Assessor no Ofício do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF-Cade).

Paulo Burnier da Silveira é Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Direito pela Universidade de Paris II e pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

SOBRE OS AUTORES

Adelmar de Miranda Tôrres é Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. LLM em Direito Tributário pelo Ibmec (2017). Graduado em Direito pela UnB (2015). Mestre em Economia do Setor Público (2004) pela UnB. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (1990).

Agnes Macedo de Jesus é bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestranda em European Law - Business Law pela Radboud University, Holanda, com especialização em Direito da Concorrência, Direito Empresarial Comparado, Direito Autoral, Direito Tributário Europeu, Direito do Trabalho Europeu e Securitização de Transações. Integrante do Honours Programme da Radboud University no tema Truth and Politics.

Amanda Athayde é professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e da Concorrência no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). É doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UMA. Foi aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne, e é autora de livro, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, da Concorrência e Econômico. É servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos. De 2013 a 2017, foi Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Cade e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste, referente a casos de cartel. Em 2017 se tornou Chefe de Gabinete do Ofício do Ministério Público Federal junto ao Cade (MPF-Cade), elaborando pareceres em processos de direito da concorrência e auxiliando investigações criminais e na cooperação jurídica internacional. Fundadora da rede Women in Antitrust Brasil (WIA).

Ana Luisa Tarter Nunes é Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; Diretora Adjunta de Apoio à Universidade, Pesquisa e Projetos do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon.

Ana Luiza Becker Salles é Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Integra os Grupos de Estudos em Direito das Telecomunicações e Direito dos Transportes da UnB e o Grupo de Estudos em Direito Público da Infraestrutura do IDP. Advogada atuante nas áreas de Direito Administrativo, Regulatório e Portuário e membro da Comissão de Assuntos Regulatórios da OAB/DF no triênio 2016/2018.

Eric Hadmann Jasper é doutorando em direito pela Universidade de Brasília (Unb), mestre em direito (LL.M) pela Columbia Law School e em filosofia pela Unb. Integrou o Governo Federal de 2004 a 2009 em cargos relativos a concorrência, regulação e direito do consumidor. Participou do subgrupo de investigações de cartéis da Rede Internacional da Concorrência (*International Competition Network - ICN*) e participa do subgrupo de condutas unilaterais da ICN. Foi associado ao escritório Freshfields Bruckhaus Deringer em Bruxelas. Integrou o Comitê de Combate à Corrupção e integra o Comitê de Direito da Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal. Sua atuação em casos de relevo tem sido destacada nas publicações internacionais Chambers and Partners (desde 2014), Legal 500 e Leaders League.

Fernando Antonio de Alencar Alves de Oliveira Junior é Graduado em direito (UFPE), especialista em direito da concorrência (FGV/SP), em direito regulatório (UnB) e em direito aplicado ao Ministério Público Federal (ESMPU). Mestre pela UnB, doutorando pela UnB. Procurador da República.

Hamanda Rafaela L. F. Vidal de Negreiros é Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba-UFPB (2007). Especialista na área de Direito Público (Processo Civil e Tributário-2008/2010). Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília-UnB (2014). Advogada da União desde 2010, atualmente exercendo as suas funções na Coordenação de Estudos e Pareceres da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE.

Isabela Maiolino é Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Foi Assistente e Coordenadora-Substituta da Superintendência-Geral do CADE, tendo atuado com investigação de cartéis internacionais, condutas unilaterais e instrução de atos de concentração, de 2015 a 2018. Diretora de Publicações da rede Women in Atitrust Brasil (WIA).

Luciana Maria de Oliveira é advogada consultora, professora e, atualmente, *visiting scholar* na NYU ABU Dhabi. Possui programa de pós-doutorado em direito internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com *visiting researcher position* no *Graduate Institute of International and Development Studies; visiting scholar* no *Institute for International Law and European Law - Georg-August-Universität Göttingen*, Alemanha; e *visiting scholar* no Faculdade de Direito da Universidade de Viena, Austria. Concluiu doutorado e mestrado em direito internacional, ambos com distinção, na Faculdade de Direito da USP e programa de especialização em direito das obrigações: contratos internacionais do direito internacional privado, na UNESP. Como professora, lecionou na Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP) e na Universidade Bandeirante as disciplinas direito internacional público, direito internacional privado, economia internacional, direito do comércio internacional e relações internacionais. Foi pesquisadora *senior* na Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getulio Vargas - Centro de Comércio Global e Investimentos, entre 2012 e 1015. Em 2011, integrou o programa de pesquisa para doutorandos da OMC (*WTO Ph.D. Research Programme*), e o programa de formação em direito do comércio internacional da Missão Permanente do Brasil na OMC e em Outras Organizações Econômicas Internacionais em Genebra (DELBRASOMC). Como advogada consultora em direito do comércio internacional, atuou no escritório Azevedo Sette Advogados em São Paulo-Brasil, Viena-Austria e em Abu Dhabi-EAU. Atuou também no escritório BMA Barbosa Müsnich Aragão e na Advocacia Masato Ninomiya, ambos em São Paulo, Brasil.

Marcelo Guimarães é Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Mestre em Direito pela mesma instituição, com estágio de pesquisa na *Université du Québec à Montréal* (UQAM). Professor voluntário na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Assessor no Ofício do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF-Cade).

Mariana Albuquerque Rabelo é Graduada em Direito e Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasilia, Advogada.

Mônica Tiemy Fujimoto é bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), mestranda em Direito na Universidade de Brasília (UnB), na linha de pesquisa Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação. Foi Coordenadora Substituta da equipe responsável pela investigação de cartéis em licitações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, onde foi indicada a ocupar a posição de Coordenadora. Também fez parte do corpo técnico da equipe responsável pela negociação do Acordos de Leniência do mesmo órgão. Atualmente é advogada do escritório Gustavo Tepedino Advogados.

Mylena Matos é assistente do Gabinete da Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade), responsável pela negociação de acordos de leniência antitruste. Anteriormente, foi Coordenadora-Substituta da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 8, também na SG/Cade, incumbida de investigar cartéis no Brasil, sobretudo relacionados a licitações públicas. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e Pós-Graduanda em Direito Societário na Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Paulo Burnier da Silveira é Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Direito pela Universidade de Paris II e pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Thiago Holanda González é Procurador do Estado do Rio Grande do Sul com atuação perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Advocacia Pública pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE) / *Ius Gentium Conimbrigae* (Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

Vanessa Aparecida Mendes Baesse é Especialista em Direito Contencioso pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Especialista em Direito Processual pela

Universidade da Amazônia - UNAMA. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Advogada atuante nas áreas de Direito Administrativo, Regulatório e Tributário junto à Petrobras.

Victor de Oliveira Leite é Graduado em Relações Internacionais e em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduando em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas. Trabalhou como Analista de Comércio Exterior no Departamento de Defesa Comercial (DECOM), da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Integrou a Coordenação-Geral Antidumping e Circunvenção, responsável pela condução de investigação de prática de dumping nas exportações para o Brasil e de dano dele decorrente. Responsável pela condução de investigação anticircunvenção. Atualmente é Assessor da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), responsável pelo assessoramento em matérias concorrenciais referentes a infrações à ordem econômica e a atos de concentração econômica

Zahra Faheina Gadelha é graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Ceará, pós-graduada em Defesa Comercial pelo IBMEC. Trabalha como Analista de Comércio Exterior no Departamento de Defesa Comercial (DECOM), da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços.

NOVAS FRONTEIRAS NA INTERFACE ENTRE O COMÉRCIO INTERNACIONAL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Amanda Athayde
Luciana Maria de Oliveira
Marcelo Guimarães
Paulo Burnier da Silveira

Comércio Internacional e Defesa da Concorrência são políticas convergentes ou antagônicas? Quais são os desafios e as perspectivas atuais para esse tema? Quais são as novas fronteiras na interface entre ambas as áreas de estudo? Essas foram as perguntas que nortearam a organização deste livro. O presente volume originou-se de um esforço de compilação dos trabalhos apresentados pelos alunos inscritos na Disciplina "Comércio Internacional e Defesa da Concorrência", do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), ministrada pela Professora Doutora Amanda Athayde e pelo Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira, com o apoio do pesquisador Mestre Marcelo Guimarães.

O principal objetivo desta coletânea é possibilitar uma análise crítica a respeito da interface entre as normas, princípios e práticas norteadoras do Direito do Comércio Internacional e do Direito Concorrencial, com o intuito de ampliar o debate entre os leitores e estudiosos das mencionadas disciplinas, a respeito dos principais *hot topics* que permeiam o debate na atualidade. Para tanto, o plano de curso da Disciplina na UnB teve como tônica a escolha de um tema central e, a partir deste, a condução de uma exposição analítica e crítica, com base em dois principais eixos: inicialmente, o Comércio Internacional e, posteriormente, a Defesa da Concorrência. Ao final, eram abertos os debates, para que fossem analisadas as similaridades, diferenças, e os espaços de convergência e de divergência.

Este tema é tão atual que foi alvo de uma sessão especial de debates na Organização Mundial de Comércio em junho deste ano sob o título "WTO Thematic Seminar on Competition Policy, Trade and Development: Reviewing Practical Experience with Existing WTO Agreements". Na ocasião, abordou-se a interface entre a defesa da concorrência e a propriedade intelectual no âmbito do Acordo TRIPS, bem

como aspectos relacionados às contratações públicas internacionais e comércio eletrônico.[1]

Nesse sentido, o primeiro grande debate da Disciplina da Pós-Graduação foi sobre "**As Interfaces entre Defesa da Concorrência e Comércio Internacional**". Para tanto, a primeira parte da discussão apresentou, em termos mais gerais, a controvérsia na qual foram sugeridos como bibliografia obrigatória dois documentos: o primeiro elaborado pelo Secretariado da Organização Mundial do Comércio (OMC)[2] e o segundo de autoria da Profa. Juliana Oliveira Domingues[3]. Ademais, como bibliografia complementar, foram sugeridos o artigo do Professor Fabrizio Benedetto[4] e os votos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Ato de Concentração (Owens Corning/Saint Gobain)[5], na Consulta ABIPET[6] e no Processo Administrativo da ABRINQ[7]. Em seguida, buscou-se debater, especificamente, o embate entre a defesa da concorrência e as medidas antidumping. Com este intuito, sugeriu-se como

---

[1] Entre outros, seguem recomendações de leitura do Seminário na OMC: ANDERSON, Robert; KOVACIC, William; MULLER, Anna Caroline, SPORYSHEVA, Nadezhda. "Competition Policy, Trade and the Global Economy". Working Paper. Genebra, Maio de 2018; HEIMLER, Alberto. "Cartels in Public Procurement". SSPA Roma, 2018.

[2] WORLD TRADE ORGANIZATION. *Synthesis Paper on the Relationship of Trade and Competition Policy to Development and Economic Growth*. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. WT/WGTCP/W/80, 18 September 1998.

[3] DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência e Comércio Internacional: reflexões sobre as duas faces da mesma moeda. *In. O Direito Brasileiro em Evolução.* São Paulo: Almedina, 2017.

[4] BENEDETTO, Fabrizio. *Towards an International Legal Framework for Competition Law*: An EU Perspective. Czech Yearbook of International Law, Vol. VIII; ISBN/EAN: 978-90-824603-5-3 (2017).

[5] CADE. Ato de Concentração nº 08012.001885/2007-11 - Owens Corning e Compagnie de Saint-Gobain, sobre revisão da TEC. Jul 2008.

[6] CADE. Consulta nº 08700.001710/2012-13 - ABIPET, sobre os impactos da regra de origem do Mercosul na indústria de PET. Out 2013.

[7] CADE. Processo Administrativo nº 08012.009462/2006-69 - ABRINQ, sobre a competência para examinar a validade e a legalidade de políticas específicas em matéria de defesa comercial. Jul. 2015.

bibliografia obrigatória um trecho do livro da Profa. Leonor Cordovil[8] e o Relatório do Departamento de Estudos Econômicos do CADE (DEE/CADE)[9]. Foram também recomendados, como bibliografia complementar, artigo de Chad Bown e Rachel MC Culloch[10], duas Notas Técnicas emitidas pela Secretaria de Assuntos Econômicos do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) (a primeira sobre o mercado de sal[11] e a segunda sobre o mercado de aços planos[12]) e, por fim, dois votos do CADE em Atos de Concentração (Brasken/Solvay[13] e ICL/Bromisa[14]).

O segundo grande debate da Disciplina da Pós-Graduação foi sobre a existência de um "**Balcão Único na Defesa da Concorrência e no Comércio Internacional**". Para tanto, a primeira parte da discussão se ocupou da apresentação e debate sobre o tema "balcão único para a notificação de fusões internacionais", no qual foram sugeridos como bibliografia obrigatória um trecho do livro do Prof. Paulo Silveira Burnier[15] e um artigo de Oliver Budzinski[16]. Sugeriu-se, ainda, como bibliografia complementar, um documento da Organização para

---

[8] CORDOVIL, Leonor. O interesse público no antidumping. USP: Tese de Doutorado, 2009. (Cap. II)

[9] DEE/CADE. Antidumping e concorrência no Brasil: uma avaliação empírica. Documento de Trabalho 001/2017.

[10] BOWN, Chad. MC CULLOCH, Rachel. Antidumping and market competition: implications for emerging economies. 2015.

[11] Nota Técnica n. 105/2017-COGCR/SUCON/SEAE/MF, mercado de sal. Ago 2017.

[12] Nota Técnica n. 001/2018-GMF/SPE/SEAE/MF, mercado de aços planos. Jan 2018.

[13] CADE. Ato de Concentração nº 08700.000436/2014-27 - Brasken/Solvay no mercado de PVC. Nov 2014.

[14] CADE. Ato de Concentração nº 08700.0003441/2014-47 - ICL/Bromisa, sobre imposição de medidas antidumping. Dez 2014.

[15] SILVEIRA, Paulo Burnier da. "Le contrôle des concentrations transnationales: perspectives comparées". *Revue Innovations*. nº 35. Bruxelas: De Boeck Université, 2011.

[16] BUDZINSKI, Oliver. "Lead Jurisdiction Concepts Towards Rationalizing Multiple Competition Policy Enforcement Procedures". *Ilmenau Economics Discussion Papers*. vol. 19. nº 87. Ilmenau, 2014.

Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)[17] e um artigo de autoria de João Felipe Aranha Lacerda[18]. Em seguida, buscou-se debater a respeito de um balcão único para o registro de patentes, e para tanto foi apresentado o "*Patent Prosecution Highway*" (PPH) no artigo da Dany Mendes *et al*.[19], bem como no artigo de Victor Veekind[20]. Como bibliografia complementar foi sugerida a leitura do Guia do Projeto Piloto PPR do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI)[21] e um artigo do Professor André de Carvalho Ramos[22].

O terceiro grande debate da Disciplina da Pós-Graduação abarcou os impactos do chamado "**Big Data**". Para tanto, a primeira parte da discussão contemplou o papel do "big data" no direito concorrencial, no qual constavam como bibliografia obrigatória artigo de Daniel Sokol e Rison Comerford[23] e estudo elaborado por Maurice Stucke e Allen Grunes[24]. Como bibliografia complementar, foram indicados o estudo de Bjorn Lundqvist[25] e o Relatório emitido pela *Autorité de la concurrence e*

---

[17] OCDE. "Challenges of International Cooperation in Competition Law Enforcement". Paris, 2014.

[18] LACERDA, João Felipe Aranha. "The leniency programs and the creation of a one-stop shop for markers". *Revista de Defesa da Concorrência*. nº 4. Brasília: CADE, 2014.

[19] MENDES, Dany; e outros. "A integração formal do Patent Prosecution Highway (PPH) no âmbito do Patent Cooperation Treaty (PCT): uma análise juseconômica". *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 52. nº 206. Brasília, 2015.

[20] VEEFKIND, Victor. "The Unitary Patent Package: One-Stop-Shop or Shopping Mall?". Dissertação de LLM na Universidade de Liverpool, 2014.

[21] INPI. Guia do usuário: projeto piloto PPH, 2015.

[22] RAMOS, André de Carvalho. "Cooperação jurídica internacional e o diálogo das fontes no direito internacional contemporâneo". *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. nº 10. Assunção, 2017.

[23] SOKOL, Daniel; COMERFORD, Rison. "Antitrust and Regulation Big Data". *George Mason Law Review*, v. 199, 2016.

[24] STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. "No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data". *University of Tennessee Legal Studies Research Paper* nº 269, 2015.

[25] LUNDQVIST, Bjorn. "Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World". *Stockholm Faculty of Law Research Paper*, 2017.

Bundeskartellamt[26]. Em seguida, o debate foi a respeito do enfrentamento aos cartéis de algoritmos, em que a bibliografia obrigatória contemplou o estudo publicado por Maurice Stucke e Ariel Ezrachi[27] e o artigo de Michal S. Gal & Niva Elkin-Korean[28]. Como bibliografia complementar, foram sugeridos uma Nota do Secretariado da OCDE[29] e um estudo de autoria de Avigdor Gal[30].

O quarto grande debate da Disciplina da Pós-Graduação foi sobre os "**Padrões Privados na Defesa da Concorrência e no Comércio Internacional**". Para tanto, a primeira parte da discussão foi sobre o modo no qual os padrões privados podem representar restrições ao comércio internacional. Como bibliografia obrigatória foi indicado um estudo da OCDE[31] e um artigo de autoria de Vera Thorstensen *et al* [32]. Para bibliografia complementar, foram sugeridos o texto de Manuela K. do Amaral[33], o estudo de Jeanne C. Fromer[34], o artigo publicado por Petros C. Mavroidis *et al* [35], o estudo proposto por Joost Pauwelyn[36] e o artigo de Fernanda G. Bertolaccini[37]. Em seguida, o debate abrangeu o

---

[26] Autorité de la concurrence e Bundeskartellamt. Report on "Competition Law and Data", 2016.

[27] STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. "Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition". Research Paper #267. Maio, 2015.

[28] GAL, Michal S. & ELKIN-KOREN, Niva. "Algorithmic Consumers". Harvard Journal of Law & Technology. Volume 30. nº 2, 2017.

[29] OCDE. Nota do Secretariado. "Algorithms and Collusion". Paris, 2017.

[30] GAL, Avigdor. "It's a Feature, not a Bug: On Learning Algorithms and what they teach us". OECD Roundtable on Algorithms and Collusion. Paris, 2017.

[31] OCDE. Standard Setting, 2010.

[32] THORSTENSEN, Vera, *et al*. *Regulatory Barriers to Trade: TBT, SPS and Sustainability Standards*, 2016 (Cap. 3).

[33] DO AMARAL, Manuela Kirschner. O desafio do "protecionismo privado" e as regras multilaterais de comércio da OMC. RBDE - 115.

[34] FROMER, Jeanne C. The Unregulated Certification Mark(et). *Stanford Law Review*, Jan. 2017. pp. 121-200.

[35] MAVROIDIS, Petros C.; WOLFE, Robert. Private Standards and the WTO: Reclusive no More, 2016/2017.

[36] PAUWELYN, Joost. Rule-Based Trade 2.0? The Rise of Informal Rules and International Standards and How They May Outcompete WTO Treaties, 2014.

[37] BERTOLACCINI, Fernanda Gianesella. Padrões Privados no Comércio Internacional: impactos sobre o etanol brasileiro. USP, 2016.

enquadramento de práticas relacionadas a padrões privados como condutas anticompetitivas no direito concorrencial, adotando-se como estudos obrigatórios o artigo de DJ Teece e EF Sherry[38] e o artigo de Jorge L. Contreras[39]. Como bibliografia complementar, foram sugeridos o estudo elaborado por Linda Fulponi[40] e o Processo Administrativo do CADE 08012.002917/2002-91[41].

O quinto grande debate da Disciplina da Pós-Graduação envolveu os temas "**Economia Digital e Plataformas de Dois lados**". Para tanto, a primeira parte da discussão circunscreveu a análise antitruste em mercados de vários lados (*multi-sided markets*), no qual constavam como bibliografia obrigatória o NBER Working Paper de autoria de David S. Evans e Richard Schmalensee[42] e um estudo de Sebastian Wismer e Arno Rasek[43]. Como bibliografia complementar, foram sugeridos artigo de Lina Khan[44] e uma publicação de Mark Anderson & Max Huffman[45]. Em seguida, o debate foi direcionado ao tema da economia digital e os chamados "mercados de atenção", cuja bibliografia obrigatória contou

---

[38] TEECE, DJ.; SHERRY, EF. Standards Setting and Antitrust. 87 *Minn. L. Rev.* 1913 (2002-2003).

[39] CONTRERAS, Jorge L. From Private Ordering to Public Law: The Legal Frameworks Governing Standards-Essential Patents. Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 30, p. 211, 2017.

[40] FULPONI, Linda. Private Voluntary Standards in the Food System: the Perspective of Major Food Retailers in OECD Countries. Vol. 31, Issue 1, February 2006, pages 1-13.

[41] Processo Administrativo 08012.002917/2002-91. Representante: "Publicações Técnicas Internacionais (PTI)". Representados: "Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e Target Engenharia e Consultoria (Target)".

[42] EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. *NBER Working Paper* nº 18783. February 2013.

[43] WISMER, Sebastian; RASEK, Arno. "Market Definition in Multi-Sided Markets". *Note for OECD*, 2017.

[44] KHAN, Lina. "Amazon's Antitrust Paradox". *Yale Law Journal*, Vol. 126, 2017.

[45] ANDERSON, Mark & HUFFMAN, Max. The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a Firm, a Cartel, or Something in Between?. *Columbia Business Law Review* (Forthcoming).

com o Draft "The Economics of Attention Markets", de David Evans[46], e um estudo de Tim Wu[47]. Como bibliografia complementar, foram sugeridos o texto "Competition law as regulation", de Niamh Dunne[48], e o artigo "Reflexões sobre a disfunção dos mercados", do Professor Calixto Salomão[49].

O sexto grande debate da Disciplina da Pós-Graduação compreendeu o tema das "**Cláusulas *Most-Favoured Nation* no Comércio Internacional e no Direito da Concorrência**". Para tanto, a primeira parte da discussão abrangeu as cláusulas MFN nos Acordos da OMC e nos Tratados de Investimento Estrangeiro. Como bibliografia obrigatória, foi recomendado um documento da OMC sobre os princípios do tratamento nacional, da nação mais favorecida e transparência[50] e um artigo de autoria de Facundo Péres-Aznar[51]. Como bibliografia complementar, foram sugeridos quatro textos, sendo o primeiro de Ingrid Vandenborre e Michael J. Frese[52], o segundo publicado por Stephan Schill[53], o terceiro de autoria de Yannick Radi[54] e o quarto de D.

---

[46] EVANS, David. The Economics of Attention Markets. Revision of September 29, 2017 Draft.

[47] WU, Tim. Blind Spot: The Attention Economy and the Law. Forthcoming, 2018.

[48] DUNNE, Niamh. Chap. 2. "Competition Law as Regulation". In: *Competition Law and Economic Regulation:* Making and Managing Markets. Cambridge University Press, 2015.

[49] SALOMAO FILHO, Calixto. "Reflexões sobre a disfunção dos mercados". *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Vol. 64, 2014.

[50] WORLD TRADE ORGANIZATION. *Background Note on the Fundamental WTO Principles of National Treatment, Most-Favoured-Nation Treatment and Transparency*, 1999.

[51] PEREZ-AZNAR, Facundo. The Use of Most-Favoured-Nation Clause to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, 2018, 0, 1-29.

[52] VANDENBORRE, Ingrid; FRESE, Michael J. *Most Favoured Nation Clauses Revisited*, 35(12) E.C.J.R. 588, 2014.

[53] SCHILL, Stephan. *MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism*: A Reply to Simon Batifort and J. Benton Heath, 2018.

[54] RADI, Yannick. The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse". *European Journal of International Law*, Vol. 18, Issue 4, 1 September 2007, pages 757-774.

Robertson[55], sobre os acordos de parceria econômica entre a União Europeia e a ACP. Em seguida, o debate foi a respeito do enquadramento das cláusulas MFN como restrições à concorrência. Como bibliografia obrigatória foram recomendados: o artigo de E.P. Ribeiro e Carolina Saito[56] e o Working Paper de autoria de Pinar Akman[57]. Como bibliografia complementar, foram sugeridos o Capítulo 6.4 da obra "Antitruste, Varejo e Infrações à Ordem Econômica", de autoria da Professora Amanda Athayde[58]; o estudo publicado por Laura Atlee e Yves Botteman[59]; o artigo publicado por Jonathan B. Baker e Judith A. Chevalier, de 2013[60]; e o estudo "The law and economics of most-favoured nation clauses", de Franciso E. Gonzalez-Diaz e Matthew Bennett[61].

O sétimo grande debate da Disciplina da Pós-Graduação foi sobre "**Política Industrial, Empresas Públicas e Neutralidade Concorrencial**". Para tanto, a primeira parte da discussão lidou com as questões do interesse público e o princípio da neutralidade concorrencial, no qual constavam como bibliografia obrigatória o artigo de Eleanor Fox

---

[55] ROBERTSON, D. EU-ACP Economic Partnership Agreements: Modern Colonialism Disguised in Violation of the WTO.

[56] RIBEIRO, E.P.; SAITO, Carolina. Defesa da concorrência e cláusulas contratuais de preços que se referem a terceiros: cláusulas de nação mais favorecida (MFN). In: Elvino de Carvalho Mendonça; Fabio Luiz Gomes; Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. (Org.). Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira. 1ed. São Paulo: Migalhas, v., p. 145-169.

[57] AKMAN, Pinar. A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses. *Working Paper*, School of Law, University of Leeds, 2005.

[58] ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, Varejo e Infrações à Ordem Econômica*. São Paulo: Ed. Singular, 2017. Cap. 6.4, pp. 301-332.

[59] ATLEE, Laura; BOTTEMAN, Yves. Resale Price Maintenance and Most-Favoured-Nation Clauses: The Future Does Not Look Bright. *Competition Policy International*, Inc. 2013.

[60] BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The Competitive Consequences of Most-Favoured-Nation Provisions. *Antitrust*, v. 27, nº 2, Spring 2013.

[61] GONZALES-DIAZ, Franciso Enrique; BENNETT, Matthew. The Law and Economics of Most-Favoured-Nation Clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, Issue 3, Aug. 2015.

e Deborah Healey[62] e o texto de Vinicius Carvalho e Ricardo Castro[63] a respeito da política industrial brasileira, campeões nacionais e antitruste. Como bibliografia complementar, foram sugeridos os estudos "Merger control and the public interest", de Alison Jones e John Davies[64], e "Competition Agencies, Independence, and The Political Process", de William Kovacic[65]. Em seguida, o debate contemplou as licitações públicas, concorrência e empresas estrangeiras. Foram recomendadas como bibliografia obrigatória uma Nota para a Comissão Europeia de Stephane Saussier[66] e um estudo elaborado por Elizabeth Farina e Paulo Azevedo[67]. Como bibliografia complementar, recomendou-se os textos de Sergio Lazzarini[68] e de Jesse Torres Pereira Jr.[69].

O oitavo grande debate da Disciplina da Pós-Graduação abarcou o tema "**Combate à Corrupção, Concorrência e Comércio Internacional**". A primeira parte da discussão circunscreveu o embate entre o combate à corrupção e a defesa da concorrência, notadamente a respeito da pluralidade de investigadores e o risco de punição excessiva.

---

[62] FOX, Eleanor; HEALEY, Deborah. "When State Harms Competition: the Role for Competition Law". *Antitrust Law Journal*, nº 3, 2014.

[63] CARVALHO, Vinicius; CASTRO, Ricardo. "Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: uma avaliação crítica." In: *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS*. Série Direito em Debate - Direito Desenvolvimento Justiça. Vol. 1. Saraiva, 2012.

[64] JONES, Alison; DAVIES, John. "Merger control and the public interest: balancing EU and national law in the protectionist debate". *European Competition Journal*, 2014.

[65] KOVACIC, William. "Competition Agencies, Independence, And The Political Process". *OECD Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities.* Paris, 2014.

[66] SAUSSIER, Stephane. "An Economic Analysis of the Closure of Markets and other Dysfunctions in the Awarding of Concession Contracts". Nota para a Comissão Europeia. Paris, 2012.

[67] FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo. "Política Industrial e Defesa da Concorrência: considerações sobre a experiência brasileira dos anos 90". Economia, Niterói, v. 2, nº 2, 2001.

[68] LAZZARINI, Sergio. Cap. 3 "Ligações Perigosas? O Entrelaçamento entre o Capital Público e Capital Privado no Brasil". Capitalismo de Laços. São Paulo: Elsevier, 2011.

[69] PEREIRA Jr., Jesse Torres. Licitações e contratações entre empresas no Mercosul. Conjur, 2018.

Constavam como bibliografia obrigatória o documento da OCDE "Fighting Corruption and Promoting Competition", de 2014[70], e o artigo da Professora Amanda Athayde, Priscilla Craveiro e Bruna Piazera[71]. Como bibliografia complementar, foram sugeridos o artigo de David Lewis e Reena Das Nair[72] e o estudo de Michael Kramer de 2014[73]. Em seguida, foi debatido se o combate à corrupção poderia resultar em impactos (positivos e/ou negativos) às exportações brasileiras. Para tanto, a bibliografia recomendada como obrigatória foi um estudo da OCDE de 2006[74] e o artigo de Richard Damania, Per F. Fredriksson e John A. List[75]. Como bibliografia complementar, foi sugerida a Resolução nº 88/2017 da CAMEX[76] e um relatório da Transparência Internacional "Exporting corruption?", de 2015[77].

Ao final de todos estes debates, foram selecionados os artigos dos alunos que melhor atenderam à proposta da Disciplina, sabendo conciliar, com clareza e objetividade, a articulação das ideias à profundidade de uma análise crítica do tema. Assim, o livro foi organizado em três grandes blocos.

No primeiro bloco, foram consolidados os artigos que abordaram os tópicos relacionados, sobretudo, à Defesa da Concorrência.

---

[70] OCDE. Fighting corruption and promoting competition. Background Paper + Contribution from Brazil. 2014.

[71] ATHAYDE, Amanda; CRAVEIRO, Priscilla; PIAZERA, Bruna. Colusão única ou múltiplas colusões no direito antitruste: parâmetros para uma Hidra de Lerna?, Revista de Direito Público EDU, Porto Alegre, Vol. 14, nº 78, 2017. pp. 115-128, nov-dez. 2017.

[72] LEWIS, David; NAIR, Reena Das. "Fighting Corruption and Promoting Competition". Paris: OCDE, 2014.

[73] KRAMER, Michael. "Collusive bidding by contractors". Paris: OCDE, 2014.

[74] OCDE. Recommendations on Bribery and officially supported export credits. 2006.

[75] DAMANIA, Richard; FREDRIKSSON, Per F.; LIST, John A. Trade liberalization, corruption and environmental policy formation: theory and evidence. 2000.

[76] Resolução nº 88/2017 CAMEX, que condiciona o apoio oficial brasileiro à exportação à assinatura da Declaração de Compromisso do Exportador.

[77] Transparência Internacional. Exporting corruption? Country Enforcement of the OECD Anti-bribery convention progress report. 2015.

O artigo de autoria de Fernando Antonio de Alencar Alves de Oliveira Junior traz o questionamento **"O Agente Público Pode ser Penalizado pelo Cade em Casos de Cartel de Licitação?"** como título. O autor propõe uma reflexão a respeito da possibilidade (ou impossibilidade) de um agente público vir a ser responsabilizado perante o CADE por auxiliar, mediante a prática de corrupção, um cartel em licitação, com base nos ditames da Constituição Federal de 1988; da Lei nº 12.529/2011 (responsável por reunir as atividades ligadas à investigação e ao julgamento na esfera do CADE e por criar um sistema de análise prévia de atos de concentração); e de entendimento externado pela Superintendência Geral do CADE. Conforme explica o autor: "…*os cartéis de licitação constituem exemplos interessantes de condutas, uma vez que os envolvidos, ao acertarem as propostas a serem oferecidas nas compras estatais, não apenas ofendem a livre concorrência, mas também o caráter competitivo do processo licitatório*." Esclarece, ainda, ser possível a coexistência de atos de corrupção, consubstanciados em acordos ilícitos com o agente público e amparados por meio do pagamento de propina. Com vistas a promover ou garantir a proteção da conduta ilegal, o agente público não raro reincide na conduta ilícita, ofendendo, em um segundo momento, a probidade administrativa. A Lei nº 12.846/2013 ("Lei Anticorrupção") e a Lei nº 12.850/2013 ("Lei das Organizações Criminosas") têm possibilitado o devido suporte e legitimidade às operações de investigação instauradas e implementadas nesses últimos anos pela Polícia Federal, Ministério Público Federal e Magistratura, para o combate à corrupção. Sem dúvida, as razões apontadas pelo autor, *per si*, justificam o caráter fundamental deste tema e a relevância do debate pela sociedade civil, profissionais e estudantes.

Já o artigo de Isabela Maiolino, intitulado "**Uma Pesquisa Empírica sobre a Cooperação Internacional na Instrução dos Atos de Concentração Transnacionais pelo Cade"**, debate a tendência mundial à adoção do instrumento da cooperação internacional em atos de concentração transnacionais, a fim de se otimizar a instrução de investigações e evitar decisões conflitantes a respeito de uma situação semelhante. De acordo com a autora, este fenômeno mundial tem sido uma consequência natural do aumento do número de fusões entre empresas de nacionalidades distintas. Assim como, da proliferação de diferentes sistemas de controle de atos de concentração; da interdependência entre economias globais; e da adoção da teoria dos efeitos por vários Estados, possibilitando que mais de uma jurisdição tenha competência para investigar o mesmo ato de concentração. Uma vez identificado o

crescimento da prática da cooperação internacional em atos de concentração transnacionais e observado, pela autora, a ausência de estudos no Brasil e de um levantamento completo de como, na *praxis* do CADE, ocorre a cooperação em casos de ato de concentração, Isabela propõe em seu artigo a análise dos atos de concentração ordinários, com decisões finais de mérito emitidas durante a vigência da Lei nº 12.529/2011, com o objetivo de apurar a experiência do CADE em matéria de cooperação internacional com outras autoridades concorrenciais.

Em seguida, o artigo de autoria de Mariana Albuquerque Rabelo aborda o instigante tema dos **"Controle de Estruturas nos Mercados de Atenção: Os Desafios Trazidos pela Era Digital"**. Em sua análise, Mariana conceitua e caracteriza os "mercados de atenção" e salienta o grande volume de negócios movimentados a partir das plataformas digitais. Chama a atenção, consequentemente, para a importância e urgência de o Direito Concorrencial estabelecer uma regulamentação mais detida a respeito destes mercados, também conhecidos como "negócios de dois lados", em que pesem os desafios que oferecem ao Direito da Concorrência, como a presença de efeitos de rede indiretos entre os dois lados do balcão.

Esta coletânea conta, ainda, com uma análise interessante desenvolvida por Vanessa Aparecida Mendes Baesse, sobre o tema **"Big Data e o Direito Concorrencial: Os Atos de Concentração Entabulados pelas Plataformas Digitais e o Critério de Notificação ao Cade"**. Na investigação, a autora questiona se os atos de concentração praticados pelas plataformas digitais realmente deveriam permanecer à margem da análise do CADE. A pesquisa aborda o modelo de negócios denominado "mercado de dois lados" ou "plataforma de dois lados", integrado pelas plataformas digitais orientadoras de dados e, atualmente, pelas empresas que compõem o "Big Data" ou "Big Tech": Amazon, Google, Facebook, Apple e Microsoft. Consideradas as cinco principais empresas de tecnologia dos EUA, na atualidade, juntas integram um patrimônio de aproximadamente US$ 3,3 trilhões (dólares). Conforme explica a autora, as plataformas digitais em questão, tão presentes na vida de cada um de nós, surgiram a partir de ideias altamente inovadoras e, desde a sua efetiva implementação, lograram um crescimento comercial vertiginoso e inusitado. Trata-se de um modelo de negócios ainda destituído de regulamentação, tendo em vista o seu caráter recente, mas que tem se mantido em um patamar estável devido a estratégias empresariais voltadas à administração e expansão dessas empresas. Em meio a esse contexto, o estudo questiona se a estratégia adotada pelas plataformas digitais, da

prática de atos de concentração a partir da aquisição de empresas menores, não deveria ser objeto de análise pelo CADE, a despeito de estes atos não se enquadrarem nos critérios de notificação previstos no artigo 88 da Lei nº 12.529/2011.

Em seguida, no artigo intitulado "**Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Guerra Fiscal: Contributos do Direito Antitruste Europeu**", Thiago Holanda Gonzáles lança luz sobre a experiência institucional e a regulamentação europeia do "*State AIDS*", a fim de identificar os problemas em comum vivenciados pelo Direito brasileiro. Isto porque, inexiste no Direito Antitruste brasileiro previsão legal específica para o controle de atos estatais, assim como uma regulamentação a respeito dos métodos e abordagens específicos para o controle dessas medidas. Por essa razão, o autor investiga as condutas que podem ser equiparadas aos "*State AIDS*" no Direito brasileiro e como opera o arranjo institucional oferecido pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Por fim, questiona se os órgãos brasileiros especializados detêm competência para fornecer as ferramentas pertinentes ao controle dessas medidas, bem como quais são as dificuldades e os limites (ou lacunas) existentes no arcabouço jurídico brasileiro.

Na sequência, o artigo desenvolvido por Mônica Tiemy Fugimoto aborda o polêmico e tão atual tema do **"JBS e Atos de Concentração: Neutralidade Concorrencial ou Alinhamento com a Política Campeões Nacionais?"**. No trabalho, a autora questiona sobre a existência de uma neutralidade concorrencial por parte do CADE, ou de um alinhamento deste órgão com a Política dos Campeões Nacionais proposta pelo governo federal. O tema analisado envolve o controvertido debate sobre a política adotada durante os governos Lula e Dilma, ao longo dos anos 2008 e 2014, tendo em vista os inúmeros escândalos de corrupção apurados durante as investigações da Operação Lava Jato envolvendo o governo federal neste período, assim como as empresas que recebiam os investimentos e os financiamentos do BNDES. Conforme relatado pela autora, a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), implementada a partir de 2008, também conhecida como a "Política dos Campeões Nacionais", contou com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) como uma de suas peças chaves, na medida em que o banco fomentava os recursos ao governo para a promoção da política e consequente criação dos campeões nacionais. A partir dos investimentos realizados pelo BNDES, determinadas empresas de setores estratégicos para a economia brasileira iniciaram um processo de crescimento sem precedentes. Este estudo analisa especificamente a

empresa JBS, que se tornou uma das gigantes brasileiras no setor de exportações de carne bovina e pivô de um dos maiores escândalos da atualidade. Por fim, discute se, ao longo da vigência da "política dos campeões nacionais", o CADE atuou de forma neutra na análise dos atos de concentração notificados pela empresa, possibilitando, assim, que esta assumisse um protagonismo no cenário internacional.

Por fim, este bloco conta com a contribuição oferecida por Hamanda Rafaela L. F. Vidal de Negreiros, objeto do artigo **"Neutralidade Concorrencial e (im)Possibilidade de Tratamento Antitruste Diferenciado às Empresas Estatais no Brasil".** A pesquisa é pautada na indagação sobre de que maneira é possível justificar a concessão de tratamento diferenciado na aplicação do Direito da Concorrência às infrações à Ordem Econômica Nacional, perpetradas por empresas estatais. Questiona, ainda, quem seria o real destinatário de uma penalidade aplicada às empresas públicas pela autoridade antitruste. Embora o Direito Concorrencial em sua origem se volte ao incentivo e à regulamentação das contratações entre particulares, as empresas públicas também são abrangidas pela legislação antitruste, conforme apregoa o artigo 31 da Lei nº 12.529/2011. Com base neste dispositivo, a autoridade antitruste assume a prerrogativa de buscar a maximização da eficiência econômica das empresas estatais, que passam a atuar em regime de livre concorrência com o setor privado. O presente artigo debruça-se, justamente, sobre o regime jurídico diferenciado no âmbito da concorrência, a que estas empresas públicas estão sujeitas.

No segundo bloco, foram consolidados os artigos que trataram de tópicos voltados, sobretudo, ao Comércio Internacional.

O bloco inicia-se com a investigação proposta por Adelmar de Miranda Tôrres, sob o título "**O Interesse Público e as Medidas Antidumping: Análise Quantitativa da Experiência Brasileira (1995-2017)**". Conforme explica o autor, o "interesse público" pode ser definido como "*algo impessoal e em oposição a fornecer privilégios a interesses privados*". Com efeito, o interesse público vem a configurar a soma de todos os interesses econômicos privados de uma nação; o instrumento para evitar o *antidumping* que, ao frear as importações de baixo preço, pode conduzir ao aumento de preços, à redução da concorrência, à diminuição da oferta de produtos e à consequente redução da qualidade e variedade de produtos. O estudo proposto se insere nesse contexto, na medida em que concebe o interesse público como um instrumento capaz de reduzir o caráter nocivo ou anticompetitivo do *antidumping* no país, a partir de uma análise empírica da utilização da "Cláusula do Interesse Público" nos

processos *antidumping* brasileiros instaurados entre 1995 e 2017. Para tanto, são abordados o conceito da medida *antidumping* e os seus principais efeitos e finalidades, com vistas a estabelecer uma comparação entre os principais aspectos de semelhança e distinção com o antitruste.

Com base nas referidas premissas, segue a contribuição proposta por Ana Luiza Becker Salles, intitulada "**A Cláusula da Nação Mais Favorecida e a sua Interpretação pelo Centro Internacional de Controvérsias de Investimento (ICSID)**". O estudo concebe a "Cláusula da Nação Mais Favorecida" (NMF) como um padrão mínimo de proteção ao investimento, com base no exame dos padrões mínimos de proteção ao investimento estrangeiro constantes em tratados bilaterais de investimentos (BITs), assinados e ratificados entre Estados, assim como na verificação de como a cláusula NFM é aplicada na prática e interpretada pelo ICSID.

Em seguida, Victor de Oliveira Leite e Zahra Faheina Gadelha exploram o importante tema da relação entre as medidas de salvaguardas e o Direito da Concorrência. Em sua reflexão, intitulada **"Salvaguardas como Medida de Proteção e Exposição à Concorrência: do Interesse Público na Defesa Comercial e na Defesa da Concorrência"**, os autores ponderam sobre as características e objetivos das referidas medidas, como instrumentos regulamentados pelo Acordo sobre Salvaguardas da Organização Mundial do Comércio (OMC), e voltados à liberalização do comércio e à eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais. Os autores avaliam o emprego das medidas de salvaguardas como instrumento de política econômica a interagir com o Direito da Concorrência. Conforme explicam, aos Estados membros da OMC é facultado adotar medidas de salvaguardas diante do aumento das importações de determinado produto no território nacional (em termos absolutos ou proporcionais à produção do referido produto do país), e da demonstração de que tal aumento de importações causou ou ameaça causar "prejuízo grave" à indústria nacional de bens similares ou diretamente concorrentes. Interessante destacar a análise desenvolvida pelos autores sobre a experiência brasileira na adoção destas medidas e sobre o interesse público envolvido na aplicação destas medidas de defesa comercial. Como hipótese de pesquisa, sustentam que as salvaguardas detêm, *per si*, os mecanismos de convergência relativos à sua utilização e à aplicação da política de defesa da concorrência.

Por fim, no terceiro e último bloco, foram consolidados os artigos que tratam de tópicos que articularam Concorrência, Comércio Internacional e Direito do Consumidor.

Na contribuição apresentada no idioma inglês por Agnes Macedo de Jesus, objeto do Capítulo 10, é debatido o tema **"The Four Practical Interactions between Competition Policy and Trade Defense: An Empirical Analysis of the Brazilian Competition Authority Jurisprudence"**, no qual busca-se investigar como ocorrem, na prática, as interações entre a Política de Defesa Comercial e a Política da Concorrência no Brasil. A análise é orientada sob a perspectiva da jurisprudência do CADE e do exame minucioso das especificidades normativas e institucionais brasileiras, assim como dos aspectos distintos de cada uma dessas matérias. Como reflexão, o autor indaga se a Política da Concorrência e a Política de Defesa Comercial buscam um fim comum. Indaga, ainda, se estas políticas são mutuamente excludentes ou complementares, e se referidas políticas interagem e de que maneira. Posteriormente, a autora examina os pontos de interação existentes entre a Política da Concorrência e a Política de Defesa Comercial, a partir das decisões do CADE.

Em seguida, há estudo desenvolvido por Mylena Matos a respeito da "**Participação de Empresas Estrangeiras em Licitações Públicas: Barreiras e Sistemas de Incentivos**". O artigo examina o problema da reduzida participação de empresas estrangeiras em licitações públicas nacionais. Conforme disposto do trabalho, a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 37, XXI, prevê a obrigatoriedade de realização de licitação pública, para que o Estado possibilite a todos os sujeitos que se enquadrem nas condições definidas no termo convocatório a oportunidade de apresentar propostas. A Lei nº 8.666/1993, por sua vez, passou a regulamentar o artigo 37, XX, e, entre outras atribuições, designou normas e ritos para a realização de licitações públicas. Com esta finalidade, a lei passou a definir como requisitos essenciais da proposta para a escolha pela Administração Pública o "melhor preço oferecido" e a "conformidade aos princípios da isonomia, impessoalidade, probidade, moralidade, publicidade, objetividade, adjudicação compulsória e ampla defesa". A indagação proposta pela autora, sobre quais são as barreiras existentes que impedem e obstruem a efetiva participação de empresas estrangeiras em licitações públicas, legitima-se no Princípio da Isonomia. O Princípio em questão impõe à Administração Pública, para além do julgamento da melhor proposta, o oferecimento da garantia de igualdade de direitos a todos os interessados em contratar, sejam estes empresas estrangeiras ou nacionais. Nesse contexto, a autora observa que qualquer barreira, cerceamento ou discriminação à participação de empresas estrangeiras deve ser considerada inconstitucional, por desrespeitar o

corolário prescrito no Princípio da Isonomia, consubstanciado na uniformidade de tratamento a entes estrangeiros e nacionais em licitações públicas realizadas pelo Estado. Com base na incompatibilidade verificada entre o que dispõe a CF/1988 e a prática dos certames nacionais, o estudo se propõe a analisar: a) a razão por trás de tão poucas participações exitosas de empresas estrangeiras; e b) os obstáculos regulatórios que impedem a participação destas empresas. Questiona ainda se, para sanar tal problema, deveria haver um procedimento específico voltado a licitações internacionais.

Ainda, no artigo de Eric Hardmann Jasper, intitulado **"Design Institucional: Balcão Único de Antitruste, Consumidor e Concorrência Desleal?"**, debate-se a ausência de tratamento, pela doutrina nacional, do design institucional de autoridades de defesa da concorrência. De acordo com o autor, em que pese a grande fusão institucional decorrente da Lei nº 12.529/2011, que uniu a extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) ao CADE e alocou para a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), hoje Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC), a função de advocacia da concorrência, ainda inexistem estudos acerca das opções e critérios de design institucional do legislador brasileiro. Por um lado, há agências antitruste internacionais que mantêm competências de defesa do consumidor e por vezes possuem portfólio ainda maior, como, por exemplo, a *Federal Trade Commission* dos EUA, que acumula funções de direito da concorrência, do consumidor e de proteção à privacidade; a *Competition and Markets Authority* do Reino Unido; a *Fair Trade Commission* da Coreia; e a *Netherlands Authority for Consumers and Markets* da Holanda, que também concentram funções antitruste e de proteção ao consumidor. Por outro lado, conforme relata, há jurisdições que optaram por agências especializadas em direito antitruste, como a *Bundeskartellamt* da Alemanha e a *Autorité de la Concurrence* da França. Nesse contexto, o autor questiona a razão pela qual o legislador brasileiro decidiu cindir os órgãos de defesa da concorrência e de defesa do consumidor. E quais critérios são, ou deveriam ser, levados em consideração em decisões dessa natureza. Em sua investigação, o autor mantém o foco de análise sobre a variável do design institucional denominada competência especializada ou portfólio de competências.

Por fim, a contribuição proposta por Ana Luisa Tarter Nunes intitula-se "**Big Data e Regulação: O Necessário Diálogo entre o Direito do Consumidor e do Direito da Concorrência para a Efetiva Proteção**

de Dados Pessoais". Aborda também o delicado campo da regulamentação do "Big Data". Conforme delineia a autora, se, por um lado, os dados coletados dos usuários pelas plataformas digitais ou provedores online são considerados insumos valiosos às plataformas, por possibilitarem o aperfeiçoamento dos serviços oferecidos por estas, ensejando a monetização da publicidade direcionada; por outro lado, a busca sem critérios por informações dos usuários, ou consumidores, culmina por provocar potenciais danos a direitos fundamentais, dentre os quais, os direitos à identidade e à privacidade, violando, em última instância, a dignidade humana. A seriedade do tema, quando analisados os seus meandros e desdobramentos jurídicos, tem ensejado debates e interpretações não raro divergentes, por parte da doutrina, a respeito disciplina normativa mais adequada para assegurar a proteção dos dados pessoais e o "Big data", sem, contudo, obstaculizar o avanço da economia digital e a livre iniciativa. Como hipótese de pesquisa, a autora sustenta, como uma possível solução ao problema, a aplicação integrada ou o diálogo do Direito Antitruste com o Direito do Consumidor e as leis de proteção de dados pessoais.

Diante de todas as contribuições, esperamos que este livro seja um catalisador de novas pesquisas acadêmicas sobre as novas fronteiras na interface entre o Comércio Internacional e a Defesa da Concorrência.

PARTE 1 - TÓPICOS ESPECIAIS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

1. O AGENTE PÚBLICO PODE SER PENALIZADO PELO CADE EM CASOS DE CARTEL DE LICITAÇÃO?

1. THE PUBLIC AGENT CAN BE PENALIZED BY CADE IN CASES OF BIDDING CARTEL?

Fernando Antonio de Alencar Alves de Oliveira Junior

Resumo: O presente trabalho pretende investigar se um agente público pode ser condenado pelo CADE por auxiliar, mediante a prática de corrupção, um cartel em licitação. Nesse contexto, será realizada uma análise crítica ao entendimento exposto pela Superintendência-Geral do CADE de que agentes públicos não se submetem à legislação antitruste brasileira. A Constituição Federal e a Lei 12.529/2011 possibilitam a sujeição dos agentes públicos à atribuição do CADE naqueles casos em que sua conduta corrupta promove o cartel dos agentes econômicos em certame licitatório.

Palavras-chave: Cartel em licitação. Corrupção. Agente público.

Abstract: This study aims to investigate whether a public agent can be condemned by CADE for assisting, through the practice of corruption, a bid-rigging cartel. In this context, a critical analysis will be carried out on the understanding presented by the CADE`s General Superintendence that public agents are not subject to Brazilian antitrust legislation. The Federal Constitution and Law 12.529/2011 support CADE´s control on public agents in those cases in which their corrupt conduct promotes the cartel of economic agents in a bidding contest.

Key words: Bid-rigging cartel. Corruption. Public agent.

1. Introdução

Tício, governador de um Estado da federação, reúne em seu gabinete os representantes das maiores empreiteiras do país. De maneira simples e direta, afirma que pretende promover a construção da sede administrativa do Estado, projeto que custará milhões de reais. Entretanto, como condições para realizar a obra, pede 3% de propina do valor contratado, bem como que os empresários se organizem e dividam os lotes do projeto, de maneira que não haja "problemas" para o governo. Por parte

de Tício, o recolhimento da propina e os detalhes operacionais para fraudar o certame licitatório serão tratados por Caio, servidor público que lhe assessora e também participou da reunião.

O exemplo, além de reavivar as figuras de Tício e Caio, personagens comuns na graduação do direito no Brasil, sobretudo para ilustrar exemplos na área do direito penal[1], trata de um instigante campo de interação entre as políticas públicas de defesa da concorrência e de combate à corrupção, que é o chamado cartel em licitação. Várias são as possibilidades de exploração prática e teórica da situação posta[2], mas a que interessa mais diretamente ao presente trabalho é a resposta do seguinte problema: Tício e Caio, agentes públicos[3], podem, em tese, ser penalizados pelo CADE, autoridade antitruste brasileira?

---

[1] "Tício", "Caio" e "Semprônio" (este último não mencionado no exemplo citado) são os equivalentes italianos das expressões "Fulano", "Beltrano" e "Sicrano". A influência italiana no direito penal brasileiro fez com que os termos se tornassem corriqueiros para exemplificar, na doutrina pátria, condutas típicas. Conforme menciona Tulio Vianna: "Por curiosidade, eis a transcrição dos verbetes do famoso *Dizionario Devoto-Oli della Lingua Italiana: Tizio [Tì-zio] s.m. Nome che insieme a Caio e Sempronio indica una persona indeterminata: 'è venuto un tizio a cercarti"; spreg., persona di nessuna importanza (in questo caso anche f. –a): "non permetterò a un tizio qualsiasi di mettermi i bastoni fra le ruote; ti ha poi ritelefonato la Tizia?' Dal prenome lat. Titius, molto com. nell'antica Roma 1879. Caio [Cà-io] s.m. Nome che insieme a Tizio e a Sempronio viene spesso usato per indicare una persona qualsiasi. Dal prenome lat. Gaius, per l'errata lettura della grafia arc. in cui 'C' valeva anche per 'G' 1768"* (VIANNA, 2008).

[2] Há trabalhos que estudam, por exemplo, a relação entre concorrência e corrupção (EMERSON, 2005; TROESKEN, 2007). Outros tratam do fenômeno da corrupção no contexto dos cartéis de licitação (CELENTANI; GANUZA, 2002;). Alguns se debruçam sobre institutos jurídicos que servem como meio de obtenção de prova para condutas do tipo (RIBEIRO *et all*, 2016). A abordagem deste trabalho é, pois, apenas uma das diversas possíveis.

[3] "Agente público" é a expressão aqui escolhida por ser mais genérica. Nela estão contidas as espécies "agente político", no exemplo citado, Tício, governador do Estado, e "servidor público", no caso, Caio, com vínculo estatutário. Na seara penal, a lei utiliza a expressão "funcionário público", que engloba o conceito amplo de "agente público". No decorrer do texto, o termo "agente público" será utilizado tanto para se referir a Tício, quanto a Caio. Na necessidade de especificar uma ou outra situação, serão utilizadas as expressões respectivas de "agente político" ou "servidor público".

O Brasil, nas últimas décadas, avançou a olhos vistos na sua política de defesa da concorrência. Depois de um período de existência praticamente formal do antitruste no país, o CADE foi reestruturado, após a promulgação da Lei n. 8884/1994, e passou a ser uma autarquia com autonomia administrativa e financeira. Ao lado da SDE/MJ e da SEAE/MF, formou o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, que, entre 1994 e 2012, notabilizou-se pela consolidação da política de análise de fusões e aquisições. Em 2012, novo diploma legislativo entrou em vigor, a Lei n. 12.529/2011, a qual, além de reunir as atividades de investigação e de julgamento no âmbito do CADE, instituiu o sistema de análise prévia de atos de concentração. Hoje o Brasil é reconhecido internacionalmente por sua atuação na área de defesa da concorrência.

O combate à corrupção no país ganhou uma nova conformação no ano de 2013, em razão, sobretudo, de diplomas legislativos promulgados naquele ano: a Lei n. 12.846/2013, chamada de "Lei Anticorrupção", e a Lei n. 12.850/2013, denominada de "Lei das Organizações Criminosas". A primeira possibilitou, de maneira autônoma, a responsabilização administrativa e objetiva das pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilidade individual do funcionário, por atos lesivos à Administração Pública. Antes, apenas pessoas físicas eram puníveis diretamente pela prática de atos corruptos, com fundamento, sobretudo, na Lei de Improbidade, n° 8.429/1992, e no Código Penal, Decreto-Lei 2.848/1940. A segunda, além de definir legalmente o que seriam as organizações criminosas, trouxe segurança jurídica ao instituto penal da colaboração premiada, fato que impulsionou investigações por todo o país em casos de corrupção.

No meio do caminho, entre essas duas áreas, os cartéis de licitação constituem exemplos interessantes de condutas, uma vez que os envolvidos, ao acertarem as propostas a serem oferecidas nas compras estatais, não apenas ofendem à livre concorrência, mas também o caráter competitivo de processo licitatório. Além disso, é possível a coexistência da prática de atos de corrupção, a partir de um acordo ilícito com agente(s) público(s), por meio do pagamento de propina(s), com a finalidade de promover ou, no mínimo, proteger o conluio, fato que ofende a probidade administrativa. Além do acordo horizontal entre os agentes econômicos, é

possível e em diversos casos ocorre um acordo vertical entre empresários e agentes públicos[4].

Porque o cartel de licitação é punível no âmbito cível, criminal e administrativo tanto com o fim de fomentar a livre concorrência, quanto para viabilizar a competição no certame licitatório e para preservar a probidade administrativa, conforme legislação própria a ser estudada, a análise acerca da possibilidade de punição do agente público perante o CADE, necessariamente, deve se debruçar sobre estas duas áreas do conhecimento jurídico: o combate à corrupção e a defesa da concorrência.

O presente artigo, além desse tópico introdutório, abordará de que forma o Estado brasileiro endereça o problema do cartel de licitação em relação à participação do agente público. Após será estudado se, no Brasil, é possível os agentes públicos serem punidos pela prática de cartel perante a autoridade antitruste. Por fim, será realizada uma análise crítica ao entendimento exposto pela Superintendência-Geral do CADE em um caso de cartel de licitação que envolvia a possível participação de agentes públicos.

---

[4] Normalmente, colusão e corrupção são práticas que ocorrem conjuntamente em licitações. Nesse sentido: "*Besides empirical evidence, there are theoretical issues motivating the study of links between collusion and corruption. First, any cartel must solve a series of problems including agreeing how to share the spoils, securing enforcement, and deterring entry (see McAfee and McMillan, 1992). A corrupt auctioneer can contribute to solving some of these problems, for example by providing means of retaliation to secure enforcement or creating barriers to entry. Second, corrupt auctioneers might seek to extract rents. Certain provisions in auction rules may provide them with ample opportunities to support collusion in order to create rents that they can appropriate"* (LAMBERT-MOGILIANSKY; SONIN, 2014, pp. 884). Os autores apresentam, como principal proposição do seu trabalho, a necessidade de uma abordagem conjunta dos dois problemas pelos órgãos estatais de controle: "*Our most important message to auction designers in public procurement is that risks of collusion and risks of corruption must be addressed simultaneously. This message extends to control agencies. Often (e.g., in France) collusion issues are handled by a competition authority although corruption cases are addressed by criminal courts. This institutional separation makes it difficult to effectively unveil and prosecute many cases when collusion and corruption are closely entangled. The analysis entails that a close cooperation between competition authorities and criminal court is warranted. Alternatively, criminal investigators dealing with corruption in procurement should have a solid education in the economics of auction*" (LAMBERT-MOGILIANSKY; SONIN, 2014, pp. 899-900).

2. Panorama normativo brasileiro do enfrentamento da conduta de um agente público que participa de um cartel de licitação na esfera penal

Inicialmente, é importante fazer duas observações. Primeira, a abordagem nos tópicos seguintes adota como premissa o exemplo proposto, no qual Tício, governador de um Estado da federação brasileira, com o auxílio de Caio, servidor público, conclama os empresários a formar um cartel de licitação em troca do recebimento de propina. Na prática, há variadas formas, *comissivas* ou *omissivas*, *dolosas* ou *culposas*, nas quais o agente público pode *promover* ou *contribuir* com um cartel de licitação e a sua eventual penalização, sob a perspectiva antitruste, invariavelmente, dependerá do caso concreto. Segunda, a incidência normativa exposta não pretende ser exauriente. Aspectos diversos, na prática, poderão preencher os elementos de outros ilícitos penais ou não-penais aqui não mencionados[5].

Assim, feitos esses esclarecimentos, quais seriam os mecanismos normativos à disposição do Estado brasileiro para punir a prática dos cartéis de licitação por um agente público ou, questionando-se de outra maneira, quais as sanções previstas para Tício e Caio, agente político e servidor público, respectivamente, que promovem o cartel de empresas em troca do recebimento de propinas? Desde logo é importante destacar que as consequências jurídicas para quem se envolve nesse tipo de prática ilícita se espalham tanto na esfera penal, quanto na não-penal.

Na esfera penal, o ato de o funcionário público *solicitar* ou *receber* vantagem indevida, ou, ainda, meramente *aceitar a promessa* de vantagem indevida, em razão do cargo público que ocupa, implica a prática do crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal, cuja pena é de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão e multa. O tipo penal abarca a conduta do agente de trânsito que, por exemplo, solicita propina para não aplicar determinada penalidade, a de um diretor de escola pública que recebe dinheiro para conceder uma vaga na instituição para determinada criança em desrespeito das regras estabelecidas (dois exemplos de *petty corrutions)* ou, ainda, a propina para favorecer determinada(s) empresa(s)

[5] Como, por exemplo, outros crimes contra a Administração Pública, como peculato e concussão, ou ainda o crime de organização criminosa, previsto na Lei 12.850/2013, ou o próprio crime de fraude à licitação inserido no art. 96 da Lei 8.666/1993.

em processo licitatório (*grand corruption*)[6]. É importante mencionar que, no conceito penal de funcionário público está englobado tanto o agente político, como no exemplo aqui debatido, o governador de Estado, quanto o servidor público em sentido estrito[7].

O bem jurídico protegido no tipo do art. 317 do Código Penal é a *Administração Pública*[8], ou mais especificamente a *probidade administrativa* dos agentes públicos. Trata-se de crime denominado de *próprio* ou *especial*, pois somente pode ser cometido pelo funcionário público em razão da função, ainda que esteja fora dela, ou antes de assumi-la[9]. O particular que oferece ou promete a vantagem indevida ao

---

[6] Os tipos de corrupção no setor público podem ser divididos entre *grand corruption*, *petty corruption* e *political corruption.* A corrupção identificada no âmbito das licitações públicas é classificada como *grand corruption*, em contraposição à *petty corruption*, a qual é perceptível no dia-a-dia das pessoas e pode decorrer do recebimento de algum benefício indevido, como o acesso a política pública de moradias, ou a escusa por alguma obrigação ou punição, como pagamento de um imposto ou de uma multa de trânsito. Quando a prática de corrupção constitui o *modus operandi* de determinado grupo, a partir da barganha na elaboração de leis e na promoção de políticas públicas, em troca de recursos para sua manutenção no poder, tem-se a chamada *political corruption*. Sobre *grand corruption* e *petty corruption*, vide ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016. Em relação à *political corruption*, vide LEWIS; DAS NAIR, 2014.

[7] Segundo o art. 327 do Código Penal, considera-se funcionário público quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

[8] Segundo Vicenzo Manzini, Administração Pública é "*o interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da Administração Pública em sentido lato, naquilo que fiz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em relação a determinados atos ou relações da própria administração*" (MANZINI apud MASSON, 2018, p. 643).

[9] Admite-se a coatuoria e a participação por outras pessoas, em conjunto com o funcionário público, particulares ou também outros funcionários públicos. É que embora a condição de autor seja exclusiva, nos crimes funcionais, para os funcionários públicos, nada impede a responsabilização do particular por delitos dessa natureza como coautores ou partícipes em razão dos arts. 29 e 30 do Código Penal (MASSON, 2018, pp. 647-648).

funcionário público incide no crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do Código Penal[10] (MASSON, 2018, pp. 731 – 740).

Para a proteção específica do *caráter competitivo do processo licitatório* há um tipo penal próprio na lei de licitações. O art. 90 da Lei 8.666/1993 estabelece como crime o ato de "*frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação*", prevendo pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa. Diferentemente do crime de corrupção passiva, o qual, por ser próprio, apenas admite como sujeito ativo a figura do funcionário público, o crime de fraude à licitação é *comum*, admitindo, portanto, tanto o funcionário público, quanto o empresário como sujeitos ativos.

Ainda, existe previsão penal específica para a prática de cartel na Lei 8.137/1990, a qual define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Cuida-se do art. 4º, o qual prevê como crime, em seu inciso I, a conduta de "*abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas*", e no inciso II a de "*formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores"*, com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

O bem jurídico tutelado pelo referido tipo penal é a Ordem Econômica, mais especificamente os valores da liberdade de iniciativa e da liberdade de concorrência. E também, conforme aponta a doutrina, são tipos penais comuns, praticados por qualquer pessoa[11], embora, em regra,

---

[10] Ao se analisar os tipos de corrupção passiva, art. 317, *caput*, e corrupção ativa, art. 333, *caput*, ambos do Código Penal, verifica-se a admissibilidade da ocorrência da corrupção passiva independentemente da corrupção ativa, exclusivamente em relação ao verbo "solicitar", pois, nesse caso, a conduta inicial é do funcionário público. Para os verbos "receber" e "aceitar promessa", há os correspondentes na corrupção ativa, que são, respectivamente, os verbos "oferecer" e "prometer" (MASSON, 2018, p. 736).

[11] Assim também entende Ana Paula Martinez: "Qualquer indivíduo – empresário, administrador, diretor (estatutário ou não), gerente, consultor externo, entre outros – que tenha tido envolvimento com o cartel pode ser sujeito ativo. Assim, não

apresentem-se como sujeitos ativos da conduta os empresários (LIMA, 2017, p. 124-125). É interessante observar aqui que a expressão "poder econômico" é parte elementar do tipo penal do inciso I, o que, em tese, indicaria que apenas agentes econômicos podem responder pelo crime ali descrito. Entretanto, no inciso II, não há qualquer referência semelhante. E esse tipo penal do inciso II parece ser o que melhor se adequa aos casos de cartéis de licitação, que, de fato, configuram-se com uma fixação artificial de preços. Além disso, ainda que se admitisse, em tese e em razão do debate, a existência, no art. 4º da Lei 8.137/1990, de crimes próprios, ou seja, apenas endereçados a agentes econômicos, tanto a coautoria quanto a participação, em razão do disposto nos arts. 29 e 30 do Código Penal, possibilitariam a aplicação dos referidos crimes aos agentes públicos, em conjunto com os respectivos empresários envolvidos no cartel.

Quando um agente pratica dois ou mais ações, causando dois ou mais resultados, o Código Penal prevê, normativamente, a forma com que o Estado penalizará a conduta. Se os crimes forem praticados mediante mais de uma ação ou omissão, tem-se o concurso material e serão aplicadas as penas privativas de liberdade cumulativamente. Por outro lado, se os crimes forem praticados mediante uma só ação ou omissão, ocorre o chamado concurso formal, prevendo o Código Penal que será aplicada a penas mais grave (ou, se iguais, apenas uma delas), acrescida de 1/6 até 1/2, salvo se a ação ou omissão for dolosa e os crimes resultam de desígnios autônomos, hipótese em que serão aplicadas as penas cumulativamente[12]. Ou seja, no Direito Penal, é perfeitamente possível que, para um mesmo fato criminoso, incidam diversas normas incriminadoras. À luz do exemplo proposto, Tício e Caio "parecem" praticar os três crimes em concurso formal[13]. A utilização do verbo "parece" é proposital.

---

apenas aqueles indivíduos do 'colarinho branco', na clássica expressão de *Sutherland*, mas também os de 'colarinho azul' podem cometer o crime" (MARTINEZ, 2013, p. 210).

[12] É o que se depreende da análise dos artigos 69 e 70 do Código Penal.

[13] Novamente, apenas aspectos do caso concreto poderão auxiliar o operador do direito a discernir se será um concurso formal com desígnios autônomos, lembrando que a conduta dolosa engloba o dolo eventual, aquele no qual o agente assume o risco de produzir o resultado, ou sem desígnios autônomos, o que implicaria na cumulação das penas ou na aplicação da pena mais grave, acrescida da fração correspondente ao montante de crimes praticados.

Não foram identificados em tribunais superiores, nem na doutrina nacional, posicionamento acerca da prática, por parte do funcionário público, dos três crimes referidos, no contexto dos cartéis de licitações. Na doutrina, de discussão mais relevante, há debate acerca da coexistência ou não dos crimes previstos no art. 90 da Lei 8.666/1993 e no art. 4º, II, a e b, o da Lei 8.137/1990 em um mesmo contexto, ainda assim sem tratar especificamente da sua prática por funcionário público. De um lado, Marcelo Batlouni Mendroni, por exemplo, defende que, por esses dispositivos normativos protegerem bens jurídicos distintos, o que existe é um concurso formal de crimes[14] (MENDRONI, 2017). Outros, como Ana Paula Martinez, defendem que não existem bens jurídicos distintos[15] e haveria um conflito aparente de normas, resolvido pelo princípio da consunção, aplicando-se, ao cartel de licitação, a Lei 8.666/1993, enquanto que para outros tipos de cartéis se aplicariam a Lei 8.137/1990 (MARTINEZ, 2003, pp. 195-196).

A subsunção de determinada ação humana a um tipo legal de crime pode oferecer, ao aplicador do direito, dificuldades significativas quando a mesma conduta criminosa apresenta características previstas em mais de um tipo penal. Para tanto, a doutrina desenvolveu princípios que auxiliam no chamado "concurso aparente" de normas penais, sendo os

---

[14] "A forma mais correta de se entender a situação jurídica é aquela baseada na *interpretação lógica e sistemática*. Embora ambas as condutas prevejam 'ajustes' para as respectivas práticas criminosas, há, de fato, intensa diferença tipológica (...) Se no delito de formação de cartel os agentes visam fraudar *o mercado* (de bens/serviços) com a sua natural concorrência, no crime de fraude à licitação, os agentes agem para fraudar uma *específica concorrência*– sendo este, pela sua natureza, fraude por crime contra a Administração Pública. Não é porque ambos os delitos têm núcleo de 'formar acordo ou ajuste', que configuram a mesma conduta. Podem existir, aliás, outros tipos penais que também se configuram em virtude de 'acordos' ou 'ajustes' entre os criminosos. Nestas condições torna-se imperioso aferir a finalidade dos tais 'acordos/ajustes'" (MENDRONI, 2017).

[15] "*Assim, em decorrência do princípio da consunção, entendemos que no caso de cartéis em licitações que atendem os requisitos do tipo da lei 8.666/1993, será esta a única lei aplicável, sem que haja concurso formal com o crime da Lei 8,137/1990, sob pena de haver excesso acusatório. E não há que se dizer que há tutela de bens jurídicos distintos por parte da Lei 8.137/1990 e da Lei 8.666/1993: os tipos previstos na Lei 8.666/1993 visam a assegurar a plena concorrência no certame, tutelando o mesmo bem jurídico que a Lei 8.137/1990, mas apenas para casos específicos envolvendo a Administração Pública*". (MARTINEZ, 2013, pp. 195 – 196).

mais conhecidos: a especialidade[16], a subsidiariedade[17] e a consunção[18], a fim de evitar a ocorrência de *bis in idem.* A consunção, nas lições de Assis Toledo, ocorre quando o crime mais grave absolve o crime menos grave, por este ter sido uma etapa percorrida pelo agente para a prática daquele. A discussão posta é, de fato, interessante, mas, no caso, é inaplicável o princípio da consunção (ou quaisquer outros princípios mencionados).

Em primeiro lugar, não parecem idênticos os objetos jurídicos protegidos pelas normas penais. A concorrência do certame licitatório atende ao interesse público imediato da Administração Pública de obter melhores preços dos produtos e serviços contratados, diferindo do valor livre concorrência, abarcado pela Ordem Econômica constitucional, o qual é voltado para o regime de competição de todo o mercado relevante analisado[19]. Segundo, o estudo dos tipos penais não permite inferir,

---

[16] O princípio da especialidade, segundo Francisco de Assis Toledo, é aquele em que a lei especial contém todos os elementos da norma geral e mais o elemento especializador. Haveria um *plus*, um algo a mais que distingue as duas normas, sendo o exemplo mais utilizado a especialidade do tipo do tráfico internacional de drogas em relação ao tipo genérico do contrabando (TOLEDO, 2011, p. 51).

[17] Há subsidiariedade quando diferentes normas protegem o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão, como, por exemplo, entre as lesões corporais em relação aos homicídios (TOLEDO, 2011, pp 51 – 52).

[18] Trata-se de princípio possível de aplicação quando não verificadas as hipóteses de especialidade e subsidiariedade, em razão das normas protegerem bens jurídicos diferentes e um crime mais grave abarcar como etapa possível para a sua consecução o crime menos grave. Assim o princípio da consunção é explicado por Assis Toledo: "*Há na lei penal, tipos mais abrangentes e tipos mais específicos que, por visarem a proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade) nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime. Um exemplo disso temos na violação do domicílio (art. 150), que lesa a liberdade da pessoa, e no furto (Art. 155), lesivo ao patrimônio. (...) Note-se que a violação do domicílio não é etapa ou passagem necessária para o furto, como ocorre com a lesão corporal em relação ao homicídio, pelo que a aplicação do princípio da subsidiariedade tácita seria discutível, embora defensável. Mas estando fato prévio abrangido pela prática do crime mais grave, numa relação de meio e fim, é por este consumido ou absorvido*" (TOLEDO, 2011, 52-53).

[19] Em outras palavras, pondera Tereza Cristina Braga, diferenciando o cartel em licitação do cartel clássico: "*Nos cartéis em licitações, a facilitação tem por escopo extrair a maior renda possível da Administração Pública sem a interferência de concorrente, distribuindo à sociedade a perda de bem-estar decorrente do cartel. Nesse contexto, os danos sociais oriundos dos cartéis em*

simplesmente, que o art. 90 da Lei 8.666/1993 seria o crime de cartel com um mero *plus* de ser praticado em um certame licitatório. A construção típica, a partir dos elementos objetivos de descrição da conduta, sugere que o legislador talvez nem tenha pensado que a conduta do art. 90 pudesse configurar um cartel, como em regra configura. E, por fim, o ponto que parece ser o mais importante: seria um caso incongruente de aplicação do princípio da consunção, no qual o crime principal, portanto com o *plus* de ser praticado em desfavor da Administração Pública (o que em tese implica um maior desvalor da conduta), seria, na verdade, menos grave do que o delito absorvido. A pena do crime da lei de licitações é a detenção com patamar máximo de 4 (quatro) anos, menor do que o crime de cartel puro e simples, o qual prevê reclusão[20] com pena máxima de 5 (cinco) anos. No caso, ocorre realmente um concurso formal de crimes.

De toda sorte, para a finalidade aqui proposta de perquirir se o agente público responde, perante o CADE, pela prática de cartel, essa discussão parece de menor importância. É que se, por um lado, há discussão na doutrina sobre o concurso formal dos crimes do art. 90 da Lei 8.666/1993 com aqueles previstos na Lei 8.137/1990, por outro, dada a notória diferença entre os bens jurídicos protegidos pela norma penal, não há discussão relevante sobre o concurso de crimes, quando analisada a corrupção. A doutrina menciona simplesmente que o funcionário público pode responder tanto por corrupção, quanto por fraude à licitação, desde que configuradas as circunstâncias elementares dos dois tipos penais (BALTAZAR JÚNIOR; GONÇALVES, 2015, p. 510). E pode mesmo.

Não é apenas a distinção entre os bens jurídicos protegidos pela norma penal que justificam a dupla incidência dos crimes previstos no art. 317 do Código Penal e no art. 90 da Lei 8.666/1993. Não há entre os tipos penais uma relação de especialidade ou uma necessária progressão criminosa, o que afasta a aplicação dos princípios da especialidade ou da subsidiariedade. E a norma penal mais grave, no caso a corrupção, se aplicada isoladamente, implica, simplesmente, a não punibilidade de fato relevante: o prejuízo causado a concorrência no contexto de certame

---

licitações são maiores que os dos cartéis clássicos, pois quem paga os lucros exorbitantes dos cartelistas são os cidadãos contribuintes" (BRAGA, 2015,p. 116).

[20] A diferença entre pena de detenção e reclusão pode implicar limitações nas medidas investigativas a serem utilizadas. Por exemplo, nos crimes com pena de detenção não seria possível o deferimento de interceptação telefônica, à luz do disposto no art. 2º, inciso III, da Lei 9.296/1996.

licitatório. O crime mais grave, corrupção, não abarca etapa possível do crime menos grave, a fraude na licitação, o que também afasta a aplicação do princípio da consunção. Em uma situação na qual o agente público pede propina para fraudar licitação, não se está diante de um conflito aparente de normas penais, mas, efetivamente, de um concurso de crimes. O agente público será punido, no âmbito penal, tanto por lesar a probidade administrativa, quanto por ofender a concorrência em licitação.

E na esfera não-penal?

3. Panorama normativo brasileiro do enfrentamento da conduta de um agente público que participa de um cartel de licitação na esfera não-penal

Os agentes públicos, em regra, respondem por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.492/1992. A lei prevê quatro tipos de atos passíveis de punição, que seriam o (i) enriquecimento ilícito, (ii) o prejuízo ao erário, (iii) os que atentam contra os princípios da Administração Pública e, por fim, decorrente de alteração promovida pela Lei Complementar nº 157/2016, que incluiu o art. 10-A ao texto legal, (iv) os atos de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário. Entre eles, os atos de enriquecimento ilícito são os considerados mais graves, motivo pelo qual recebem punição maior.

Constitui enriquecimento ilícito o ato de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O caso ora analisado se enquadra na prática de enriquecimento ilícito prevista no inciso II do art. 9, o qual traz um rol meramente exemplificativo desse tipo de ato de improbidade. O referido inciso prescreve: "*perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1° por preço superior ao valor de mercado*" (BRASIL, 1992).

A lei, de maneira expressa, dispõe no art. 12 que "*independentemente de sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica*", o agente público que pratica ato de enriquecimento ilícito, além de perder os bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, deve ressarcir integralmente o dano, quando houver, perder a função pública, ter suspenso os direitos políticos de oito a dez anos, pagar multa civil de até três vezes o valor do acréscimo

patrimonial e ficar proibido de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos[21].

Dessa forma, Tício, governador do Estado[22], e Caio, servidor público estadual, no exemplo mencionado, podem vir a ser punidos e

---

[21] É a pena prevista no art. 12, inciso I, da Lei 8.429/1992.

[22] Existe toda uma discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de aplicação da lei de improbidade para agente político, pelo menos no decorrer do exercício seu mandato, à luz do que foi decidido pelo STF na Reclamação nº 2138-6/DF. Nessa Reclamação, o STF entendeu que agentes políticos, mais especificamente os ministros de Estados, por serem regidos por normas especiais de responsabilidade (no caso, a Lei 1079/1950, a qual dispõe acerca dos crimes de responsabilidade, infrações de caráter político-administrativo, para Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários de Estado), não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.492/1992, mas por crime de responsabilidade conforme legislação própria (BRASIL, 2008). Trata-se de julgado com dissonância doutrinária e jurisprudencial, inclusive no STF. Em julgamento recente de recurso extraordinário (RE 803.297/RS), da relatoria do Ministro Celso de Mello, alguns pontos relevantes dessa discussão foram levantados e valem a pena serem aqui mencionados. Na ocasião, entendeu o STF que se aplicaria a ex-governadora a Lei de Improbidade. Em seus fundamentos, pontuou o relator: "'*É que as sanções constitucionais por crime de responsabilidade não esgotam a utilização das referidas consequências desfavoráveis aplicáveis ao agente público em razão de ilícito. Primeiro, basta referência à responsabilidade penal comum a ensejar semelhantes punições. Segundo, a justificativa das penalidades na reação ao crime de responsabilidade está umbilicalmente atrelada no desiderato da Constituição em afastar da vida política quem não logrou observar as condições de legitimidade necessárias para exercer uma relevante missão na sociedade política organizada. Terceiro, a improbidade também é causa legítima de perda da função pública e suspensão de direitos políticos de agentes submetidos à reprimenda político-constitucional, por determinação expressa de juízo de valor constitucional autônomo'. Não é por outro motivo que autores eminentes – como FERNANDO CAPEZ ('Limites Constitucionais à Lei de Improbidade', p. 295, item n. 4.4.3, 2010, Saraiva), FRANCISCO OCTAVIO DE ALMEIDA PRADO ('Improbidade Administrativa', p. 69, item n. 7.3, 2001, Malheiros), WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR ('Probidade Administrativa', p. 241/242, item n. 41, e p. 249, item n. 42, 2001, Saraiva), WALDO FAZZIO JÚNIOR ('Atos de Improbidade Administrativa', p. 249/250, item n. 10.4, 2007, Atlas), MÔNICA NICIDA GARCIA ('Responsabilidade do Agente Público', p. 278/285, item n. 10.6, 2004, Fórum),*

processados à luz da Lei 8.492/1992, pela prática de ato de enriquecimento ilícito, sujeitos às penas já mencionadas.

Importante chamar aqui atenção para a possibilidade de aplicação, em conjunto com a lei de improbidade, de outras "*sanções penais, civis e administrativas*". O legislador pretendeu que a punição por ato de improbidade administrativa não substituísse as diversas sanções já previstas, para as condutas descritas, nas áreas penal, civil e administrativa. A sanção da lei de improbidade não substitui, portanto, os crimes da legislação penal[23], como os estabelecidos no art. 317 do Código Penal, na Lei 8.666/1993 ou, ainda, na Lei 8.137/1990, para os casos em que o agente público participe de cartel em licitação. Semelhantemente, não impede a aplicação de sanções cíveis.

O Código Civil estabelece, de maneira genérica, que quem, de qualquer forma, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito[24]. E, sob o aspecto da responsabilidade civil, todo aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo[25]. Assim, a prática do ato ilícito gera, para quem for prejudicado, direito de indenização. Por exemplo, no caso

---

JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA ('Improbidade Administrativa – Legislação comentada artigo por artigo', p. 27/41, 2ª ed., 2011, Impetus), CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS, ('Improbidade Administrativa – Reflexões sobre a Lei nº 8.429/92', p. 25/35, item n. 1.1, 2ª ed., 2007, Forense), EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES ('Improbidade Administrativa', p. 581/585, item n. 6.1, 2010, Lumen Juris), v.g. – põem em perspectiva o fato de agentes políticos acharem-se, também eles, passivamente legitimados "ad causam" para efeito de ajuizamento da pertinente ação civil de improbidade administrativa, pois essa particular condição político-jurídica por eles ostentada não os exonera do dever de probidade nem os exclui da esfera de plena incidência normativa da Lei de Improbidade Administrativa, ainda mais se se tratar, como sucede no caso ora em exame, de ex-titular de mandato eletivo de Governador de Estado" (BRASIL, 2014). Trata-se do posicionamento adotado neste trabalho.

[23] Até porque, neste ponto, o constituinte foi expresso ao dispor, no §4º do art. 37, que: "§ 4º *Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*" (BRASIL, 1988).

[24] Código Civil brasileiro, art. 186.

[25] Código Civil brasileiro, art. 927.

do cartel de licitação, sob a perspectiva dos agentes privados prejudicados, o Código Civil e a lei de defesa da concorrência possibilitam que, uma vez identificado o dano e valorado o prejuízo, os agentes econômicos ofendidos pelo cartel em licitação, como eventuais concorrentes indevidamente afastados do certame licitatório, possam acionar o Poder Judiciário a fim de serem indenizados[26]. E, ainda, é possível compatibilizar as penas da lei de improbidade com outras sanções administrativas.

É que, a depender do caso concreto, o agente público pode estar sujeito a regras administrativas específicas, passíveis de sanções próprias. Atos de improbidade, por exemplo, também configuram infrações funcionais à luz da Lei 8.112/1990, quando praticados por servidores públicos federais, o que faculta à Administração, de maneira paralela e independente da ação de improbidade, promover o processo administrativo disciplinar para punição do servidor. Ou ainda, podem existir outras normas que prevejam punição, ainda na esfera administrativa, pela prática de determinado ilícito. É, justamente, o caso da legislação antitruste.

4. O agente público ser condenado pelo CADE por participar de cartel em licitação?

A Lei 12.529/2011, no seu art. 36, prevê como infração à ordem econômica os atos, independentemente de culpa, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar

---

[26] Conforme previsão expressa do art. 47 da Lei 12.529/2011, o qual dispõe: "*Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação*" (BRASIL, 2012). E se o agente público for responsabilizado, ou seja, se praticou ato que gerou danos a terceiros, as pessoas jurídicas de direito público poderão responder, de maneira objetiva, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o agente público responsável (Art. 37, §6º, da Constituição Federal). Pelo ato de corrupção ser uma conduta dolosa e comissiva do agente público, há, sem maiores discussões doutrinárias, a incidência da Teoria do Risco Administrativo.

mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Esse é o cerne da tipificação administrativa de todo e qualquer ilícito contra a ordem econômica, inclusive os cartéis de licitação.

O §3º do mesmo dispositivo legal traz um rol exemplificativo de condutas que, uma vez enquadradas nas hipóteses já descritas, caracterizam uma infração da ordem econômica. Porque as práticas ali arroladas estão entre as mais corriqueiras e mais ofensivas aos valores protegidos pela lei antitruste, quis o legislador, embora a listagem fosse desnecessária, expressamente afastar qualquer dúvida e reafirmar a possibilidade de punição, caso uma das práticas restem configuradas. Logo no inciso I consta a situação do chamado *cartel clássico*, com destaque para a alínea "d", que é, justamente, o caso de cartel em licitações:

> I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública (BRASIL, 2011).

Em seguida, no inciso II, está prevista as *práticas facilitadoras* de cartel, igualmente puníveis, que seria o ato de "promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes". E o interessante desta conduta é que, na redação desse dispositivo foi acrescido o verbo "promover", em relação à redação antiga do art. 21, inciso II, da Lei 8.884/1994, a qual apenas mencionava os verbos "obter" e "influenciar". Quis o legislador deixa claro que quem promove a prática concertada entre agentes econômicos também pode ser punido, como, por exemplo, as associações e os sindicatos[27]. São os chamados cartéis *hub and spoke*, conforme explica Ana Paula Martinez:

---

[27] Essa também é a visão de Leonor Cordovil, que afirma: "*O inciso II do art. 36 da Lei 12.529/2011 manteve a redação originalmente trazida pelo art. 21, II, da Lei 8.884/1994, com a inclusão do verbo 'promover' ao lado de 'obter' e 'influenciar' a conduta uniforme. Embora pareça irrelevante, a inserção da promoção parece pretender eliminar qualquer dúvida sobre aquela que é a forma*

> Outra figura que merece atenção é o chamado facilitador do cartel – os cartéis que contam com essa figura são muitas vezes referidos pela doutrina e jurisprudência estrangeiras como cartéis hub and spoke. Facilitador de cartel pode ser definido como aquela pessoa (física ou jurídica) que, apesar de não atuar no mercado afetado pela conduta, auxilia na formação e/ou organização do cartel, permitindo que ele atinja seus objetivos (reais ou potenciais) mais facilmente. Comumente são consultores externos ou agentes a montante ou a jusante na cadeia produtiva, podem também ser enquadrados nessa categoria os sindicatos e associações que incitam, promovem ou coordenam a atuação de associados no mercado. Tanto o CADE quanto autoridades estrangeiras têm punido agentes facilitadores de cartéis, com especial destaque para os Estados Unidos e Reino Unido (MARTINEZ, 2013, p. 140).

Associações ou sindicatos não pertencem ao mercado relevante no qual estão inseridos seus associados ou afiliados. São, por definição legal, pessoas jurídicas de direito privado que reúnem pessoas físicas ou jurídicas em busca da obtenção de fins não econômicos, segundo o art. 53 do Código Civil[28]. Isso não impediu que o CADE, tanto à luz da atual legislação, quanto na vigência da Lei n. 8.884/1994 punisse diversos sindicatos e associações por práticas facilitadoras de colusão. Entre 2000 a 2012, o CADE multou ou celebrou TCC com pelo menos 48 (quarenta e oito) sindicatos ou associações por conduta ofensiva à concorrência, notadamente a prevista hoje no art. 36, §3, inciso II da Lei 12.529/2011 (MARTINEZ, 2013, pp. 353-355).

E Tício e Caio? A conduta praticada pelos agentes públicos se enquadra na descrição do art. 36, §3, inciso II. Apesar de não participarem do negócio no qual as empresas cartelizadas estão inseridas, foram essenciais para o funcionamento do cartel de licitação, na medida em que tiveram a iniciativa de reunir os agentes econômicos e de propor a fraude ao certame licitatório. Houve nexo de causalidade entre os atos por eles praticados e a ocorrência do ilícito, configurando-se sua participação na infração e a necessidade de aplicação de pena correspondente[29]. Esse é o

---

frequentemente condenada de prática de associação de classe: a promoção de conluio entre concorrentes" (CORDOVIL et at, 2012, p.109).

[28] Prescreve o art. 53 do código civil que "*constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos*" (BRASIL, 2002).

[29] As palavras aqui inseridas espelham os fundamentos utilizados pelo CADE para, no caso do chamado "Cartel das Areias" (Processo Administrativo nº

entendimento do CADE? Na pesquisa realizada, não foram identificados precedentes em que o Tribunal Administrativo, no contexto de um cartel de licitação, tenha analisado especificamente a conduta do agente público como facilitador do cartel.

Entretanto, a Superintendência-Geral do CADE, no bojo do processo administrativo nº 08700.007776/2016-41, em caso relativo a um possível cartel de empreiteiras para obras no "PAC das Favelas", negou essa possibilidade. A manifestação foi elaborada em Nota Técnica de caráter saneador (Nota Técnica nº 37/2017/CGAA8/SGA2/SG/CADE), ao refutar a alegação de alguns representados de que haveria um litisconsórcio passivo necessário no processo administrativo do CADE e, por isso, os agentes públicos que participaram do cartel deveriam ser incluídos no polo passivo[30].

Na oportunidade, dois foram os fundamentos utilizados pelo órgão, um de caráter central e o outro em complemento: primeiro ponderou-se que o CADE não teria atribuição para analisar o ato de corrupção, devendo este ilícito ser avaliado pelos órgãos competentes,

---

08012.000283/2006-66), condenar empresa de consultoria como facilitadora do cartel. Assim o então conselheiro-relator Paulo Furquim fundamentou seu voto condutor na oportunidade: "*Embora não tenha sido beneficiária direta do cartel, visto que não participava do negócio em que houve conduta concertada, a participação da COMPROVE foi, conforme relatos das demais representadas, essencial ao funcionamento do cartel. Houve nexo de causalidade entre a consultoria prestada e a ocorrência do ilícito, configurando-se sua participação na infração e a necessidade de aplicação da pena correspondente. Como agravante, a consultoria agiu com plena consciência de que auxiliava a coordenação de preços entre concorrentes, visto que sua contribuição foi justamente o cálculo do preço de equilíbrio do cartel, resultados que foram posteriormente apresentados em reunião com as três empresas participantes do ilícito*" (BRASIL, 2008).

[30] Não existe litisconsórcio passivo necessário nos processos administrativos do CADE que apuram a prática de cartel, pois, semelhantemente do que ocorre no Processo Penal, a responsabilidade administrativa é individualizada, para cada pessoa jurídica e/ou pessoa física que está no polo passivo da demanda, até por conta do princípio da individualização da pena. Apenas a esfera jurídica dos que participaram do procedimento é afetada. As regras do Processo Civil sobre o litisconsórcio passivo necessário não têm aplicação neste tipo de procedimento (vide OLIVEIRA JÚNIOR, 2006).

como autoridades policiais e Ministério Público[31]. Segundo, em adição, foi mencionado que a legislação antitruste apenas seria aplicável para quem exerce atividade econômica em sentido estrito, o que não seria o caso dos agentes públicos[32].

Os dois argumentos apresentam problemas jurídicos relevantes.

---

[31] "*Primeiramente, destaca-se que, embora os cartéis em compras públicas estejam muitas vezes relacionados a outros ilícitos - como a fraude, o direcionamento de edital e a corrupção de agentes públicos -, a competência da autoridade de defesa da concorrência nessa seara restringe-se aos aspectos da prática que a conformam como infração à ordem econômica, nos termos do quanto disposto na Legislação de Defesa da Concorrência. Ou seja, o Cade não possui expertise e nem autorização legal para investigar ou decidir sobre esses ilícitos, cuja apuração é de competência exclusiva dos órgãos de controle, das autoridades policiais e do Ministério Público. 125. Assim, tem-se que as investigações no presente processo devem centrar-se na análise dos fatos sob o enfoque concorrencial administrativo, nos termos da Lei 12.529/2011, que circunscreve a atuação do Cade. Condutas outras praticadas por agentes públicos serão investigadas pelos respectivos órgãos competentes, que cuidam da aplicação de suas leis específicas* (BRASIL, 2017a).

[32] "*Ademais, a partir do exposto, destaca-se que a Lei de Defesa da Concorrência é clara ao prever que, para a conduta investigada nos autos, ou seja, de formação de cartel, há que falar-se em acordo entre concorrentes para a combinação de variáveis comerciais relevantes, tais como preços, quantidades, divisão de mercado ou clientes ou ajustes de propostas em licitações públicas. Por certo, então, que os agentes públicos não são enquadráveis em tal definição legal, de concorrentes (...) Dessa forma, a aplicação da Lei 12.529/2011 encontra-se adstrita àquelas hipóteses em que é exercida atividade econômica em sentido estrito, e não ao conceito amplo de atividade econômica, que abarcaria então as hipóteses de serviço público. 134. Tanto é assim que, ao definir a abrangência subjetiva da Lei 12.529/2011, seu artigo 31 explicita que a lei se aplica às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Fica claro, portanto, que a Lei 12.529/11 aplica-se àqueles entes que, sob qualquer forma configurados, exerçam atividade econômica em sentido estrito, seja em regime de monopólio ("absorção", nos termos de GRAU) ou em regime de concorrência ("participação", também nos termos de GRAU")* (BRASIL, 2017a).

5. Análise do entendimento da Superintendência-Geral do CADE

Inicialmente, é importante registrar que a abrangência, à jurisdição da autoridade antitruste brasileiro, dos atos de corrupção de agentes públicos no contexto de licitações não seria uma jabuticaba[33]. Em interessante trabalho intitulado "*When the state harms competition – the role for competition law*", Eleonor Fox e Deborah Healey estudaram diversas jurisdições e investigaram as formas nas quais o Estado e seus agentes podem causar danos à defesa da concorrência. O enfoque principal do trabalho, conforme ponderado pelas próprias autoras, eram "*state laws organizing private cartels and state-granted monopoly rights blocking entry to essentially competitive markets*" (2014, p. 769). Contudo, as pesquisadoras indagaram também, em diversas jurisdições, se as normas de defesa da concorrência abrangeriam atos de órgãos de Estado e de seus agentes, no contexto de corrupção em processos licitatórios. As seguintes jurisdições responderam positivamente a esse questionamento: Austrália, China, União Europeia, Guiana, Jamaica, Japão, Cazaquistão, México, Rússia, Seicheles e Espanha (2014, p. 792).

O benefício da jurisdição da autoridade antitruste abranger a cumplicidade do agente público com a prática de cartel está, sobretudo, no fato de que o agente público integra o contexto do ilícito perpetrado pelos agentes econômicos, fazendo parte, pois, de um ilícito único e sendo um elo importante e necessário para o sucesso da conduta. Qualquer narrativa acerca do cartel deve, dessa forma, englobar sua atuação. O risco de os agentes públicos serem punidos pela autoridade de defesa da concorrência pode configurar também um desincentivo importante para a prática de corrupção no contexto dos cartéis de licitação. O problema, por outro lado, é o risco de sobreposição de papéis entre diversos órgãos de estado[34],

---

[33] Fruta encontrada tipicamente em solo brasileiro.

[34] O que é também uma preocupação de William Kovacic, ao se referir à necessidade de a autoridade antitruste não funcionar como uma ilha isolada, mas se preocupar constantemente em se reconhecer como pertencente a um arquipélago, na relação com os demais órgãos de Estado, a fim de reafirmar constantemente a legitimidade de sua política. Assim, Kovacic menciona: "*Many of our jurisdictions resemble a policymaking archipelago in which various government bodies other than the competition agency deeply influence the state of competition. Too often each policy island in the archipelago acts in relative isolation, with a terribly incomplete awareness of how its behavior affects the entire archipelago. It is ever more apparent that competition agencies must use non-litigation policy instruments to build the intellectual and policy infrastructure*

notadamente entre a autoridade de defesa da concorrência e os órgãos de persecução criminal. Em certa medida, a atuação da autoridade antitruste, nesse contexto, pode ser importante em casos de grande repercussão, para os quais a atuação dos órgãos de persecução criminal não seja suficiente para estancar as práticas ilícitas (FOX; HEALEY, 2014, pp. 804-805).

No ordenamento jurídico brasileiro, os casos de cartel de licitação nos quais é constatada a participação de um agente público que, mediante pagamento de propina, portanto por meio da prática de ato de corrupção, promove a conduta anticompetitiva não afetam apenas a probidade administrativa, conforme foi mencionado, mas também a competitividade do certame licitatório e a livre concorrência. E é justamente sob a perspectiva de um ato ofensivo à livre concorrência, em concurso com agentes econômicos, que a conduta dos agentes públicos deve ser analisada pelo CADE.

Não se pretende que o CADE julgue, por exemplo, a conduta de um agente de trânsito que solicita propina para não aplicar determinada penalidade, ou de um diretor de escola pública que recebe dinheiro para conceder uma vaga na instituição para uma criança em desrespeito das regras estabelecidas. Esses atos, apontados como práticas de *petty corruption*, em regra, não impactam a ordem econômica e não ofendem à livre concorrência, por isso estão apenas sujeitos, como mencionado na Nota Técnica analisada, à apreciação dos órgãos de controle, da Polícia e do Ministério Público. São condutas que, de fato, passam longe das atribuições do CADE. Entretanto, os atos de corrupção classificados como *grand corruption*, uma vez relacionados à realização de certames licitatórios e à prática de cartel de agentes econômicos, por serem ofensivos à livre concorrência, devem interessar ao CADE.

A justificativa de que o agente público já é penalizado por outras normas e, por isso, é isento à legislação de defesa da concorrência também não convence. É da tradição do direito brasileiro a separação das instâncias penal, administrativa e cível. Um mesmo fato pode ofender diversas normas jurídicas dessas diferentes instâncias normativas, sendo todas aplicáveis ao caso concreto. E há dispositivos normativos expressos nesse

---

that connects the islands and engenders a government-wide ethic that promotes competition. To build this infrastructure requires competition authorities to make efforts to identify and understand the relevant interdependencies and to build relationships with other public instrumentalities" (KOVACIC, 2004, p. 6).

sentido, tanto na legislação antitruste[35], quanto na lei de improbidade administrativa[36]. Na perspectiva inter-instâncias, um fato pode configurar crime, ilícito administrativo, bem como ensejar reparações cíveis, sem que isso implique *bis in idem*.

Em relação à aplicação de diversas normas intra-instâncias, o cerne para o operador do direito distinguir a legítima múltipla incidência normativa do *bis in idem* é, como é feito na seara do direito penal, perquirir pelo bem jurídico tutelado pela norma. No caso de Tício e Caio, além deles ofenderem a probidade administrativa, objeto de proteção da Lei 8.429/1992, atingem também a competitividade do certame licitatório e a livre concorrência, valores protegidos pela Lei Antitruste. Aplicar ao caso apenas uma ou outra norma jurídica implica uma subpenalização do agente infrator. Iguala-se a conduta do corrupto que, por exemplo, demanda propina de um motorista para não ser multado (*petty corruption)* à do corrupto que pede propina para fraudar licitação (*grand corruption*) quando, notoriamente, trata-se de práticas cujos desvalores são distintos.

A Constituição Federal protege tanto a probidade administrativa, quando prevê expressamente a moralidade e a impessoalidade como princípios da Administração Pública[37], quanto a livre concorrência, no momento em que a prescreve como princípio da Ordem Econômica[38]. São valores diretamente relacionados à consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil[39], notadamente os de construir uma "sociedade livre, justa e solidária", “garantir o desenvolvimento nacional” e de "promover o bem de todos" (BRASIL, 1988). Em razão disso, ofensas à probidade administrativa e à livre concorrência devem ser rigorosamente punidas pelo Estado, notadamente quando decorrentes de atos praticados por agentes públicos, pessoas de quem a sociedade espera ainda mais elevado respeito às normas jurídicas. Dessa maneira, não há que se falar em qualquer violação constitucional em decorrência da punição de Tício e

---

[35] Vide o art. 35 da Lei 12529/2012, o qual prescreve que *“a repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei”* (BRASIL, 2012).

[36] O art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa dispõe que as sanções previstas na lei são aplicáveis *“independentemente de sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica”* (BRASIL, 1992).

[37] Vide art. 37 da Constituição Federal.

[38] Vide art. 170 da Constituição Federal.

[39] Vide art. 3º, incisos I, II e IV da Constituição Federal.

Caio tanto pela de lei de improbidade, quanto pela lei de defesa da concorrência.

Quando a Lei 12.529/2011 é analisada especificamente, também se depreende que os agentes públicos Tício e Caio estão sujeitos à jurisdição do CADE, haja vista a notória intenção do legislador de não limitar o alcance da legislação de defesa da concorrência quanto aos seus sujeitos passivos. Não se está referindo aqui nem ao art. 1º, parágrafo único, que prevê a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei, dentro os quais está a livre concorrência, nem ao art. 2º, o qual prescreve que a lei se aplica às práticas cometidas no território nacional, no todo ou em parte, ou àquelas que aqui tenham efeitos produzidos, mesmo que potencialmente. O fato de o destinatário da proteção jurídica ser a coletividade, bem como de o legislador ter adotado um critério extensivo para territorialidade, são indicativos da extensão subjetiva da norma, contudo o dispositivo normativo que de fato interessa é o art. 31, que assim prescreve:

> Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal (BRASIL, 2011).

Observe-se que a legislação antitruste brasileira, justamente no título referente às infrações da ordem econômica, dispôs de maneira expressa e sem restrições que a norma se aplica "*às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado*". A interpretação restritiva de que as pessoas físicas ou jurídicas mencionadas no texto legal, ou seja, aquelas que seriam destinatárias das normas que estabelecem as infrações contra a ordem econômica, seriam apenas àquelas que exercem atividade econômica em sentido estrito, conforme expostos pela Superintendência do CADE na Nota Técnica já referida, além de não encontrar amparo na lei, afronta o disposto no art. 31. Mais do que isso: contraria o disposto no art. 37, incisos I e II[40].

---

[40] Segue o texto legal para melhor compreensão da análise: "*Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à*

É verdade que o ilícito antitruste ocorre no contexto de determinada atividade econômica, mais especificamente em um dado mercado relevante, no qual será aferido o poder de mercado do(s) agente(s) envolvido(s). Mas isso não implica afirmar que apenas quem pratica essa atividade deve ser punido. A única distinção legal efetivamente realizada pelo legislador entre os possíveis praticantes de ilícitos antitrustes foi entre àqueles que exercem atividade empresarial e aqueles que não exercem atividade empresarial. No primeiro caso, a sanção é calculada a partir do faturamento auferido pela atividade empresarial, conforme disposto no inciso I do art. 37, enquanto para as demais pessoas físicas ou jurídicas que não exercem atividade empresarial, por não terem o parâmetro de faturamento, podem ser multados entre R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). Agentes públicos se encaixam perfeitamente na descrição do inciso II do art. 37 da Lei 12.529/2012, em contrariedade com o que fora exposto pela Superintendência-Geral do CADE. Mas não é só isso.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, mesmo as diversas pessoas físicas condenadas pelo CADE que ocupam cargos de direção ou gerência nas pessoas jurídicas envolvidas em ilícitos antitrustes também não poderiam, pelo fundamento exposto na Nota Técnica, ser condenadas, pois, a rigor, quem exerce a atividade econômica é a pessoa jurídica a qual pertencem, que, em regra, está constituída sob a forma de uma sociedade empresarial. Apenas o empresário individual, praticante da atividade econômica em nome próprio poderia, assim, ser condenado. E sabe-se que o CADE, com fundamento nos dispositivos mencionados e, especificamente, no inciso III do art. 37 da Lei 12.529/2011, condena diversas pessoas físicas integrantes dos quadros das pessoas jurídicas

---

vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo (BRASIL, 2011).

infratoras. Outro problema está na punição da figura do chamado "facilitador do cartel".

O facilitador é justamente alguém, pessoa física ou jurídica, que, em regra, não integra os quadros das pessoas jurídicas envolvidas na infração. Podem ser contadores, advogados, administradores, bem como associações de classe, sindicatos, ou seja, pessoas diversas que não participam da atividade econômica dos membros do cartel e, por isso, não precisam pertencer ao mercado relevante analisado. Não são em si detentores de poder econômico. As associações de classe constituem um exemplo interessante. Pela própria definição legal, são entes dotados de personalidade jurídica que não possuem finalidade econômica, mas, mesmo assim, conforme mencionado, o CADE tem um histórico de diversas condenações de associações de classe por promoverem a adoção de conduta comercial uniforme dos seus integrantes, estes sim agentes econômicos em sentido estrito. O entendimento da Superintendência-Geral exposto na referida Nota Técnica lança dúvidas nas condenações do CADE contra associações ou sindicatos.

6. Considerações finais

A futura sede administrativa do Estado da federação brasileira em que Tício e Caio são agentes públicos é, com elevado grau de probabilidade, um elefante branco: trata-se da construção de obra de engenharia, licitação na qual os pagamentos de propinas são, naturalmente, mais difíceis de serem identificados, que deve ter sido escolhida em detrimento de outros serviços mais importantes para a população, como os das áreas de saúde, educação e moradia. O prejuízo ao interesse público não decorre apenas do custo da contratação, que será bem maior do que se o certame licitatório ocorresse em um cenário de livre concorrência, mas também porque a escolha pública da construção da sede do governo em si tem como mote a criação de uma oportunidade de *rent seeking*, no mau sentido da expressão.

O combate à corrupção e a proteção à defesa da concorrência interessam ao Estado brasileiro não apenas porque probidade administrativa e livre concorrência são valores abarcados pela Constituição Federal, mas, sobretudo, porque por meio dessas políticas públicas é que a República Federativa do Brasil promove a concretização dos seus objetivos, notadamente os de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional e de promover o bem

de todos. Nessa seara, a prática ilícita de cartel em licitação é a conduta anticompetitiva que constantemente mais flerta com a corrupção, haja vista a frequência em que as condutas "andam de mãos dadas".

Agentes públicos podem ser punidos, em casos de corrupção nos quais são promovidos cartéis em licitações, tanto na esfera penal, quanto na administrativa e cível. A Constituição Federal e as normas infraconstitucionais autorizam a incidência de diversos comandos normativos punitivos para um mesmo fato, sem que a cumulação de sanções configure *bis in idem*. Em casos de dúvidas, o cerne da análise, para o operador do direito, deve ser perquirir se o bem jurídico tutelado pelas normas é distinto.

A Constituição Federal e a Lei 12.529/2011 autorizam que Tício e Caio, agentes públicos, sejam julgados pelo CADE por promoverem o cartel de licitações, nos termos dos artigos 31, 35, 36 (§3º, inciso II) e 37 (inciso II), todos da legislação antitruste. Isso não afasta eventual punição desses mesmos agentes por atos de improbidade administrativa, à luz da Lei n. 8.492/1992, nem a aplicação de outras sanções penais ou cíveis cabíveis. Isso ocorre, sobretudo, porque a conduta de Tício e Caio ofende a diversos bens jurídicos concomitantemente, como a probidade administrativa, o caráter competitivo do certame licitatório e a livre concorrência.

O CADE não tem histórico de condenação de agentes públicos por promoverem cartéis de licitação mediante a prática de corrupção ou, o que é pior, sequer tem histórico de apreciação da conduta desses agentes públicos, seja até mesmo para afastar sua atribuição, o que pode ser indicativo de uma das três hipóteses seguintes: (i) a pesquisa realizada para elaboração deste artigo foi falha, (ii) os cartéis de licitação no Brasil, ao contrário do que constatado pela doutrina e na maioria das outras jurisdições, ocorrem independentemente de atos de corrupção ou (iii) o sistema brasileiro de defesa da concorrência precisa rever suas práticas. Quaisquer das três opções são assustadoras.

Referências Bibliográficas

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. CADE, cartéis e licitações: um novo nicho da política antitruste brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 1, 2015, pp. 108 - 132.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto condutor. Conselheiro Paulo Furquim. Processo Administrativo nº 08012.000283/2006-66. Publicado em 17 de dez. 2008. Disponível em: <http://anexos.radaroficial.com.br/794c18e48b1d31fdeb40be18ff1dbcfe.pdf>. Acesso em: 03 de jun. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência-Geral. Nota Técnica nº 37/2017/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo 08700.007776/2016-41. Emitida em 04 de mai. 2017a. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPO9MQQtlG246hB495JtUKrparjLGe9oeHkNAEMmG15Ntzcujnis EZbgKLt6T2elwh683k6x3qGMYqqbay7kyuX>. Acesso em: 21 de mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acordão na Reclamação nº 2.138-6/DF. Relator Originário: Ministro Nelson Jobin. Relator para o Acordão: Ministro Gilmar Mendes. Publicado em 18 de abri. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>. Acesso em: 31 de mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acordão no Ag. Reg. na Ação Cautelar 3.585/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado em 28 de out. de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7044390>. Acesso em: 31 de mai. 2018.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de jun. 2018.

_____. Lei 8.492, de 02 de jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em: 21 de jun. 2018.

_____. Código Civil – Lei 10.406/2002, de 10 de jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 03 de jun. 2018.

_____. Lei 12.529, de 30 de nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 03 de jun. 2018.

CELENTANI, Marco; GANUZA, Juan-José. Corruption and competition in procurement. **European Economic Review,** n. 46, pp. 1273 – 1303, 2002.

CORDOVIL, Leonor; et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

EMERSON, Patrick M. Corruption, Competition and Democracy. **Journal of Development Economics,** n. 81, pp. 193 – 212, 2006.

FOX, Eleanor M.; HEALEY, Deborah. When State Harms Competition. **Antitrust Law Journal**, v. 79, pp. 769 – 820, 2014.

KOVACIC, William E. ***Achieving Better Practices in the Design of Competition Policy Institutions*** **–** Remarks before the Seoul Competition Forum 2004 Seoul Republic of Korea, April 20, 2004. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc500.pdf>. Acesso em: 21 de set. 2018.

LAMBERT-MOGILIANSKY, Ariane; SONIN, Konstantin. Collusive Market Sharing and Corruption in Procurement. **Journal of Economics & Management Strategy**, v. 15, n. 4, pp. 883-908, 2006.

LEWIS, David; DAS NAIR, Reena. Fighting Corruption and Promoting Competition – Background note. **OCDE – Global Forum on Competition**. Publicado em 17 de fev. 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2014)1&docLanguage=En>. Acesso em: 23 de mai. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Penal Especial Comentada – volume único**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Carteis – Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.** São Paulo: Singular, 2013.

MASSON, Cleber. **Direito Penal – Parte Especial (arts. 213 a 359-H).** 8 ed. São Paulo: Forense, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Concurso de crimes e diferenciação: cartel e fraudes à licitação.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/12/14/concurso-crimes-diferenciacao-cartel-fraudes-licitacao/>. Acesso em: 28 de mai. 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, FERNANDO A. de A. A. de. Existe litisconsórcio passivo necessário no processo administrativo do CADE que investiga

a prática de cartel. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 12, out a dez, pp. 125 - 143, 2006.

RIBEIRO, Diaulas Costa et all. Interface between the Brazilian antitruste, anti-corruption and criminal organization laws: the leniency agreements. **Law and Business Review of the Americas,** v. 22, pp. 195 – 244, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform.** 2 ed. Epub. New York: Cambridge University Press, 2016.

TROESKEN, Werner. Competition and Corruption Lessons from 150 Years of Industrial Governance. **Mercatus Center, George Mason University -** Working Paper. Publicado em: 2007. Disponível em: <http://mercatus.org/sites/default/files/Competition_and_Corruption.pdf>. Acesso em: 25 de mai. 2018.

VIANNA, Túlio. Curiosidade: **Origem dos personagens – Caio, Tício e Mévio, no Direito Penal.** Publicado em 30 de mar. 2008. Disponível em: <http://direitopuc-maringa.blogspot.com.br/2008/03/curiosidade-origem-dos-personagens-caio.html>. Acesso em: 22 de mai. 2018.

2. UMA PESQUISA EMPÍRICA SOBRE A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA INSTRUÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO TRANSNACIONAIS PELO CADE[1]

2. AN EMPIRICAL RESEARCH ON INTERNATIONAL COOPERATION IN THE INSTRUCTION OF TRANSNATIONAL MERGERS BY CADE

Isabela Maiolino

Resumo: O presente artigo apresenta breve revisão bibliográfica sobre a cooperação internacional entre autoridades de defesa da concorrência para instrução de fusões transnacionais, bem como pesquisa empírica dos atos de concentração ordinários analisados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), sob a égide da Lei 12.529/11, nos quais houve cooperação internacional. Foram identificados 336 atos de concentração ordinários notificados entre 2012 e 2017, dentre os quais 47 foram objeto de cooperação internacional. A pesquisa segmenta a cooperação por autoridade, ano, menção à cooperação em votos e pareceres e o uso de *waiver* de confidencialidade para troca de informações confidenciais.
Palavras-chave: Cooperação internacional. Ato de concentração. Cade. Fusão transnacional. Concorrência.

Abstract: This paper presents the results of a research on international cooperation between competition authorities for the investigation of transnational mergers, as well as empirical research on the merger cases analyzed by the Administrative Council for Economic Defense (Cade), under Act 12.529/11, in which there was international cooperation. There were 336 ordinary merger notifications between 2012 and 2017, of which 47 were subject of international cooperation. This research segments the cooperation cases by authority, year, mention of cooperation in votes and reports, and use of the confidentiality waiver to exchange confidential information.

Key word: International cooperation. Mergers. Cade. Transnational merger. Competition law.

---

[1] *Disclaimer:* o presente artigo foi publicado inicialmente no Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, do IBRAC, em 2018, tendo sido selecionado através do prêmio IBRAC-TIM em 1º lugar.

1. Introdução[2]

O avanço da globalização fez com que, ao longo dos anos, aumentasse o número de atos de concentração multijurisdicionais (Webber, 2015, p. 23) e transnacionais, ou seja, aqueles que são passíveis de análise por mais de uma jurisdição[3] (OCDE, 2005, p. 05), podendo vir a produzir efeitos econômicos sobre mais de um país. (Silveira, 2011, p. 04).

Observou-se essa mesma tendência no Brasil, a partir dos anos 1990, com o movimento de abertura comercial (Oliveira, 2004, p. 124-125). Essa abertura, em conjunto com uma série de medidas para estabilização econômica e monetária, tais como controle da inflação, introdução do Plano Real, redução da tarifa média de importação (Conceição e Lopes, 2016, p. 152-153) e fortalecimento do ambiente interno de negócios tornou o país atrativo para empresas internacionais. Nesse contexto, o controle prévio de estruturas pelo Cade insere-se como um dos pilares de atuação da autoridade da concorrência brasileira para preservação do ambiente pró-competitivo[4].

São diversas as jurisdições que adotam o controle de estruturas e o custo gerado pela necessidade de notificação de uma operação em diversas jurisdições já foi objeto de análise de diversos estudos, de forma que a cooperação internacional tem sido reconhecida como importante instrumento para otimizar a instrução de casos e evitar decisões conflitantes sobre uma mesma operação.

Apesar de a doutrina reconhecer a importância da cooperação entre diferentes autoridades, a pesquisa não identificou, dentre a bibliografia estudada, trabalhos que focassem na práxis do Cade ou que fizessem um levantamento completo de como ocorre a cooperação em casos de ato de concentração. Portanto, o presente estudo tem como objetivo suprir essa lacuna.

A pesquisa analisou os atos de concentração ordinários cujas decisões finais de mérito foram proferidas sob a égide da Lei 12.529/11,

---

[2] A autora agradece os servidores do Cade que participaram das entrevistas e aos servidores da Assessoria Internacional do Cade.

[3] O presente artigo usará como sinônimo de concentração transnacional os termos atos de concentração multijurisdicionais.

[4] As principais competências do Cade estão definidas no art. 9º e 13 da Lei 12.529/11.

compreendendo o período de 2012 a 2017 e focando na experiência do Cade com a cooperação internacional com outras autoridades da concorrência.

O trabalho adota a seguinte estruturação: a seção 2 discorre sobre a cooperação internacional, em sede de atos de concentração multijurisdicionais, a partir da doutrina especializada; a seção 3 traz considerações sobre a experiência brasileira com base nas informações obtidas a partir de entrevistas realizadas com o corpo técnico do Cade; a seção 4 apresenta pesquisa empírica sobre a prática do Cade, a partir da promulgação da Lei 12.529/11 até o final de 2017, bem como os resultados obtidos; e, por fim, a seção 5 tece as considerações finais e apresenta as conclusões do estudo.

2. A cooperação em sede de atos de concentração transnacionais

Conforme mencionado, a globalização gerou um aumento do número de fusões de âmbito mundial (Jaeger Junior, 2008, p. 46). Tal fator, aliado à proliferação de diferentes sistemas de controle de atos de concentração, à interdependência das economias globais (Oliveira, 1999, p. 23) e à adoção da teoria dos efeitos[5] por diversos países, cria a possibilidade de que mais de uma jurisdição tenha competência para analisar um mesmo ato de concentração (Carvalho e Silveira, 2014, p. 98), bastando que as jurisdições adotem a referida teoria[6]. Essa teoria aplica-se ao direito da concorrência brasileiro, nos termos do art. 2º da Lei 12.529/11[7].

---

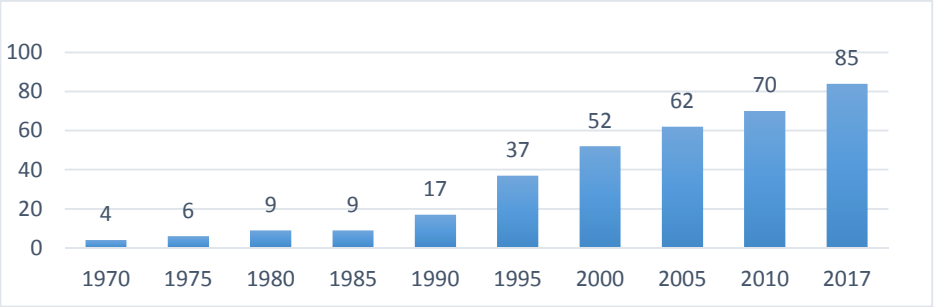
[5] De acordo com Paula Forgioni, a teoria ou princípio dos efeitos determina a incidência da lei antitruste do Estado em que se verificarem as consequências dos atos dos agentes econômicos – ou seja, não importa a nacionalidade dos partícipes, mas sim o mercado relevante no qual serão produzidos os efeitos (Forgioni, p. 431, 2015). Essa teoria, também adotada nos Estados Unidos, na União Europeia, permite que o Brasil analise atos de concentração transnacionais, mesmo que as empresas envolvidas não tenham ativos em território brasileiro.

[6] Por exemplo, tanto os Estados Unidos quanto a União Europeia adotam a teoria dos efeitos (Forgioni, 2015, p. 431)

[7] Lei 12.529/11, art. 2º: aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

Atualmente, 85 jurisdições possuem sistemas de análise de atos de concentração (Frye, Vann Junior e Renaudeau, 2017), que têm se desenvolvido ao longo dos anos, conforme demonstrado no gráfico a seguir:

GRÁFICO 1 - **Evolução de sistemas de controle de concentração**



Fonte: Maher Dabbah, atualizado com dados de Frye, Vann Jr e Renedeau em 2017.

Diante dessa pluralidade de jurisdições e legislações de controle de concentrações, a aplicação unilateral do direito concorrencial em atos de concentração transnacionais pode gerar significativas desvantagens e aumento de custos tanto para a autoridade quanto para os entes privados (Carvalho e Silveira, 2014, p. 100). Tais desvantagens, em especial os custos, têm sido amplamente discutidas pela literatura especializada (Budinzki, 2014, p. 01).

Em relação aos custos, os principais consistem na acumulação das taxas de notificação da operação – por exemplo, no Brasil, a taxa alcança a quantia de R$ 85.000,00[8], enquanto, nos Estados Unidos, a taxa vai de US$ 45.000,00 até US$ 280.000,00[9].

---

[8] Lei 12.529/11, art. 23: Instituem-se taxas processuais sobre os processos de competência do Cade, no **valor de R$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação dos atos previstos no art. 88 desta Lei,** e no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação das consultas referidas no § 4º do art. 9º desta Lei. (grifo nosso)

[9] Informações disponíveis em: https://bit.ly/2Lf4kqP

Sobre esse aspecto, destaca-se pesquisa realizada pela *Pricewaterhouse Coopers* a pedido da *International Bar Association*, em 2003, que concluiu que uma operação transnacional custa, em média, € 3.9 bilhões, sendo necessárias, no mínimo, seis notificações para diferentes autoridades, com € 3.3 milhões em gastos extras associados a custos para autorização da operação. Deste valor, 65% corresponde a custos com advogados, 19% de taxas de notificação e 14% de taxas para outros consultores (PWC, 2003).

Outro importante ponto é o aumento dos custos de transação gerado pela multiplicação dos custos referentes aos honorários de advogados e à ausência de economia de escala, já que, caso sejam necessárias notificações múltiplas, o trabalho para que se obtenham todos os documentos e informações solicitadas por cada autoridade pode aumentar significativamente (ICN, 2002).

Além disso, há o custo de oportunidade ligado às sinergias perdidas em razão do longo período de suspensão da operação, necessário para que todas as autoridades analisem e aprovem o ato de concentração, e o que pode ser considerado o principal risco: o aumento da insegurança jurídica provocado pelo risco de decisões divergentes, seja em relação ao mérito (aprovação ou reprovação), seja em relação aos tipos de remédios negociados pelas diversas autoridades[10].

Tendo em vista que as autoridades jurídicas estrangeiras baseiam-se em legislações diferentes para aplicar as suas respectivas leis de defesa da concorrência, é possível as autoridades definam o mercado relevante da operação de forma distinta, avaliem de forma diversa os possíveis ganhos de eficiência e analisem efeitos concorrenciais através de parâmetros e métodos diversos (Webber, 2015, p. 67).

Há, também, os custos adicionais das autoridades, que surgem dos pedidos de informações e verificações em outros países e da comunicação com estas outras jurisdições, vez que se torna necessário (ou ao menos recomendável) a existência de uma área específica voltada para

---

[10] Nesse sentido, podem-se mencionar os casos Boeing/McDonnell Douglas (1997) e GE/Honeywell (2001), analisados pelas autoridades dos Estados Unidos e Comissão Europeia, que chegaram em resultados diferentes em suas análises (Silveira; 2011, p. 02). No primeiro caso, a operação foi aprovada sem restrições pelas autoridades americanas e autorizada com condições Comissão Europeia (2011, p. 08), enquanto no segundo caso os Estados Unidos aprovaram a operação e a Comissão Europeia a bloqueou (p. 10).

a internacionalização da autoridade, ou seja, uma área especializada voltada à cooperação, como será detalhado a seguir.

Em adição, fusões transnacionais também apresentam desafios relacionados ao e*nforcement* da decisão, em razão da dificuldade de garantir a efetividade das decisões (Oliveira, 2018, p. 145), principalmente se os ativos das empresas estão localizados em territórios diferentes daquele que a autoridade que proferiu a decisão. Nesse sentido, a decisão tomada por uma autoridade pode vir a se tornar apenas uma ameaça de sanção legal (Carvalho e Silveira, 2014, p. 100).

Ademais, em caso de aprovação condicional[11], é possível que os remédios acordados ou impostos pelas autoridades sejam contraditórios entre si ou, ainda, que as decisões finais sejam contraditórias (Budinzki, 2014, p. 02). Por fim, menciona-se também a crise política e o *global "hold-up" situation*[12].

Muito embora alguns desses custos e dificuldades sejam inevitáveis, alguns estudos elencam fatores que podem gerar gastos desnecessários durante o processo de notificação de uma operação transnacional: (i) o levantamento de informações e o atendimento dos requerimentos necessários para cada autoridade; (ii) o cumprimento de requerimentos de notificações que, muito embora devam ser notificadas em razão da aplicação da teoria dos efeitos, não necessariamente possuem nexo de causalidade com a jurisdição; (iii) o cumprimento de requisitos desnecessariamente extensos; e (iv) os atrasos desnecessários na análise pela autoridade (ICN, 2004).

Para diminuir os problemas advindos da pluralidade de jurisdições com competência para analisar fusões transnacionais, em especial os custos desnecessários gerados tanto para autoridade quanto para iniciativa privada, surge a necessidade e a importância da cooperação

---

[11] No Brasil, por exemplo, a aprovação de um ato de concentração pode estar sujeito à aprovação condicional, nos termos do art. 161, II, do Regimento Interno do Cade.

[12] Consistiria na possibilidade de uma jurisdição menor impedir uma operação considerada vantajosa para outras jurisdições. Para mais informações, consultar "One Law to Control Them All: International Merger Analysis in the Wake of GE/Honeywell", por Kyle Robertson (2008, p. 11-12)

internacional[13] entre diferentes as autoridades de defesa da concorrência no controle de estruturas.

Ainda que outros autores defendam também ser necessário o conhecimento geral sobre as legislações antitruste, previamente à submissão de uma fusão para análise por uma autoridade, e sobre a importância de prestarem-se informações coesas para diferentes autoridades da concorrência (Oliveira, 2018, p. 145-146), Silveira vê que a solução, ou ao menos amortização dos problemas trazidos pela pluralidade de competências para análise de uma fusão transnacional, passa necessariamente pela cooperação internacional entre diferentes autoridades da concorrência, provavelmente envolvendo uma harmonização das regras, em particular as que dizem respeito aos procedimentos de análise (2011, p. 21)[14].

Inicialmente, cabe definir o que seria a cooperação internacional. Segundo Barcelos, ela consiste "no mecanismo disponível a facilitar a eficácia de um ato ou procedimento jurídico que deve surtir efeito em território estrangeiro, conforme a interação de entes nacionais" (2016, p. 17).

Muito embora a cooperação jurídica internacional de cunho tradicional perpasse pela cooperação judiciária, a cooperação realizada entre autoridades de defesa da concorrência possui cunho administrativo,

---

[13] Nesse sentido concluiu Paulo Burnier da Silveira, que "[p]arece que haveria dois caminhos de soluções: um pela regionalização do controle de concentrações, com a União Europeia como o melhor exemplo; e outro por acordos bilaterais ou plurilaterais sobre o controle de concentrações. Em todo caso, sustenta-se que todas as tentativas de solução passarão, necessariamente, pela cooperação internacional e, provavelmente, por uma harmonização das regras, em particular, das regras procedimentais" (tradução livre). Original: "*[i]l existe certainement plusieurs façons de réduire ou de minimiser ce problème. Il semble qu'il y aurait deux chemins de solutions: l'un par la régionalisation du contrôle des concentrations, l'Union européenne étant le meilleur exemple ; et l'autre par des accords bilatéraux ou plurilatéraux sur le contrôle des concentrations. En toute hypothèse, on soutient que toutes les tentatives de solution passeront, forcément, par la coopération internationale et, probablement, par une harmonisation de ces règles, en particulier les règles procédurales.*" (2011, p. 21)

[14] Em sentido similar se manifesta Barcelos, que explica que "[a] cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência dos diversos países no mundo emerge como o principal mecanismo a instrumentalizar a efetivação de medidas em jurisdições estrangeiras e a coordenação das atividades e das legislações domésticas" (2016, p. 191).

sendo realizada por meio de iniciativa direta das partes (Webber, 2015, p. 80-81).

Cabe destacar que existem diversos tipos de cooperação. As primeiras são as bilaterais, realizadas entre duas autoridades de jurisdições diferentes, que têm por objetivo a promoção da cooperação e da coordenação entre as autoridades de defesa da concorrência, para evitar divergências e mitigar o impacto de suas decisões (Webber, 2015, p. 142).

Existem, ainda, as cooperações multilaterais, realizadas no âmbito dos fóruns com um grupo de diversas autoridades diferentes. Em geral, esses fóruns buscam, no sentido destacado por Silveira, harmonizar as normas de análise já existentes, por meio de *soft law*, ou seja, de forma não mandatória e cooperativa, agindo como um fio condutor através da edição de recomendações e códigos de conduta (Barcelos, 2016, p. 14).

Sob esse viés, destaca-se o papel da *International Competittion Network*, que tem trabalhos publicados sobre a necessidade de diminuição dos custos advindos de fusões transnacionais, bem como estudos sobre melhores práticas no que se refere à defesa da concorrência. A organização fornece, inclusive, documentos modelo para uso pelas autoridades, como o modelo de *waiver* para troca de informações confidenciais entre autoridades.

Destaca-se também o papel da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que, além de estabelecer a cooperação internacional entre autoridades de defesa da concorrência como um dos seus centros de atuação[15], elenca a cooperação e a coordenação entre diferentes autoridades como uma das quatro recomendações sobre análise de fusões (2005, p. 05)[16]. Podem-se mencionar também a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e

---

[15] Informação disponível no sítio eletrônico da OCDE: < https://bit.ly/2vZCev2 >.

[16] A OCDE possui diversos documentos publicados que tratam, direta ou indiretamente, sobre os benefícios da cooperação internacional e convergência de atuação em sede de atos de concentração transnacionais, podendo-se mencionar o relatório “Merger cases in the real world” (1994) e “Report on notification of transnational mergers” (1999), a documentos mais recentes, como o “Cross-border merger control: challenges for developing and emerging economies” (2011).

Desenvolvimento (UNCTAD) e as reuniões sobre concorrência promovida pelos países integrantes dos BRICS[17].

Ainda, ressalta-se a existência de procedimentos de cooperação regional, podendo-se mencionar os que ocorrem no âmbito da União Europeia, ou, de forma menos institucionalizada, no bloco do Mercosul, para questões ligadas à concorrência.

A cooperação, seja ela bilateral ou multilateral, traz diversos benefícios, sendo que os principais, no que se refere à instrução de atos de concentração transnacionais, são: (i) fortalecimento do vínculo entre os países; (ii) facilidade no compartilhamento de informações para harmonizar o entendimento sobre um mercado relevante do produto; (iii) alinhamento de remédios (Oliveira, 2018, p. 148); (iv) redução do risco de emissão de decisões contraditórias por diferentes jurisdições (Macedo, 2017). Além disso, destaca-se que a cooperação pode auxiliar na diminuição dos custos de transação relativos ao compartilhamento de informações e alinhamento do *timming*.

3. A experiência brasileira: como funciona a cooperação no âmbito do Cade

No que diz respeito à realidade brasileira, não há, na Lei 12.529/11, previsão sobre como deve ocorrer a cooperação internacional, ou, ainda, um guia elaborado pela autarquia a respeito da forma como a cooperação internacional deve ocorrer. O Regimento Interno da autarquia, por outro lado, apenas prevê que a Assessoria Internacional (Assint) é o órgão responsável por promover a cooperação internacional com outras autoridades de defesa da concorrência[18]. Assim, foi necessária a realização de entrevistas com o corpo técnico do Cade para melhor compreender o procedimento.

De acordo com as informações obtidas, o primeiro ponto a se destacar é que a cooperação internacional, em sede de atos de

---

[17] Destaca-se o evento realizado pelos países membros do BRICS em novembro de 2017, em Brasília, sediado pelo Cade, para tratar de defesa da concorrência e cooperação entre as autoridades.

[18] Nos termos do art. 4º do RICADE: à Assessoria Internacional compete: "(...) III - contribuir de forma a promover a cooperação internacional com autoridades estrangeiras de defesa da concorrência".

concentração, pode começar antes mesmo da notificação formal da operação ao Cade pelas requerentes, haja vista que a instrução pode ser iniciada antes da publicação do Edital, que publiciza a operação, mediante autorização das requerentes.

A partir das reuniões de pré-notificação, a área técnica já é capaz de observar quais são as autoridades com que o Cade terá interesse em cooperar durante a instrução do caso, sendo que, de acordo com o corpo técnico, na maior parte dos casos, a cooperação é feita com as autoridades dos Estados Unidos e com a Comissão Europeia. Além disso, a cooperação pode ter início a pedido da autoridade estrangeira ou surgir do interesse do próprio Cade.

A partir disso e ao longo da instrução do caso, são realizadas trocas de e-mails, documentos, *conference calls* para troca de entendimentos sobre o caso, com ou sem o intermédio da área internacional especializada do órgão, a Assint.

De acordo com informações obtidas com o corpo técnico, a cooperação tem início com o intermédio da área internacional do Cade quando a procura pela cooperação surge por iniciativa de outro órgão da concorrência.

Em relação à negociação de acordos, destacou-se também que, em alguns casos, ocorre inclusive a troca de minutas de acordos. Foi ressaltada, por fim, a importância da cooperação, pontuando que a experiência do Cade tem sido positiva e fundamental na agilidade da instrução dos atos de concentração.

Apesar de não existir um guia para cooperação internacional nos moldes dos demais documentos produzidos pela autarquia, o reconhecimento da importância da cooperação tem sido feito, até mesmo, nos votos proferidos nos julgamentos[19].

Em tese, a partir da leitura de artigos sobre cooperação internacional, seria possível pensar que, na prática, a cooperação internacional em sede de atos de concentração tem início a partir da apresentação de um *waiver* de confidencialidade pelas requerentes,

---

[19] Nesse sentido, destacou o Conselheiro Paulo Burnier, quando do julgamento da compra da Monsanto pela Bayer, "(...) a cooperação internacional é, assim, um mecanismo-chave para a produção de remédios eficientes (custo), eficazes (resultado) e efetivos (impacto) no controle de fusões internacionais" (Cade, AC 08700.001097/2017-49. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company. Conselheiro Relator Paulo Burnier. Julgado em 07 fev. 2018).

documento que autoriza o contato, pelo Cade, com autoridades estrangeiras. Esse documento está disponível no sítio eletrônico do Cade, que usa o modelo da *International Competition Network*.

No entanto, o corpo técnico explicou que o *waiver* é utilizado quando há necessidade de troca de informações confidenciais, mas que não é necessária uma autorização das requerentes para que autoridades da concorrência comuniquem-se e troquem suas impressões sobre a operação.

Em relação às dificuldades, importa mencionar que alguns autores apontam que a notificação tardia da operação ao Cade também impõe dificuldades à cooperação, já que tal fato impede o alinhamento do *timing* de análise da operação pelas autoridades[20], principalmente no que se refere à negociação de remédios.

4. Pesquisa empírica sobre a prática do Cade de 2012 a 2017

Nesse sentido, a Superintendência Geral afirma "que as operações de empresas disruptivas tem levado autoridades mundo afora a, inclusive, discutirem revisões em seus critérios de faturamento, para que operações que envolvam esse perfil de empresas sejam submetidas ao controle de estruturas. Autoridades da Alemanha e União Europeia são algumas dessas autoridades que reconhecem que o patamar atual de notificação não é capaz de capturar os efeitos dinâmicos das operações".

De acordo com informações da Assint, são notificados, em média, 55 atos de concentração internacionais por ano, sendo 25 desses casos analisados por meio do rito ordinário.

No entanto, não havia pesquisa empírica que consolidasse esses dados. Esta seção analisa os atos de concentração ordinários nos quais

[20] Nesse sentido, Oliveira (2018, p. 148) menciona que isso ocorreu ao menos nos Atos de Concentração n. 08700.006243/2016-41 (Requerentes: UASC e HL AG), aprovado nos Estados Unidos em julho de 2016 e notificado ao Cade apenas em setembro de 2016; 08700.009173/2015-01 (Requerentes: Amadeus e Navitare), aprovado nos Estados Unidos em julho de 2015 e notificado ao Cade em setembro de 2015; 08700.004446/2017-84 (Requerentes: Essilor e Luxottica), notificado nos Estados Unidos, Canadá, Austrália e México (dentre outros países) entre abril e junho de 2017, e somente notificado ao Cade em setembro de 2017; 08700.000206/2015-49 (Requerentes: Merck e Sigma), notificado na Sérvia, China, Estados Unidos, Rússia, Japão, dentre outros entre outubro e dezembro de 2014 e no Brasil somente em março de 2015.

houve cooperação internacional, notificados no período de maio/2012 (início da vigência da nova lei de defesa da concorrência) a dezembro/2017.

Inicialmente, foram identificados 336 atos de concentração ordinários notificados no período de 2012 a 2017, sob a égide da Lei 12.529/11[21]. Dentre esses casos, a partir das informações consolidadas pela Assint, da análise das decisões proferidas pelo Tribunal e dos pareceres da Superintendência-Geral (SG) – obtidos no sítio eletrônico do Cade – e dos dados obtidos com o corpo técnico da SG, foram identificados 47[22] casos, notificados até dezembro de 2017, nos quais houve cooperação internacional com outras autoridades de defesa da concorrência.

Os atos de concentração foram tabulados com base nos seguintes parâmetros: (i) cooperação por ano; (ii) autoridade com a qual houve cooperação; (iii) menção da cooperação internacional no voto e/ou no parecer; e (vi) utilização de waiver.

Registram-se as seguintes limitações na fase de coleta de dados: ausência de um instrumento que congregue todos os dados da atuação do Cade para todos os anos pesquisados. Para suprir tal lacuna, recorreu-se a questionamento direto ao corpo técnico do Cade que atua na autarquia desde 2012.

Assim, muito embora a pesquisa tenha identificado 47 atos de concentração nos quais ocorreu cooperação internacional, é possível que o número de casos seja maior, de forma que, desde já, destaca-se a necessidade de aprofundamento da pesquisa.

4.1. Cooperação internacional por ano

A cooperação feita pelo Cade pode dar-se de maneira formal, que inclui a negociação de memorandos de entendimento institucionais e as notificações internacionais, ou informal, que ocorre através do

---

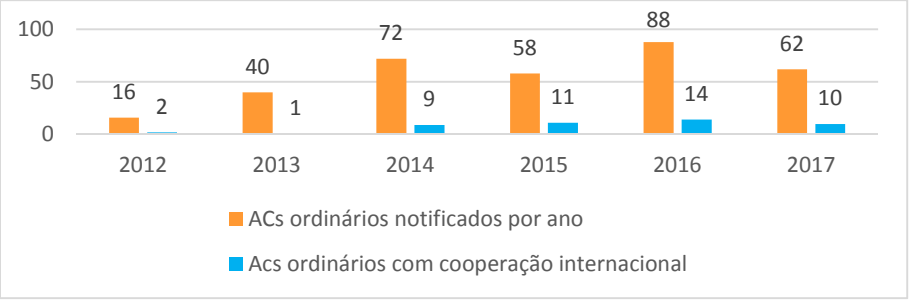
[21] Foram excluídos da pesquisa os atos de concentração analisados pelo Cade nos termos da Lei 8.884/1994.

[22] Em dois dos casos com cooperação internacional elencados no presente artigo não houve, a princípio, notificação da operação em outras jurisdições. No entanto, o Cade recebeu auxílio de outras autoridades para resolução dos casos, motivo pelo qual foram incluídos no levantamento.

relacionamento com outras autoridades e da cooperação em casos concretos ou em pesquisas de *benchmarking* (Cade, 2017, p. 20).

Em relação às cooperações informais, primeiro foram tabulados os casos de atos de concentração notificados ao Cade, em que ocorreu a cooperação. Os casos foram divididos, no gráfico a seguir, pelo ano de notificação do ato de concentração e comparados com o total de atos de concentração ordinários notificados ao Cade:

GRÁFICO 2 - **Operações ordinárias e casos de cooperação**



Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade. Elaboração própria.

Destaca-se que o número acima contempla os casos nos quais houve desistência da operação e que receberam uma decisão final do Cade, seja por meio da SG ou do Tribunal[23].

Foram identificados e analisados, portanto, 47 atos de concentração ordinários com decisão final de mérito, notificados de maio/2012 até dezembro/2017.

4.2. Autoridades com as quais houve cooperação

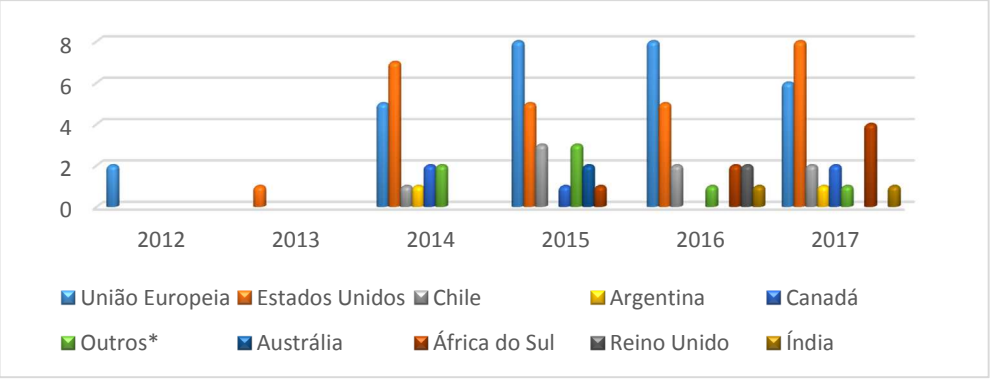
Nos 47 casos analisados, foram realizadas 90 cooperações com as seguintes autoridades: Comissão Europeia, *Departament of Justice* e *Federal Trade Comission* (ambas dos Estados Unidos), FNE e TDLC

[23] Atos de concentração nº 08700.007191/2015-40 (Requerentes: Halliburton-Baker Hughes) e 08700.000723/2016-07 (Requerentes: John Deere/Monsanto).

(ambos do Chile), *Australian Competition and Consumer Commision* (ACCC), *Bunderskartellamt* (Alemanha), FAS (Rússia) e autoridades da África do Sul, do Canadá, da Argentina, da Índia, do Reino Unido, de Israel, do Equador, da Holanda, da Ucrânia e do México.

Dentre as 90 cooperações, 32% foram realizadas com a União Europeia, 29% com os Estados Unidos (englobando a *Federal Trade Comission* e o *Departament of Justice*), 8% com a África do Sul, 9% com o Chile, 6% com o Canadá, 2% com a Austrália, Índia, Reino Unido, e 8% com as demais autoridades, com as quais houve apenas um episódio de cooperação (Israel, Equador, Holanda, Ucrânia, Alemanha, Rússia e México).

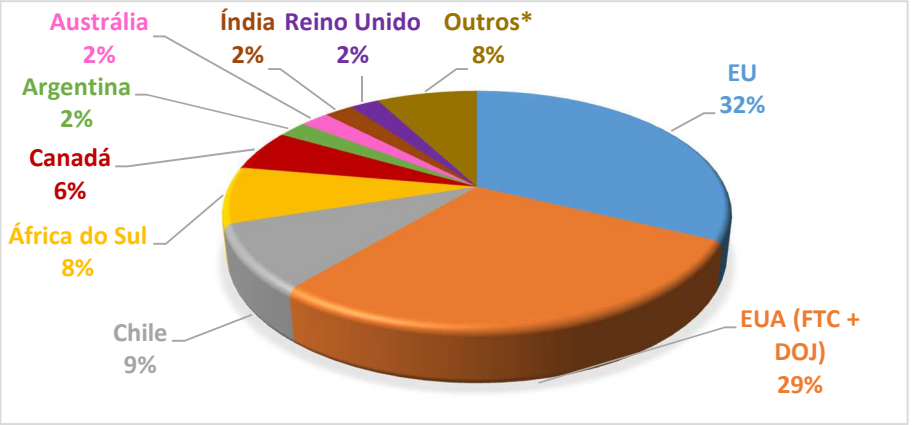
GRÁFICO 3 - **Autoridades com as quais houve cooperação**



Fonte: informações prestadas pela Assint/Cade. Elaboração própria.

Muito embora, pelo gráfico acima, seja possível notar um protagonismo da cooperação com os Estados Unidos e com a União Europeia, provavelmente em razão de essas duas autoridades serem as que mais recebem notificações (IBA, 2003), o gráfico a seguir apresenta a evolução da cooperação internacional feita pelo Cade nos últimos anos, por meio do qual é possível observar um aumento do número de cooperações realizadas com outros países, em especial África do Sul e Chile:

GRÁFICO 4 - **Evolução da cooperação ano/autoridade**



Fonte: informações da Assint. Elaboração própria.

Pelo gráfico acima, é possível afirmar que a tendência do Cade é cooperar cada vez mais com outras autoridades além dos Estados Unidos e da Comissão Europeia. Isso pode ser ilustrado, inclusive, pelos convênios que o Cade tem celebrado com as mais diversas autoridades do mundo: de 2012 a 2017, foram celebrados 15 novos convênios, com mais 2 convênios renovados[24] (CADE, Relatório de Gestão, 2017, 2016, 2015, 2014, 2013).

Ressalta-se, no entanto, que grande parte dos acordos firmados pelo Cade não são vinculativos, por não terem sido internalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro (Barcelos, 2016, p. 189), sendo

[24] Foram celebrados os seguintes convênios ao longo dos anos: em 2012, foram celebrados convênios com o Peru e com a China; em 2013, com o Equador; em 2014, com a Coréia do Sul, Colômbia e Japão, bem como renovação de convênios com Rússia e França; em 2015, com o Banco Interamericano de Desenvolvimento e Banco Mundial; em 2016, com a *Competition Commission* da África do Sul, Comissão Federal de Concorrência do México, *Federal Antimonopoly Service* da Federação Russa e o Memorando de Entendimento entre as autoridades dos BRICS; em 2017, foi firmado o Memorando de Entendimento com a *National Development and Reform Commission* e o *Ministry of Commerce of People's Republica of China*, ambos da República Popular da China, o Memorando de Entendimento com a *Competition Commission* da India e o Programa de Cooperação com o *Federal Antimonopoly Service* da Federação Russa para o biênio 2018-2019.

classificados como *soft law* – o que demonstra ainda mais a importância do desenvolvimento jurídico da cooperação internacional, no âmbito da defesa da concorrência, mesmo no que se refere a acordos já firmados, já que a cooperação dependerá da voluntariedade e discricionariedade das autoridades no momento em que a cooperação for solicitada.

No que diz respeito a cooperações não vinculativas, voluntárias e informais, destaca-se também a cooperação oferecida pelo Cade para elaboração de estudos e de *benchmark*s internacionais. De acordo com os relatórios de gestão dos exercícios de 2016 e 2017 da autoridade, foram realizadas 35 e 56 cooperações para elaboração de estudos e pesquisas, respectivamente, ainda que não somente para assuntos relacionados a atos de concentração transnacionais. Inclusive, nota-se que os relatórios de gestão mais recentes, em especial os de 2016 e 2017, passam a apresentar informações discriminadas em relação ao tipo de cooperação realizada.

Ao que parece, os dados demonstram que a autoridade brasileira tem dado ainda mais atenção a essa área, ou, ao menos, tem ganhado protagonismo no cenário internacional no que se refere à cooperação.

4.3. Votos e pareceres que mencionam cooperação

Dos 47 casos analisados, 18 foram julgados pelo Tribunal, ainda que apenas em âmbito de recursos de terceiros interessados, o que representa 38% de todos os casos nos quais houve cooperação. Dentre esses votos, apenas 7 fazem menção de forma explícita à cooperação internacional:

GRÁFICO 5 - **Menção à cooperação internacional**

Fonte: informações dos autos no sítio eletrônico do Cade. Elaboração própria.

Destaca-se também que os pareceres exarados pela SG não costumam mencionar a prática de cooperação para a sua tomada de decisão: de um total de 47 pareceres, apenas 3 mencionaram de forma explícita a cooperação internacional[25]. Há outros 3 pareceres que não são claros sobre o assunto, mas, a depender da interpretação do teor do texto, pode-se dizer que também mencionam a cooperação, haja vista mencionarem o entendimento de outras autoridades da concorrência sobre os casos.

Faz-se, aqui, uma crítica, já que, além de não mencionarem a prática de cooperação, muitos pareceres nem mesmo mencionam se a operação analisada foi notificada em outras jurisdições.

Isso, em conjunto com inexistência de dados nos autos públicos, representa uma segunda limitação à pesquisa aqui pretendida.

4.4. Votos e pareceres que mencionam cooperação

De acordo com a OCDE, a troca de informações confidenciais é um dos principais entraves na cooperação entre autoridades de diferentes jurisdições, já que o intercâmbio de informações confidenciais por autoridades que realizam cooperações bilaterais pode depender do consentimento das requerentes ou, ainda, de autorização legal ou tratado sobre dados (2011, p. 11).

Tendo em vista que os acordos bilaterais firmados pelo Cade preveem o compartilhamento contínuo de informações confidenciais com autoridades estrangeiras (Barcelos, 2016, p. 190), é necessária a utilização de um instrumento que permita tais atos pelas autoridades.

O chamado *waiver* de confidencialidade é um documento que permite que o Cade entre em contato com autoridades da concorrência de outros países para trocar de informações confidenciais sobre a operação em análise no Brasil. Conforme já mencionado neste artigo, atualmente o Cade faz uso do modelo da *International Competition Network*.

A OCDE avalia de forma positiva o aumento do uso do *waiver* por autoridades da concorrência, visto que ele sinaliza um aumento da

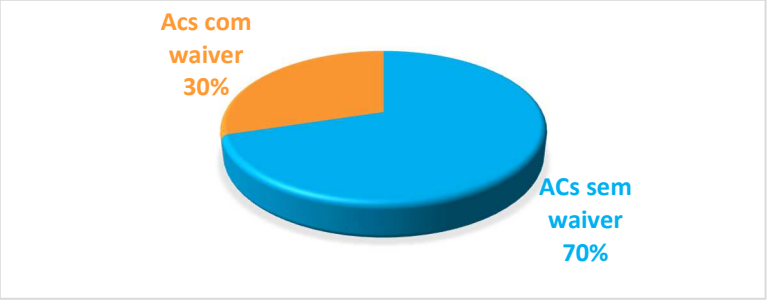
[25] Atos de concentração nº 08700.009882/2012-35 (Requerentes: Munksjö AB e Ahlstrom), nº 08700.009559/2015-12 (Requerentes: Fedex Corporation e TNT Express N.V.) e nº 08700.010965/2015-10 (Requerentes: Solvay S.A. e Cytec Industries Inc.).

troca de informações entre autoridades. Inclusive, o uso do *waiver* é relatado por muitas autoridades como praxe (2011, p. 11).

Alguns artigos afirmam que, muito embora não exista, na legislação brasileira, obrigatoriedade de fornecimento de um *waiver* pelas requerentes, há a sua apresentação em quase 100% das operações internacionais analisadas pelo Cade (Macedo, 2017). Essa informação foi confirmada em entrevista com o corpo técnico da autarquia.

No entanto, a análise dos autos mostrou uma realidade diferente. Dentre os 47 casos consultados, foi possível identificar 14 casos que utilizaram o *waiver* de confidencialidade, o que representa um total de 30% dos casos:

GRÁFICO 6 - **Número de *waivers* concedidos**



Fonte: informações dos autos no sítio eletrônico do Cade. Elaboração própria.

Inicialmente, seria possível pensar que, sem o *waiver*, não é possível obter a cooperação. No entanto, conforme mencionado, o corpo técnico explicou que o *waiver* só objetiva troca de informações confidenciais, de modo que diversas informações públicas sobre os casos podem ser trocadas sem a assinatura desse tipo de documento.

Destaca-se que é possível que o número de *waivers* concedidos seja ainda maior que o representado no gráfico, já que eles podem ter sido juntados nos autos de acesso restrito dos processos, não sendo possível consultá-los durante a pesquisa.

5. Considerações finais

O presente artigo identificou 47 atos de concentração ordinários, dentre os 336 casos notificados sob o rito da Lei 12.529/11 (ou seja, 14%

do número total de casos), e analisou a forma pela qual os votos e pareceres trataram a cooperação nos casos notificados até dezembro/2017, bem como se houve a utilização de *waiver* para cooperação. Além disso, observou-se com quais autoridades o Cade coopera na instrução de atos de concentração multijurisdicionais.

Foi possível identificar um aumento do uso do instrumento cooperação internacional ao longo dos anos, assim como uma diversificação das autoridades com as quais a cooperação foi realizada ao longo dos anos. Inicialmente, é possível perceber um protagonismo da cooperação com a Comissão Europeia e com os órgãos dos Estados Unidos, enquanto, nos últimos anos, aumentou a cooperação realizada com o Chile, com o Canadá e com a África do Sul.

Diferentemente do esperado, não foi possível encontrar uma grande quantidade de *waivers* nos autos públicos do Cade: apenas 30% dos casos analisados tinham *waiver* nos autos públicos ou mencionavam a sua utilização, ainda que o instrumento tenha sido juntado nos autos de acesso restrito.

No entanto, percebeu-se que o *waiver* não é condição obrigatória para a troca de informações entre autoridades, mas tão somente para os casos em que é necessária a troca de informações sensíveis e confidenciais. Ou seja, essa não é uma boa variável para se medir a evolução da cooperação internacional.

Notou-se, também, que o Cade não tem a práxis de mencionar o uso da cooperação internacional na instrução dos atos de concentração: de 47 pareceres, apenas 3 mencionaram a cooperação de forma explícita ou levaram ao entendimento que houve cooperação internacional, ou seja, 6,38%. Por sua vez, de 18 casos que foram julgados pelo Tribunal, apenas 7 contém votos que mencionaram a cooperação internacional, ou seja, 39%.

Assim, é necessário fazer uma crítica em relação ao tratamento da cooperação pelo Cade, sugerindo-se, aqui, que a Autarquia aprimore o tratamento e acesso a dados no que se refere à cooperação internacional. Sugere-se que as cooperações realizadas sejam mencionadas nos pareceres e votos e, se possível, que se mencione também a extensão da cooperação.

Com isso, será possível realizar um diagnóstico completo da cooperação em atos de concentração, incluindo os aspectos práticos tratados na cooperação, como por exemplo, alinhamento de prazos entre jurisdições, procedimentos e entendimento sobre o caso, remédios a serem aplicados e acompanhamento de decisão. Caso esses dados não passem a

constar nos documentos produzidos pela Autarquia, será necessário aprofundar a pesquisa através da realização de um maior número de entrevistas individuais com o corpo técnico do Cade.

Além disso, em consonância com os demais documentos instrutórios quanto aspectos práticos do órgão, recomenda-se que a Autoridade elabore um guia para instruir os advogados e as empresas sobre a forma de funcionamento de tal instrumento.

Referências Bibliográficas

BARCELOS, Nicole Rinaldi de. **Cooperação jurídica internacional entre autoridades de defesa da concorrência**: convergência dos instrumentos de direitos interno e internacional no sistema jurídico brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2016.

BOARETO, Luis Alfredo. **Cooperação internacional em matéria de restrição às concentrações empresariais na *International Competition Network***. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2007.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, Seção 1, p. 1, 01 dez. 2011.

BUDINSKI, Oliver. Lead jurisdiction concepts – towards rationalizing multiple competition policy enforcement procedures. **Ilmenau Economics Discussion Papers**, v. 19, n. 87, jun. 2014.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Kaeeys>.

_____. **Regimento interno**. Brasília, Cade, jun. 2017. Acesso em 22 jun. 2018.

_____. **Relatório de gestão do exercício de 2017**. Brasília: Cade, mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2MVYLzM>. Acesso em 23 mar. 2018.

_____. **Relatório de gestão do exercício de 2016**. Brasília: Cade, mar. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2IoorS6>. Acesso em 23 mar. 2018.

_____. **Relatório de gestão do exercício de 2015**. Brasília: mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2troms5>. Acesso em 23 mar. 2018.

_____. **Relatório de gestão do exercício de 2014**. Brasília: abr. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2K82mwL>. Acesso em 23 mar. 2018.

_____. **Relatório de gestão do exercício de 2013**. Brasília: mar. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2IlUxO5>. Acesso em 23 mar. 2018.

_____. **Prestação de contas ordinária anual –** relatório de gestão do exercício de 2012. Brasília: mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2KjMLWX>. Acesso em 23 mar. 2018.

CARVALHO; Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier. A cooperação internacional na defesa da concorrência. **Revista de Direito Internacional**, v. 10, n. 1, p. 97-104, 2013.

CONCEIÇÃO; Octavio Augusto Camargo; LOPES; Herton Castiglioni. A inflação e os Planos Cruzado e Real: uma interpretação institucionalista. **Revista de Economia e Sociedade.** Vol.25 no.1 Campinas: jan./abr. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Ki3H05>.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRYE, Ellen; VANN JUNIOR, David E.; RENAUDEAU, Etienne. Appendix: international merger control. *In*: KLEIN, Alan M (Ed.). **Mergers and acquisitions**. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2IpdcbN>. Acesso em 17 jun. 2018.

IBA – INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA/ABA survey identifies costs to business of competition referrals on cross-border m&a deals.** 2003. Disponível em: <https://bit.ly/2KimQij>. Acesso em 17 jun. 2018.

ICN – INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **ICN merger guidelines workgroup**. Disponível em: <https://bit.ly/2MWvW68>.

_____. **Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review**. 2004.

_____. **Waiver confidentiality in merger investigation**. Disponível em: <https://bit.ly/2tAHKSH>.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência**. Curitiba: Juruá, 2008.

MACEDO, Alexandre Cordeiro de**.** O controle de atos de concentração transnacionais – procedimentos de cooperação internacional:

experiência brasileira. **Portal JOTA**, 13 mar. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2tsZAYz>. Acesso em 18 jun. 2018.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Cross-border merger control**: challenges for developing and emerging economies. OCDE, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2luYUNV>. Acesso em 18 mai. 2018.

_____. **Merger cases in the real world** – a study of merger control procedures. Paris, France: OCDE, 1994. Disponível em: <https://bit.ly/2MnPpLJ>

_____. **Notification of transnational mergers**. OCDE, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/2touDVA>.

_____. **Recommendation of the OECD council on merger review**. OCDE, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2KliVBz>. Acesso em 18 mai. 2018.

OLIVEIRA, Gesner**.** Defesa da livre concorrência no brasil: tendências recentes e desafios à frente. **Revista de Administração de Empresas**, v. 39, n. 3, jul-set, p.17-25, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/2lvcPDz>.

_____. Regulação Pró-concorrencial e o Novo Ciclo de Abertura Comercial no Brasil. **Revista de Administração de Empresas**, v. 44, n. 3, jul-set, p.124-125, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/2MkWWeh>.

OLIVEIRA, Marcelo Nunes de. International coordination: how to deal with the different deadlines and procedures of each national authority? *In*: RIBAS, Guilherme F. C. *et al*. (Coords.). **Merger control in Brazil** – frequently asked questions. IBRAC, 2018. p. 145-149. Disponível em: <https://bit.ly/2JEolaz>.

ROBERTSON, Kyle. One law to control them all: international merger analysis in the wake of GE/Honeywell**. Int'l & Comp. L. Rev.**, v. 31, n. 1, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2yEylPR>.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. Le contrôle des concentrations transnationales. **Revue Innovations**, Bruxelles, n. 35, p. 139-158, 2011.

WEBBER, Marianne Mendes. **Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

ANEXO I – Lista dos casos nos quais houve cooperação (prestada ou recebida)

Número do processo	Requerentes	Data da decisão	Conselheiro Relator (se houver)	Países envolvidos na cooperação
08700.009882/2012-35	Munksjö AB e Ahlstrom	22 mai. 2013	Ana Frazão	União Europeia
08700.006437/2012-13	WP Roaming III S.à.r.l e Syniverse Holdings, Inc.	22 mai. 2013	Alessandro Serafin Octaviani	União Europeia
08700.008408/2013-77	Scheider Eletric e Invensys.	26 nov. 2013	-	Estados Unidos (DOJ)
08700.001483/2014-98	Tiger Global Management, LLC e B2W - Companhia Digital	30 abr. 2014	-	Estados Unidos (DOJ)
08700.000436/2014-27	Braskem S.A. e Solvay Indupa S.A.	12 nov. 2014	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	União Europeia, Estados Unidos FTC (EUA), Argentina
08700.003463/2014-51	Ridgback Aquisition (Mars) e P&G Pet Food Transaction.	8 jul. 2014	-	Estados Unidos (FTC)
08700.006612/2014-34	CASV e Hapag-Lloyd	16 out. 2014	-	União Europeia, Estados Unidos (DOJ), Chile
08700.004185/2014-50	Continental Aktiengesellschaft e Veyance Technologies Inc.	29 jan. 2015	Ana Frazão.	Canadá, México, Estados Unidos (DOJ)

08700.008607/2014-66	Ridgback Aquisition (Mars) e P&G Pet Food Transaction	20 fev. 2014	Márcio de Oliveira.	Canadá, União Europeia
08700.008009/2014-97	Tyson Food's e JBS Foods	23 out. 2014	-	Estados Unidos (DOJ)
08700.007621/2014-42	Holcim Ltd. e Lafarge S.A	10 dez. 2014	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	União Europeia, Estados Unidos (FTC)
08700.011935/2014-40	General Electric Company e Alstom Holdings	17 abr. 2015	-	Israel, União Europeia
08700.001863/2015-11	DKK Mitsui e Dupont	15 mai. 2015	-	Austrália
08700.000206/2015-49	Merck KGaA e Sigma-Aldrich Corporation	10 ago. 2015	-	União Europeia, Estados Unidos (FTC)
08700.006567/2015-07	Ball Corporation e Rexam PLC.	09 nov. 2015	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	Estados Unidos (FTC), União Europeia
08700.007191/2015-40	Halliburton e Baker Hughes	25 mai. 2015	Cristiane Alkmin Junqueira	Estados Unidos (DOJ), União Europeia, Austrália, Equador
08700.000292/2015-90	TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. e Operadora, Sociedad Unipersonal	18 fev. 2015	-	Chile
08700.006390/2015-31	Saint Gobain e Schenker-	16 nov. 2015	-	União Europeia

	Winkler Holding (Sika)			
08700.009559/2015-12	Fedex Corporation e TNT Express N.V.	30 mar. 2016	Cristiane Alkmin Junqueira	Chile, União Europeia, África do sul
08700.006552/2015-31	ARRIS e Pace	02 fev. 2015	-	Estados Unidos
08700.010965/2015-10	Solvay S.A. e Cytec Industr ies Inc.	08 dez. 2015	-	União Europeia
08700.009018/2015-86	Technicolor e Cisco	22 jan. 2016	-	Estados Unidos, União Europeia, Canadá, Holanda, Ucrânia
08700.000958/2016-91	The Dow Chemical Company, Dow Corning Corporation	02 mai. 2016	-	União Europeia
08700.001012/2016-41	Denali Holding Inc. e EMC Corporation	01 abr. 2016	-	Estados Unidos
08700.003307/2016-52	Compagnie Plastic Omnium AS e Faurecia S.A.	15 jun. 2016	-	União Europeia
08700.012341/2015-37	NV Bekaert S.A. e Ontario Teachers' Pension Plan Board.	23 mar. 2016	-	Chile, União Europeia
08700.003421/2016-82	Atlas Copco e Oerlikon Leybold	24 jun. 2016	-	Alemanha
08700.006491/2016-92	Abbott Laboratories e Alere Inc.	09 nov. 2016	-	África do Sul
08700.005398/2016-61	Boehringer Ingelheim International	26 set. 2016	-	União Europeia

	GmbH e Sanofi			
08700.006269/2016-90	China National Agrochemical Corporation e Syngenta AG	24 fev. 2017	-	União Europeia
08700.006573/2016-37	Abbott Laboratories, St. Jude Medical Inc.	08 nov. 2016	-	Estados Unidos, União Europeia
08700.006413/2016-98	HNA Group Co. Ltd. e Compagnie d'Exploitation de Services Auxiliaires Aériens	07 dez. 2016	-	União Europeia
08700.007629/2016-71	General Electric Company e LM Wind Power Holding A/S	19 abr. 2017	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	União Europeia, Estados Unidos
08700.001697/2017-15	RHI AG e Magnesita Refratários S.A.	11 jul. 2017	-	União Europeia
08700.001145/2017-07	The Mosaic Company e Vale Fertilizantes S.A	31 jul. 2017	-	Canadá
08700.002350/2017-81	Maersk Line A/S e Hamburg Südamerikanische Dampfschifffahrts-Gesellschaft KG	21 set. 2017	João Paulo Resende	Chile, Estados Unidos, África do Sul, União Europeia
08700.001390/2017-14	AT&T Inc. e Time Warner Inc.	18 out. 2017	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	África do Sul, Chile, Estados Unidos

08700.007707/2016-37	Black and Decker e Newel Brands Inc.	17 fev. 2017	-	Reino Unido
08700.001097/2017-49	Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company	07. fev. 2018	Paulo Burnier da Silveira	África do Sul, União Europeia, Estados Unidos, Rússia, Índia, Argentina
08700.005937/2016-61	The Dow Chemical Company e E.I. Du Pont de Nemours and Company	17 mai. 2017	Paulo Burnier da Silveira	África do Sul, Índia, União Europeia, Estados Unidos
08700.003377/2017-91	DuPont e FMC Corporation	11 jul. 2017	-	África do Sul
08700.000723/2016-07	John Deere e Monsanto	22 fev. 2017.	Cristiane Alkmin Junqueira	Estados Unidos
08700.004211/2016-10	TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways Plc.	08 mar. 2017	João Paulo de Resende	Chile, Reino Unido
08700.005266/2017-10	Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft, Nippon Yusen Kaisha Line e MSC Mediterranean Shipping Company S.A.	16 mar. 2018	-	Estados Unidos
08700.006606/2017-20	Safran S.A. e Zodiac	26 dez. 2017	-	Estados Unidos,

	Aerospace S.A			União Europeia
08700.004446/2017-84	Essilor e Luxótica	28 mar. 2018	Paulo Burnier da Silveira	União Europeia, Estados Unidos e Canadá
08700.007777/2017-76	Praxair e Linde	13 jun. 2018	Maurício Bandeira Maia	Estados Unidos, União Europeia

3. CONTROLE DE ESTRUTURAS NOS MERCADOS DE ATENÇÃO: OS DESAFIOS TRAZIDOS PELA ERA DIGITAL

3. MERGER CONTROL IN THE ATTENTION MARKETS: CHALLENGES POSED BY THE DIGITAL ERA

Mariana Albuquerque Rabelo

Resumo: Os mercados de atenção operam como negócios de dois lados que, de um lado, fornecem produtos como serviços de busca, redes sociais, notícias e vídeos, para atrair a atenção do público e, de outro, vendem essa atenção a anunciantes. Apesar de não constituírem um modelo de negócios inovador, os mercados de atenção atingiram um novo patamar em termos de poder econômico na era digital. Assim, mostra-se cada vez mais necessária a análise concorrencial das transações envolvendo esses agentes. Todavia, algumas das peculiaridades desses negócios, notadamente a presença de efeitos de rede indiretos entre os dois lados do mercado e o fornecimento de produtos a preço zero para um dos lados da plataforma trazem verdadeiros desafios para a aplicação do Direito Antitruste, que deve levar em conta tais peculiaridades ao analisar fatores como aumento de preços, critérios de notificação, poder de mercado e definição de mercado relevante.

Palavras-chave: Defesa da concorrência. Mercados de atenção. Mercados de dois lados. Poder de mercado. Definição de mercado relevante.

Abstract: Attention markets operate as two-sided business which, in one side, provide products such as search engines, social networks, news and videos, to attract the public's attention, and, in the other side, sell this attention to advertisers. Although they are not innovative as a business model, attention markets reached a new threshold in terms of economic power in the digital era. Therefore, the antitrust analysis of the transactions involving these players is increasingly necessary. However, some of the characteristics of these businesses, notably the presence of indirect network effects between the two sides of the market and the supply of products with zero price for one of the sides of the platform, bring challenges to the enforcement of Antitrust Law, which must consider these peculiarities when analyzing elements such as price increases, notification thresholds, market power and market definition.

Keywords: Antitrust. Attention markets. Two-sided markets. Market power. Market definition.

1. Introdução

O modelo de negócios baseado na produção de conteúdos para a atração de audiências e posterior revenda da atenção conquistada do público a anunciantes não é propriamente novo. A exploração desse nicho econômico podia ser verificada já na primeira metade do século XIX, quando empresas jornalísticas passaram a vender jornais por valores que mal chegavam a cobrir o custo de impressão, mas obtinham lucros a partir da venda de espaços para publicidade[1].

Aos poucos, esse modelo de negócios passou a ser adotado também por outros meios de mídia, como revistas, rádio e televisão[2], mas foi com o advento da Internet que os chamados mercados de atenção alcançaram uma proporção sem precedentes. De acordo com Evans, no ano de 2016, adultos americanos despenderam cerca de 4,9 horas por dia essencialmente consumindo conteúdo em mídias financiadas por anúncios publicitários, e anunciantes pagaram aproximadamente U$ 199 bilhões de dólares para entregar mensagens para aqueles consumidores[3].

Para além da relevância econômica adquirida pelos mercados de atenção – duas das maiores empresas globais, Google e Facebook, atuam primordialmente nesse mercado – o interesse de sua análise sob o ponto de vista concorrencial é corroborado ainda pelas grandes transações que envolveram empresas desse nicho de negócios e as que ainda estão por ocorrer[4].

Os chamados mercadores de atenção constituem típicas plataformas intermediárias em um mercado de dois lados, entretanto, algumas peculiaridades desse modelo negócios - notadamente o fato de que a despeito de os serviços serem normalmente oferecidos a preço zero ao usuário, ele também incorre em custos nessa transação - trazem desafios para a aplicação do Direito Antitruste.

---

[1] WU, T. Blind Spot: The Attention Economy and The Law, 2017, p. 17, no prelo. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941094>. Acesso em 10.06.2018.

[2] Acerca da evolução do modelo de negócios dos mercados de atenção, veja-se: WU, T. **The Attention Merchants: the epic scramble to ger inside our heads**. 1ª ed. Nova York: Knopf, 2016.

[3] EVANS, D. S., The Economics of Attention Markets, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3044858>. Acesso em 12 jun. 2018. pp. 2-6.

[4] A título de exemplo, cita-se as aquisições do Instagram e Whatsapp pelo Facebook, e do DoubleClick e Linkedin pelo Google.

Nessa direção, não são raras as críticas dirigidas às análises realizadas pelas autoridades da concorrência quando a operação investigada inclui agentes que atuam no mercado de atenção, podendo-se citar como exemplo a aquisição do Instagram e do Whatsapp pelo Facebook, que foram aprovadas sem que tenha sido dada a necessária relevância ao fato de que essas empresas eram concorrentes no mercado de atenção.

No caso Facebook/Instagram, embora a agência norte-americana mantenha a sua análise sob sigilo, o British Office of Fair Trading revelou as razões pelas quais aprovou a transação: em primeiro lugar, entendeu que o Facebook não tinha um aplicativo de fotos, de forma que ele não seria um competidor direto do Instagram no mercado de consumidores; em segundo lugar observou que à época o Instagram não lucrava por meio de anúncios, de maneira que ele não competiria com o Facebook por anunciantes[5]. O que a agência deixou de considerar é que, já àquela época, as duas empresas já detinham significativas quotas da atenção destinada às mídias sociais, e estavam competindo por ela.

Já na aquisição do WhatsApp, que envolveu cerca de 19 bilhões de dólares, a Comissão Europeia focou sua análise em três principais áreas: i) serviços de comunicação, ii) serviços de redes sociais, e iii) serviços de anúncios online. Entendeu-se à época que a aquisição não traria danos em nenhuma dessas três áreas, seja porque o Facebook e o WhatsApp não foram considerados competidores diretos, seja porque havia muitos outros competidores em cada um desses mercados[6].

Entretanto, em 2017, a Comissão Europeia aplicou uma multa de 110 milhões de euros ao Facebook por ter apresentado informações falsas acerca da possibilidade de fazer correspondência direta entre as contas de Facebook e de WhatsApp dos usuários[7], possibilitando assim a utilização deste último para a captação de um volume enorme de dados pessoais de modo a capitalizar os anúncios vendidos pelo Facebook. O evento indica que a decisão da Comissão Europeia, tomada com base na informação de que a realização dessa correspondência entre contas não se realizaria, não pôde analisar todos as possíveis consequências daquela aquisição.

---

[5] WU, 2017, op. cit. p. 5.

[6] Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm>. Acesso em 28 ago. 2018.

[7] Disponível em:< http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm>. Acesso em 28 ago. 2018.

Ocorre que a despeito da inequívoca relevância do tema, que já foi objeto de robustos estudos acadêmicos realizados no exterior, a matéria ainda carece de desenvolvimento teórico no país, razão pela qual o presente artigo se propõe a realizar uma revisão da literatura acerca dos mercados de atenção, com o objetivo precípuo de descortinar as peculiaridades desse modelo de negócios e, a partir daí verificar em que medida as ferramentas tradicionalmente utilizadas pelo Direito Antitruste, centradas no fator preço[8], são apropriadas para resguardar a competição nesses mercados.

Para tanto, o presente artigo se inicia com uma análise das plataformas de dois lados, com o propósito de verificar a racionalidade por trás desse modelo de negócios, no qual se enquadram os mercados de atenção. Em seguida, serão analisados os mercados de atenção propriamente ditos, buscando-se trazer à tona as principais características desse negócio na era digital. Por fim, tendo em mente tais características, serão examinados os principais desafios que esse modelo de negócios impõe à análise de estruturas realizada pelo Direito Concorrencial, bem como algumas perspectivas apresentadas pela literatura para que a análise antitruste desses mercados possa ser realizada de maneira mais efetiva.

2. Mercados de dois lados

Os mercados de atenção constituem mercados de dois lados: de um lado fornece-se funcionalidades com o objetivo de atrair a atenção do público e, do outro, vende-se essa atenção a anunciantes.

Assim, antes de adentrar na análise do comércio de atenção propriamente dito, mostra-se relevante fazer um breve exame dos mercados de dois lados, notadamente das peculiaridades que geram efeitos relevantes para a análise concorrencial dos negócios que se enquadram nessa categoria.

Um mercado de dois lados é aquele em que a empesa atua como uma plataforma, fornecendo diferentes bens e serviços para dois grupos de consumidores que dependem daquela plataforma para intermediar as transações entre eles. Nessa direção, a principal funcionalidade da empresa

[8] Acerca da centralidade do fator preço no Direito Antitruste veja-se WU, T. 2017, op. cit. e NEWMAN, J. M. Antitrust in Zero Prices: Foundations. **University of Pennsylvania Law Review**, Vol 164: 149, 2015.

intermediária é reduzir os custos que as partes teriam para se encontrar e interagir economicamente.[9]

O fator chave para compreender o funcionamento desse tipo mercado é a verificação de que os seus dois lados são ligados por efeitos de rede indiretos, o que significa dizer que o valor ou benefício extraído pelo consumidor de um lado da plataforma aumenta com o número de consumidores presentes do outro lado[10]. Dessa forma, para que uma plataforma seja economicamente viável, ela deve atrair, de forma mais ou menos simultânea, clientes em ambos os mercados em que atua.

Os efeitos de rede possuem papel central no estudo dos mercados de dois lados, eis que influenciam em fatores chave da análise do Direito Antitruste, como a fixação de preços, a verificação do poder de mercado e a própria definição do mercado relevante.

Destarte, ao definir os preços a serem praticados, os agentes que atuam nesse modelo de negócios devem levar em conta o equilíbrio da demanda em cada um dos lados da plataforma. Assim, a definição de preços nesses mercados passa necessariamente pela consideração de que cobrar um valor maior do grupo A de consumidores pode diminuir a demanda desse grupo, o que reduzirá o benefício que o grupo B obtém da plataforma, acarretando a diminuição da demanda também desse segundo grupo.

Dessa forma, embora seja possível que uma plataforma de dois lados obtenha lucros em cada um dos mercados em que atua, no intuito de favorecer e maximizar suas transações, é bastante usual que as plataformas ofereçam serviços gratuitos a um dos lados do mercado e obtenham seus lucros a partir da cobrança realizada do outro lado. Nessa direção, destaca-se o estudo realizado por Rochet e Tirole, no qual os economistas

---

[9] EVANS, D. S., Two-Sided Market Definition. ABA Section of Antitrust Law, Market Definition in Antitrust: Theory and Case Studies, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1396751>. Acesso em: 11 jun. 2018. p. 4.

[10] Embora não haja um consenso acerca das características que permitem definir um mercado de vários lados, a maior parte das definições estipula que essa caracterização passa pela verificação da existência de efeitos de rede indiretos entre os dois ou mais grupos de consumidores servidos pela plataforma. Nessa direção, veja-se: OCDE. Market Definition in Multi-sided Markets. Note by Sebastian Wismer e Arno Rasek. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL&docLanguage=En>. Acesso em 11 jun. 2018.

verificaram que oferecer produtos gratuitamente pode ser uma estratégia maximizadora de lucros em um mercado de dois lados[11].

A verificação do poder de mercado dos agentes que adotam esse modelo de negócios constitui outro fator que sofre influência dos efeitos de rede presentes nessas plataformas, eis que uma análise isolada de cada um dos lados da plataforma pode gerar uma visão equivocada do mercado: o lado em que os preços são baixos irá parecer altamente competitivo, enquanto o lado em que os preços cobrados possuem uma margem elevada sobre o custo marginal poderá parecer menos competitivo do que realmente é.[12]

Por fim, a definição do mercado relevante para esse modelo de negócios é um terceiro fator que merece atenção na análise de mercados de dois lados. As abordagens tradicionais para a definição de mercado relevante pautam-se em mercados de apenas um lado, assim, acabam deixando de fora da análise a interpendência entre os dois grupos de consumidores da plataforma (efeitos de rede), o que pode culminar em definições distorcidas do mercado relevante, dado que importantes limitações competitivas das práticas que afetam um dos lados da plataforma advêm justamente dos impactos gerados por essas práticas no outro lado da plataforma.

Em outras palavras, a verificação acerca de se uma prática comercial poderia levar a um aumento de preços em um lado da plataforma deve necessariamente levar em conta os reflexos dessa elevação de preços tanto na possível redução da demanda naquele lado da plataforma quanto os subsequentes efeitos negativos gerados do outro lado.[13]

Esse breve exame das plataformas de dois lados, longe de pretender esgotar o tema, teve como principal intuito a verificação das peculiaridades desse modelo de negócios que possuem relevância do ponto de vista do controle de estruturas realizado pelo Direito Antitruste, tendo sido possível detectar que, em razão da existência de efeitos de rede nesse modelo de negócios, a fixação de preços, a definição do poder de mercado

---

[11] ROCHET, J. TIROLE, J. Two-sided Markets: A Progress Report. **The RAND Journal of Economics,** Vol. 37, nº 3, 2006, pp. 645-666.

[12] FILISTRUCCHI, L. et al. Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice. **Journal of Competition Law e Economics.** 10 (2), 2014, p. 325.

[13] EVANS, D. S. Attention Rivalry Among Online Platforms. **Journal of Competition Law e Economics**, 9 (2), jun. 2013, p. 13.

e de mercado relevante devem ser tratados com especial cautela em uma análise concorrencial.

3. Mercados de atenção

3.1. As características desse modelo de negócios na era digital

De forma sintética, pode-se afirmar que os mercados de atenção funcionam a partir da atividade de uma plataforma intermediária que busca atrair a atenção de consumidores, por meio do oferecimento de variadas funcionalidades, tais quais serviços de busca, mensagens, redes sociais, notícias, vídeos e *ecommerce*, para posteriormente revender o acesso a essa atenção a anunciantes que desejam persuadir o consumidor a comprar seus produtos. Os papéis de cada um dos participantes desse mercado são assim descritos por Evans:

> Consumidores fornecem tempo – sua atenção – para o mercado em troca de conteúdos que os entretêm ou informam. Anunciantes demandam atenção para que eles possam entregar mensagens que irão aumentar suas vendas e lucros. Plataformas de atenção - negócios de mídia financiados por publicidade – intermediam as conexões entre consumidores e anunciantes[14].

Um primeiro fator para compreender esse mercado é a verificação de que a atenção constitui um recurso escasso. De acordo com o psicólogo e filósofo James Willian, a atenção é a funcionalidade pela qual um fluxo selecionado de informações ganha acesso a nosso cérebro.[15] No mundo moderno, as pessoas são constantemente submetidas a uma quantidade enorme de informações, todavia, o cérebro humano possui uma capacidade limitada de processamento, de forma que precisa filtrar ou ignorar a maior parte delas, focando a atenção em apenas um pequeno grupo selecionado de informações.

Tendo em vista que a capacidade humana de processamento de informações é limitada, tanto pelos mecanismos próprios do cérebro, quanto pelo tempo – já que cada indivíduo dispõe de 168 horas por semana – e que assim, é necessário a todo momento fazer escolhas por dar atenção

---

[14] EVANS, 2017, op. cit. p. 2.

[15] JAMES, 1890, *apud*, WU, 2017, op. cit. p. 10.

a algumas informações e ignorar outras, mostra-se evidente que a atenção é de fato um recurso escasso[16].

Em termos de competição nos mercados de atenção online, essa escassez vem se tornando cada vez mais crítica eis que, à medida que as pessoas vêm atingindo os limites de seu tempo livre, é cada vez menos provável que elas desviem atenção de outras atividades para "navegar na web", e como consequência, passem a substituir plataformas online por outras que lhe interessem mais:

> Consumidores têm uma quantidade limitada de tempo para prover atenção. Os consumidores certamente podem aumentar a porção de tempo que eles dispendem online desviando tempo de atividades às quais se dedicam offline. Mas como muitas dessas atividades as quais eles se dedicam offline são essenciais – como dormir, comer, trabalhar e realizar tarefas domésticas – torna-se cada vez mais difícil persuadir consumidores a substituir tempo offline por tempo online. Essa situação sugere que a competição por atenção irá provavelmente resultar em maior substituição entre atividades de atenção online [...] do que entre atividades de atenção online e todas as outras coisas em que as pessoas despendem tempo[17].

Um segundo fator relevante para a análise desses mercados é compreender a razão pela qual essa atenção é valorizada por empresas, que pagam para poder acessá-la. A resposta relaciona-se diretamente com os fins da publicidade, ou seja, as empresas buscam, por meio de seus anúncios criar ou influenciar positivamente a demandada por seus produtos.

Também nesse ponto o advento da era digital trouxe inovações ao mercado de atenção. Além de a Internet ter viabilizado a difusão de anúncios a uma audiência massiva, é possível notar ainda que com o aprimoramento de mecanismos de coleta e tratamento de dados, as plataformas digitais passaram a oferecer os chamados anúncios direcionados, que são exibidos com base nos comportamentos e preferências demonstrados pelas atividades do usuário online.[18]

Como uma típica plataforma de dois lados, os mercados de atenção reúnem dois grupos de consumidores, os usuários e os

---

[16] EVANS, 2013, op. cit. p. 321-324; e WU, 2017, op. cit.

[17] EVANS, 2013, op. cit., p. 329-330, tradução livre.

[18] EVANS, 2017, op. cit. p. 16.

anunciantes, reduzindo as externalidades nas transações entre esses agentes. Ademais, essas plataformas normalmente diminuem os preços em um dos lados do mercado, fazendo com que seus produtos e serviços pareçam gratuitos ao público, enquanto seus custos de operação e lucros são suportados pelo outro lado da plataforma, a dos anunciantes[19].

O diferencial desses agentes econômicos é o fato de que eles se situam na junção de dois tipos diferentes de mercado: um mercado monetário de um lado, e um mercado de atenção, de outro. A plataforma "paga" ao consumidor pela sua atenção com conteúdo e funcionalidades, e vende espaço de anúncios a comerciantes, que assim não precisam se encarregar de encontrar um canal direto para abordar seus potenciais consumidores. De outro lado, embora usufrua de produtos e serviços a preço zero, o público – muitas vezes sem ter ciência disso – "paga" por seu acesso a tais funcionalidades com a sua atenção (tempo)[20].

3.2. Efeitos de rede e fixação de preços

Conforme descrito no tópico 2, a existência de efeitos de rede indiretos, caracterizados pela influência que a demanda de um lado da plataforma possui sobre os clientes do outro lado, constitui uma das características marcantes de um mercado de dois lados. Esses efeitos, todavia, se manifestam de formas distintas em diferentes modelos de negócios.

Há mercados em que as plataformas geram efeito de rede positivos para os dois lados, é o caso, por exemplo, de um shopping, em que a variedade e qualidade das lojas ali instaladas causam um efeito positivo para o consumidor, assim como o número de consumidores que frequentam o shopping gera um efeito positivo para os lojistas.

Em outros mercados, os efeitos de rede são unilaterais, ou seja, apenas um dos grupos de consumidores valora positivamente a presença

---

[19] WU, 2017, op. cit. p. 17.

[20] Frequentemente, o público "paga" a essas plataformas também com seus dados pessoais. Esse tema, apesar de extremamente relevante e atual foge ao escopo do presente trabalho. Para reflexão acerca dos efeitos concorrenciais do uso de dados pessoais em redes sociais, veja-se KREIN, J. Novos Trustes Na Era Digital: Efeitos Anticompetitivos do Uso de Dados Pessoais Pelo Facebook. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 6, nº 1, maio 2018, pp. 198-231.

de consumidores do outro lado da plataforma. Esse cenário é justamente o que, em geral, ocorre nos mercados de atenção, em que o tamanho da audiência é crucial para o anunciante, todavia, no mais das vezes, a publicidade não é valorada positivamente pelos consumidores.

Tal característica possui reflexos na fixação de preços nos mercados de atenção, que deve levar em conta a pequena propensão do público de ver, ouvir ou assistir a publicidade.

Nessa direção, Wu afirma que a fixação de preços em uma plataforma de atenção perpassa por três decisões principais. A primeira consiste em fixar o valor do produto ou serviço oferecido para atrair a atenção a ser revendida. A esse elemento normalmente é atribuído um preço zero, de forma a atrair a maior audiência possível. A segunda decisão envolve a atribuição de preço aos anúncios, valor que geralmente varia de acordo com o tamanho da audiência, e em razão de aspectos menos objetivos, como as características do público e a qualidade da atenção dispensada à plataforma. Por fim, a terceira decisão, que constitui o diferencial dos mercados de atenção em relação aos mercados monetarizados, diz com a fixação de um "preço para a atenção", processo que envolve o estabelecimento de um ponto de equilíbrio entre o montante de anúncios e de conteúdo desejável pelo público a ser exibido[21].

Essa decisão é particularmente sensível, eis que relaciona-se com a necessidade de se estabelecer um balanço entre uma quantidade de anúncios que garanta a maior lucratividade à plataforma e, em última instância, viabilize a sua atuação econômica, mas que não degrade demasiadamente o produto, afastando consumidores.

A dinâmica da fixação de preços está, portanto, intimamente ligada com a existência de efeitos de rede indiretos unilaterais nos mercados de atenção. Um aumento muito elevado na carga de publicidade, visando a obtenção de maiores lucros pode produzir o efeito inverso, eis que, ao afugentar consumidores pouco dispostos utilizar o serviço "poluído" por demasiados anúncios, a plataforma torna-se menos valiosa para as empresas anunciantes.

Apresentadas as principais características desse modelo de negócios embasado na revenda de atenção, passa-se a examinar os desafios que esse mercado impõe à aplicação do Direito Antitruste, notadamente no que diz respeito ao controle de estruturas.

---

[21] WU, 2017, op. cit., p. 19.

4. Desafios impostos pelos mercados de atenção ao controle de estruturas

A despeito da crescente centralidade dos mercadores de atenção na economia global, quando se defrontam com fusões ou condutas potencialmente anticompetitivas envolvendo empresas que atuam nesse nicho de negócios, as agências antitruste têm demonstrado grandes dificuldades para realizar uma análise que dê a devida importância ao poder da atenção.[22]

Tais dificuldades podem ser atribuídas, em grande medida, à herança da escola de Chicago, "que baseia a análise antitruste exclusivamente em critérios consequencialistas de eficiência econômica"[23]. Destarte, a referida escola, inspirada nos fundamentos e princípios econômicos neoclássicos, influencia fortemente o Direito Antitruste, resultando em análises centradas na teoria do preço, as quais, no entanto, apresentam falhas quando são postas frente a práticas potencialmente anticompetitivas deflagradas em mercados de preço zero.[24]

Assim, o objetivo do presente tópico é expor os desafios que os mercados de atenção impõem ao controle de estruturas realizada pelo Direito Antitruste e, concomitantemente, apresentar as ferramentas apontadas pela literatura especializada como possíveis instrumentos a serem utilizados pelo Direito da Concorrência para endereçar de forma mais adequada os possíveis danos à competição originados da atuação dos agentes econômicos que operam nesse mercado.

4.1. O preço da atenção

Como consequência da centralidade do fator preço nas análises do Direito Concorrencial, agências e teóricos não raro apregoam que onde não há preços não há mercados. Nessa direção, argumenta-se que, em contexto de preço zero o consumidor não paga nada porque o produto oferecido é gratuito e, como consequência, não haveria riscos de produção

---

[22] WU, 2017, op. cit. p. 3.

[23] FRAZÃO, A. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 29.

[24] NEWMAN, 2015, op. cit., p. 149.

dos danos que as leis antitruste buscam prevenir, razão pela qual sua aplicação seria desnecessária nesses casos.[25]

Esse argumento, todavia, acaba impondo um verdadeiro ponto-cego para a aplicação do Direito Antitruste, eis que deixa de considerar que mesmo em transações de preço zero os usuários incorrem em custos, os quais servem de meio de troca – portanto, desempenham o mesmo papel do dinheiro – e sinalizam a existência de um mercado, atraindo assim a necessidade de análises concorrenciais.

Nos mercados de atenção o custo advém do fato de que é preciso despender tempo para assistir, ver ou ouvir os anúncios, que são normalmente considerados incômodos pelos usuários. Assim "a atenção despendida a fim de obter o produto desejado é assumida como um custo-um ´custo de atenção´".[26]

Essa é, certamente, a constatação mais relevante para a análise concorrencial de mercados de atenção: o usuário incorre em custos no mercado de atenção, os quais estão diretamente relacionados com o tempo que ele despende na plataforma e com o volume de anúncios a que é submetido para usufruir do produto.

Assim, embora sejam inequívocas as dificuldades que o Direito da Concorrência atualmente apresenta para lidar com situações que não envolvam de forma direta um dano monetário, um primeiro e fundamental passo para que se possa realizar um efetiva análise de condutas potencialmente anticompetitivas em mercados de atenção é ter em conta que as transações ali realizadas, mesmo que não envolvam uma moeda em seu sentido estrito, certamente envolve a troca de outro valor: a atenção, que deve ser levado em conta na aferição de possíveis danos oriundos da conduta em análise.

4.2. Critérios de notificação na economia digital

Constatada a potencialidade de que os agentes atuantes nos mercados de atenção venham a incidir em condutas anticompetitivas mesmo cobrando "preço zero" de um de seus grupos de consumidores, passa-se a analisar as vias pelas quais o Direito Concorrencial pode intervir para impedir esse tipo de condutas.

---

[25] NEWMAN, 2015, op. cit. p. 160.

[26] Idem, p. 170, tradução livre.

Por meio do controle de estruturas o Direito Antitruste "visa a prevenir a formação de estruturas de mercado que causem danos ou riscos para a concorrência"[27]. Nessa direção, o primeiro desafio que se coloca é a definição de critérios a partir dos quais uma determinada operação (fusão, incorporação, compra de controle e de ativos, etc.) deve ser submetida à análise das autoridades da concorrência.

Tradicionalmente, são utilizados dois critérios para verificar a necessidade de submissão da operação ao controle antitruste: o do faturamento e o da participação no mercado. No Brasil, a Lei 8.884/1994 que esteve em vigor até o início de 2012, previa, em seu art. 54, §3º, que deveriam ser notificados aos CADE as operações que implicassem em participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante ou em que qualquer dos participantes houvesse registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

A Lei 12.529/2011 alterou os critérios de notificação, passando a adotar apenas o critério do faturamento:

> Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:
>
> I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e
>
> II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Os critérios faturamento e participação no mercado, em conjunto ou isoladamente, são também adotados pelas principais autoridades antitruste ao redor do globo. Ocorre que, com o advento da economia digital – na qual estão inseridos os mercados de atenção – a sua adequação passou a ser questionada, eis que em razão de peculiaridades que marcam as empresas atuantes nessa nova economia, é comum que o valor de

[27] FRAZÃO, op.cit. p. 110.

mercado alcançado por esses agentes esteja dissociado de seu faturamento atual. A questão foi bem exposta por Hatton, Gabathuler e Lichy[28]:

> A economia digital possui pelo menos duas características distintivas de muitas outras indústrias, que impactam na relevância do parâmetro baseado no faturamento, nomeadamente a especificidade dos modelos de negócio no setor e o valor de determinados ativos que não podem ser diretamente monetizados.
>
> Primeiro, é comum para companhias do mercado digital fornecer produtos "de graça" a fim de ganhar escala, ao menos até que elas construam uma base forte de usuários e estejam em posição de monetizar seus produtos ou serviços (...).
>
> Segundo, baixos fluxos de receita não significam que um empreendimento não seja valioso (ou valorizado). A valorização de algumas empresas não carrega correlação com a receita gerada por seus negócios. Elas podem ter um grande potencial de crescimento (criando expectativas em torno de futuras receitas) ou pode haver sinergias entre a empresa alvo e as atividades do adquirente.

Diante de tais peculiaridades, verificou-se que em diversas situações startups pequenas, mas inovadoras e com grande potencial de mercado foram adquiridas por empresas grandes e estabelecidas sem que isso tenha acionado a atuação das agências antitruste, já que as startups, apesar de terem alcançado um enorme valor de mercado muitas vezes possuíam pouco ou nenhum faturamento.

Esse cenário ficou muito evidenciado no caso Facebook/WhatsApp, já que embora a transação tenha envolvido cerca de dezenove bilhões de dólares, ela teria passado abaixo dos critérios de notificação da Comissão Europeia, baseados unicamente no faturamento das empresas envolvidas, que não era alcançado pelo WhatsApp, já que à época, a empresa possuía um faturamento de cerca de U$ 10,2 milhões.

Diante disso, com o objetivo de tornar sua análise antitruste mais efetiva em relação às transações envolvendo empresas atuantes na

---

[28] HATTON, C; GABATHULER, D; LICHY, A. Digital markets and merger control in the EU: evolution, not revolution? **Competition Policy International Antitrust Chronicle,** fev 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/02/CPI-Hatton-Gabathuler-Lichy.pdf >**.** Acesso em 31 ago. 2018.

economia digital, Alemanha e Áustria alteraram suas regras de notificação para incluir um critério baseado no valor da transação. Assim, na Alemanha, transações que envolvam mais de 400 milhões de euros deverão ser notificadas independentemente do valor do faturamento das empresas, já na Áustria o valor adotado como referência foi de 200 milhões de euros.

Na esteira do que defendem as autoridades antitruste dos dois países europeus, esses novos critérios de notificação permitem atingir transações envolvendo empresas que possuam faturamentos baixos, mas cuja relevância competitiva se reflita no alto valor da transação em que esse agente está envolvido[29]. A própria Comissão Europeia vem também considerando introduzir um critério semelhante como forma de evitar uma sub-aplicação das normas antitruste.

Entretanto, vale destacar a existência de posicionamentos contrários à adoção de tais critérios de notificação[30], ante o entendimento de que eles podem em realidade se traduzir em uma norma demasiadamente rígida, submetendo à jurisdição antitruste operações que não possuem tanta relevância no âmbito nacional, ou ainda que dada a complexidade das negociações, que muitas vezes envolvem ativos que não podem ser objetivamente valorados ou com valor flutuante, o critério do valor da transação poderia acabar trazendo incertezas quanto à necessidade de notificação.

A despeito das opiniões contrárias e da possibilidade de aprimoramento do critério de notificação embasado no valor da transação de forma a tornar mais clara a sua aplicabilidade, a iniciativa das autoridades concorrenciais da Alemanha e Áustria de estabelecer um critério de notificação baseado no valor da transação parece ser uma alternativa efetiva para contornar a notória dificuldade que vem sendo enfrentada pelo Direito Antitruste para endereçar transações envolvendo startups com modelos de negócios inovadores, que apesar de chamarem a atenção de grandes empresas estabelecidas, possuem faturamento anual ainda inferior àqueles tradicionalmente empregados para tornar impositiva

---

[29] BUNDESKARTELLAMT. Joint guidance on new transaction value threshold in German and Austrian merger control submitted for public consultation. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/14_05_2018_TAW.html>. Acesso em 04 set. 2018.

[30] Nessa direção, veja-se HATTON, C; GABATHULER, D; LICHY, A, op. cit.

a notificação de uma transação perante os órgãos de defesa da concorrência.

4.3. Poder de mercado

A aferição do poder de mercado permite verificar a capacidade de uma determinada empresa de aumentar seus preços acima de um nível competitivo, ou de outra forma influenciar a competição, atuando de maneira independente e indiferente em relação a outros agentes.

Conforme explica Forgioni, existe uma inegável aproximação entre a parcela de mercado detida pelo agente econômico (*market share*) e o poder dela derivado, eis que, se uma determinada empresa detém parcela substancial do mercado, é intuitivo que ela possa atuar de forma mais independente em relação a seus concorrentes.[31] Por essa razão, é comum que a análise sobre a estrutura de mercado parta da observação da parcela de mercado detida por um determinado agente e, consequentemente, de seu poder de mercado, o que demonstra a centralidade desse conceito no âmbito da análise antitruste.

Para os fins do presente trabalho, a questão que se coloca é: como realizar a aferição de poder de mercado em um mercado de atenção?

Dada a natureza de dois lados dessas plataformas, o seu poder de mercado deve ser aferido tanto para o mercado de anúncios, quanto para o mercado de atenção propriamente dito, eis que uma análise unilateral não conseguiria apreender situações em que, a despeito de um dos lados do mercado ser competitivo, o agente econômico possua uma posição dominante do outro lado do mercado, que lhe permitiria agir de maneira anticompetitiva.

No que tange ao mercado de anúncios, a definição de poder de mercado não traz maiores novidades em relação às análises tradicionais do Direito Antitruste, eis que se trata de um mercado monetarizado como outro qualquer. De outro lado, a análise do poder de mercado no mercado de atenção envolve uma abordagem diferente, eis que deve ser capaz de apreender qual o percentual de atenção detido por determinada plataforma.

Nessa direção, Wu sugere que, diante da impossibilidade de se aferir se o consumidor está de fato diante de sua tela quando o anúncio é

---

[31] FORGIONI, P. A. **Os Fundamentos do Antitruste.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 282.

exibido e mesmo de determinar o quanto sua atenção de fato está voltada para ele, a mensuração do tempo gasto na plataforma constitui uma aproximação eficiente para se aferir o poder de mercado de uma determinado agente.[32] Destarte, o tempo despendido em um site é facilmente mensurável, e hoje já é monitorado por diversos agentes econômicos que atuam no mercado de atenção, com a finalidade de verificar a efetividade dos anúncios e otimizar a sua alocação entre diferentes plataformas.

Assim, diante de uma fusão entre duas plataformas atuantes no mercado de atenção que pertençam a um mesmo mercado relevante, a agência antitruste poderá recolher dados acerca do número médio de horas despendidos pelos usuários nas plataformas daquele mercado (por exemplo, redes sociais ou sites de notícias) e, a partir da verificação da parcela de mercado detida por cada uma das empresas envolvidas na transação (a ser analisada a partir do número médio de horas que é dedicado a cada uma delas), verificar se a fusão teria potencial de gerar efeitos anticompetitivos.

4.4. Definição de mercado relevante

A definição de mercado também possui papel central para a análise antitruste, eis que permite identificar o grupo de empresas e produtos relevantes do ponto de vista da concorrência em uma determinada dimensão geográfica, constituindo um importante passo para as analisar o poder de mercado, a existência de uma posição dominante e os e os efeitos competitivos de uma determinada conduta[33]. Ocorre que – conforme exposto no tópico 2 – as análises tradicionais de definição de mercado, normalmente se pautam em mercados de um único lado, razão pela qual podem gerar distorções consideráveis quando aplicadas a mercados de dois

[32] WU, 2017, op. cit. p. 28.

[33] "Definição de mercado é assim uma tentativa de definir grupos de produtos, que sejam substituíveis em uma extensão tal que as empresas que os produzem podem ser percebidas como competidoras entre si, e assim limitam a habilidade uma da outra de aumentar preços." FILISTRUCCHI *et al*, 2014, op. cit. p. 295, tradução livre.

lados, que são compostos por dois grupos distintos, mas interdependentes de consumidores[34].

A definição de mercado relevante em mercados de dois lados pode ser feita, a princípio, a partir de duas abordagens diferentes: i) pode-se definir um mercado relevante que abarque os dois lados da plataforma, ou ii) definir mercados separados para cada grupo de consumidor, sendo certo que, independentemente de qual das abordagens seja utilizada, a definição de mercado deverá sempre levar em conta a interdependência (efeito de rede) existente entre os dois lados do mercado. Nessa direção, a opção por definir um ou dois mercados relevantes irá depender basicamente do tipo do mercado de dois lados analisado, que podem ser transacionais, ou não-transacionais.[35]

As plataformas transacionais, como o nome sugere, são aquelas em que há uma transação entre os dois grupos de usuários, que compartilham de um mesmo objetivo (efetuar uma transação) e são ligados por efeitos de rede positivos bilaterais; as plataformas não-transacionais, por sua vez, são caracterizadas pela ausência de transação entre os consumidores de cada um dos lados do mercado podendo-se notar que a viabilização transações entre os dois grupos nem sempre é uma parte essencial do serviço da plataforma, que pode a princípio ser lançada com um único lado, e posteriormente, passar a atuar também no segundo mercado.[36]

Os cartões de pagamento ilustram o primeiro tipo de mercados de dois lados. O cartão tem como consumidores, de um lado, lojistas e, de outro, os usuários desse meio de pagamento, e viabiliza que esses dois grupos realizem transações econômicas entre si. Os mercados de atenção, por sua vez, constituem mercados não-transacionais, eis que embora inegavelmente exista uma interação entre o público da plataforma e os anunciantes, não é possível detectar uma transação econômica entre eles –

---

[34] Quanto ao ponto Evans e Noel (2008, apud EVANS, 2009, op.cit. p.3) afirmam que "Cada lado de um negócio de plataforma multilateral influencia e restringe suas estratégias do outro lado. A análise antitruste que foca em um lado do mercado em isolamento em relação ao outro lado é incorreta economicamente, e pode levar a uma resposta errada quando efeitos de rede indiretos são significantes e relevante para analisar a prática em questão" (tradução livre).

[35] OCDE, 2017, op.cit.; FILISTRUCHI *et al*, 2014, op. cit.

[36] FILISTRUCCHI *et al*, 2014, op. cit., p. 295.

que pode até vir a ocorrer em decorrência do anúncio veiculado na plataforma, mas não através dela.

Assim, a literatura especializada sugere que no caso de plataformas transacionais seja definido um único mercado que abranja os dois lados da plataforma, no qual o produto oferecido é a possibilidade de transacionar por meio da plataforma e, para plataformas não-transacionais, sejam definidos dois mercados distintos, mas inter-relacionados.[37]

Transpondo tais conclusões para os mercados de atenção, é possível afirmar que, para uma análise do mercado relevante nesse nicho de negócios, o ideal é definir dois mercados: um para as transações envolvendo os anúncios publicitários, que consiste em um mercado monetarizado, e de outro, um mercado de atenção propriamente dito.

Na aquisição do Instagram pelo Facebook, por exemplo, a autoridade da concorrência do Reino Unido[38] foi capaz de identificar a existência de dois mercados relevantes: o mercado de aplicativo de fotos e o mercado de exibição de anúncios online, nos quais as empresas, à época não eram competidoras. A agência, não foi capaz de verificar, no entanto, – assim como não foi o Federal Trade Comission, que também aprovou a operação sem ressalvas – que ambas as empresas detinham ampla participação nas "quotas" de atenção dedicada às mídias sociais, e competiam pela atenção do público[39].

---

[37] OCDE, 2017, op. cit; FILISTRUCCHI, *et al*, 2014, op. cit.

[38] BRITISH OFFICE OF FAIR TRADING. Anticipated Acquisition by Facebook Inc of Instagram Inc. Case ME/5525/12, 22 ago. 2012. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de2e5ed915d7ae200003b/facebook.pdf>. Disponível em 11 jun. 2018.

[39] Ao comentar a decisão Wu (2017, op. cit., p. 6) afirma: "(...) em 2012, ambas as empresas já detinham considerável quantidade da atenção dedicada às mídias sociais, e ambas estavam competindo pela mesma atenção – as mesmas horas- que os consumidores poderiam dedicar para esse tipo de coisas. Embora eles não estivessem competindo em termos de preço (ainda), eles estavam competindo por outra métrica: atenção, medida pelo tempo despendido pelo usuário em seus sites" (tradução livre).

4.5. O emprego do teste do monopolista hipotético em mercados de atenção

A partir da tradição estadunidense, diversas outras jurisdições como a Europa e o Brasil, aplicam o teste do monopolista hipotético para a definição do mercado relevante. O teste define o mercado relevante como o menor conjunto de produtos em uma área geográfica em que um monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo (normalmente entre 5% a 10%) e não transitório (normalmente um ano) aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para outro produto ou o adquirissem em outra região.[40]

Ocorre que, tendo sido concebido para a análise de mercados de um lado, sua aplicação a mercados de dois lados traz algumas perplexidades, notadamente porque: i) o teste não leva em conta a existência de efeitos de rede indiretos entre os dois lados do mercado; ii) o teste é aplicado a partir da suposição de que um monopolista hipotético estaria aumentando seus preços, mas em um mercado de dois lados as empresas fixam dois preços, assim, surge o questionamento acerca de em qual dos lados do mercado se deve aplicar a elevação de preços.[41]

Quanto ao primeiro ponto levantado, verifica-se que, considerando um mercado com os lados A e B, ligados por efeitos de rede indiretos, a aplicação do teste, da forma como tradicionalmente concebido, ao lado A, iria levar em conta apenas os efeitos do aumento de preços para a demanda daquele lado da plataforma, mas não iria considerar o fato de que a redução no número de consumidores daquele lado provavelmente geraria uma redução no número de consumidores do lado B.

Quanto ao segundo ponto, é possível verificar que embora haja certo consenso na literatura acerca da necessidade de se levar em conta os lucros e a interdependência das demandas dos dois lados do mercado, existem controvérsias sobre se ao aplicar o teste se deve assumir que o monopolista hipotético poderia ajustar a estrutura de preços (ou seja, a razão entre os preços pagos em uma dada transação por cada um dos lados do mercado) de forma ótima ou se ele deveria ajustar os preços em um dos lados da plataforma, mantendo o preço do outro lado fixo.[42]

---

[40] FILISTRUCCHI *et al*, 2014, op. cit. p. 329; FORGIONI, 2016, op. cit., p. 239.

[41] FILISTRUCCHI *et al*, 2014, op. cit., p. 330.

[42] Idem, p. 331.

Assim, embora existam na literatura propostas para modificar o teste SSNIP de modo que passe a contemplar a existência de efeito de rede indiretos, o seu conceito permanece difícil de ser utilizado em mercados de dois lados, notadamente naqueles em que, assim como os mercados de atenção, os produtos são oferecidos a preço zero a um dos lados do mercado.

Tendo em vista a existência de controvérsias mesmo no âmbito acadêmico acerca da forma de aplicação de uma possível versão modificada do teste do monopolista hipotético, em nota preparada no âmbito da OCDE afirma-se que "não é surpreendente que até agora as autoridades da concorrência não parecem ter aplicado uma versão modificada do teste SSNIP (...)."[43]

Diante das dificuldades que envolvem a aplicação do teste SSNIP em plataformas de dois lados, uma alternativa que se mostra viável é a utilização de evidências qualitativas para a aferição da substitubilidade entre os produtos. Nessa direção, Wu aponta que realizar pesquisas com consumidores e com empresas concorrentes pode se mostrar uma estratégia útil para a definição do mercado relevante. Também a análise de documentos internos das empresas envolvidas na transação pode ajudar a compreender a estratégia por trás de determinada conduta, bem como a identificar os agentes que as firmas enxergam como seus competidores[44].

As autoridades ligadas à defesa da concorrência constantemente se deparam com o desafio de escolher entre diversas ferramentas de investigação, as quais possuem pontos positivos e fragilidades, e diferem entre si quanto aos recursos necessários para a pesquisa bem como quanto à sua confiabilidade, sendo inegável que essa complexidade se torna ainda maior em mercados de dois lados, em razão da atuação dos efeitos de rede.

Diante disso, a análise dos mercados de atenção deve ser procedida com especial cuidado, buscando-se um olhar abrangente sobre as características e circunstâncias do mercado em análise, para evitar que as ferramentas tradicionais, concebidas para mercados de um lado, venham a gerar distorções significativas na análise concorrencial.

---

[43] OCDE, 2017, op. cit. p. 12, tradução livre.

[44] WU, 2017, op. cit. p. 31.

5. Conclusão

Apesar de não constituírem propriamente uma inovação, os mercados de atenção certamente atingiram um novo patamar na era da Internet, tanto em razão do rompimento de barreiras geográficas, que viabilizou acesso a um público muito mais vasto com custos relativamente baixos, como também pelo desenvolvimento de mecanismos de coleta e análise de dados, que permitiu a personalização e direcionamento dos anúncios publicitários, sendo notório ainda que os próprios meios de atrair a atenção do público foram também revolucionados com o advento de novas funcionalidades trazidas pela Internet, tais quais as redes sociais, o compartilhamento de vídeos, e os serviços de busca.

O crescimento exponencial de empresas atuantes nesse setor, bem como as transações milionárias em que elas têm se envolvido demonstram a relevância da análise concorrencial nesse ramo de negócios. Até aqui, no entanto, as agências antitruste têm apresentado sérias dificuldades na aplicação do Direito da Concorrência a transações entre empresas desse setor, o que, conforme se demonstrou no presente artigo decorre, em grande medida, de duas características principais desses negócios: o fato de os mercados de atenção constituírem mercados de dois lados, que são ligados por efeitos de rede indiretos, e a cobrança de "preço zero" em um dos lados da plataforma.

Quanto ao primeiro ponto, as ferramentas tradicionais do Direito Antitruste, pensadas para mercados de um único lado, não são capazes de apreender as repercussões dos efeitos de rede indiretos, razão pela qual sua aplicação indiscriminada a mercados de atenção pode gerar significativas distorções.

No que tange à segunda questão, ela desafia a própria lógica do Direito da Concorrência que, fortemente embasada no fator preço, apresenta dificuldades em lidar com mercados em que os produtos sejam oferecidos sem qualquer cobrança financeira do usuário. O presente trabalho demonstrou que, apesar da ausência de trocas monetárias, o usuário não recebe o produto gratuitamente, mas paga por ele com a sua atenção.

Diante disso, argumentou-se que o ponto chave para a realização de uma análise concorrencial nesses mercados é ter em conta que o valor ali transacionado é a atenção humana, assim, fatores como critérios de notificação, aumento de preços, poder de mercado e definição de mercado relevante, devem ser todos pensados sob essa lógica.

Dessa forma, é possível concluir que, a despeito das perplexidades que os mercados de atenção na era digital apresentam à análise antitruste, ela pode ser realizada de maneira mais efetiva em transações envolvendo esses negócios, desde que se leve em conta as suas peculiaridades, notadamente a existência de efeitos de rede entre os dois lados da plataforma, e a existência de um mercado não monetário, em que o valor transacionado é a atenção.

Referências Bibliográficas

BRITISH OFFICE OF FAIR TRADING. Anticipated Acquisition by Facebook Inc of Instagram Inc. Case ME/5525/12, 22 ago. 2012. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de2e5ed915d7ae200003b/facebook.pdf>. Disponível em 11 jun. 2018.

FORGIONI, P. A. **Os Fundamentos do Antitruste.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, A. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2017.

EVANS, D. S. Attention Rivalry Among Online Platforms. **Journal of Competition Law e Economics**, 9 (2), jun. 2013, p. 313-357.

EVANS, D. S., Two-Sided Market Definition. ABA Section of Antitrust Law, Market Definition in Antitrust: Theory and case Studies, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1396751>. Acesso em: 11 jun. 2018.

EVANS, D. S., The Economics of Attention Markets, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3044858 >. Acesso em 12 jun. 2018.

FILISTRUCCHI, L. et al. Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice. **Journal of Competition Law e Economics.** 10 (2), 2014, pp. 293-339.

HATTON, C; GABATHULER, D; LICHY, A. Digital markets and merger control in the EU: evolution, not revolution? **Competition Policy International Antitrust Chronicle,** fev 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/02/CPI-Hatton-Gabathuler-Lichy.pdf>**.** Acesso em 31 ago. 2018.

KREIN, J. Novos Trustes Na Era Digital: Efeitos Anticompetitivos Do Uso De Dados Pessoais Pelo Facebook. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 6, nº 1, maio 2018, pp. 198-231.

NEWMAN, J. M. Antitrust in Zero Prices: Foundations. **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 164: 149, 2015, pp. 198-231.

OCDE. Market Definition in Multi-sided Markets. Note by Sebastian Wismer e Arno Rasek. Disponível em: < http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL&docLanguage=En>. Acesso em 11 jun. 2018.

ROCHET, J. TIROLE, J. Two-sided Markets: A Progress Report. **The RAND Journal of Economics,** Vol. 37, nº 3, 2006, pp. 645-666.

SHAPIRO, M.; BACCHI, F. Análise dos atos de concentração no Brasil. Forma, função e o incrementalismo reformista do CADE. In SHAPIRO, M.; DE CARVALHO, V.; CORDOVIL, L. (Org.). **Direito Econômico Concorrencial.** 1 ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 71.

WU, T. Blind Spot: The Attention Economy and The Law, 2017, no prelo. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941094>. Acesso em 10 jun 2018.

WU, T. **The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads**. 1ª ed. Nova York: Knopf, 2016.

4. BIG DATA E O DIREITO CONCORRENCIAL: OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENTABULADOS PELAS PLATAFORMAS DIGITAIS E O CRITÉRIO DE NOTIFICAÇÃO AO CADE

4. BIG DATA AND COMPETITION LAW: MERGERS AND ACQUISITIONS IN DIGITAL MARKETS AND THE DISCUSSION OF CADE'S NOTIFICATION THRESHOLD

Vanessa Aparecida Mendes Baesse

Resumo: Amazon, Google, Facebook, Microsoft e Apple são as maiores empresas de tecnologia dos Estados Unidos da América com influência no mundo todo e estão se tornando cada vez maiores. Um importante ponto em comum entre elas é o fato de todas terem como insumo principal o big data, formado principalmente pelos dados que nós mesmos fornecemos a elas, posteriormente processados por algoritmos cada vez mais específicos e eficientes. Ocorre que, recentemente, uma das estratégias empresariais para a manutenção e expansão dessas empresas tem crescido vertiginosamente: os atos de concentração, principalmente por aquisições de empresas menores. E muitos desses atos de concentração sequer são analisados pelas agências antitruste, em razão dos critérios de notificação estabelecidos. Há ainda quem defenda que a análise deles por meio do direito concorrencial é prejudicial ao normal desenvolvimento dessas empresas e, consequentemente afasta o consumidor dos benefícios deste crescimento. Assim é que, diante desse cenário, pretende-se discorrer sobre o papel do direito concorrencial na análise dos atos de concentração entabulados pelas empresas orientadas por dados e, principalmente sobre os critérios de notificação estabelecido pelo art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, estes com base no faturamento bruto anual das empresas envolvidas na operação. Isso porque, muito embora os efeitos dessas operações possam ocorrer no Brasil de forma significativa, muitas das vezes esses critérios não são atingidos. E é diante desta problemática que o presente estudo se desenvolve.

Palavras-chaves: Big data. Direito da Concorrência. Privacidade. Atos de concentração. Critérios de notificação.

Abstract: Amazon, Google, Facebook, Microsoft, and Apple are the largest technology companies in the United States with worldwide influence and are growing. An important point in common among them is

that they all have the big data as the main input, based mainly on the data we provide to them, which are then processed by increasingly specific and efficient algorithms. It turns out that recently one of the business strategies for the maintenance and expansion of these companies has grown vertiginously: the acts of concentration, mainly by acquisitions of smaller companies. Many of these acts are not even analyzed by the antitrust agencies, and even those who argue that their analysis through competitive law is detrimental to the normal development of these companies and therefore distract consumers from the benefits of this growth. Thus, in view of this scenario, we intend to discuss the role of competition law in the analysis of the acts of concentration initiated by data-oriented companies, and especially on the notification thresholds established by Law 12.529/2011, based on the gross annual turnover of the companies involved in the operation. This is because, although the effects of these operations may occur in Brazil, significantly, many times these thresholds are not reached. And it is in the face of this problem that the present study develops.

Keywords: Big data. Competition Law. Privacy. Mergers and Acquisitions. Thresholds.

1. Introdução

No ano de 1990, época em que o sistema operacional mais utilizado no mundo era o DOS, da Microsoft e ainda não havia internet (que só seria utilizada comercialmente no Brasil a partir de 1995), já se falava sobre o fim da civilização industrial – que ocorreu após a civilização agrícola - e o início da civilização cibernética.

Segundo Dirceu Maria Coutinho, naquele tempo já havia a predominância das empresas que atuam na área eletrônica, comunicações e tecnologia "e a matéria prima básica desta terceira civilização é a informação, seguida da imaginação. Através de ambas serão encontrados substitutos para muitos recursos exauríveis" (COUTINHO, 1990, p. 35-36).

Logo após vieram a Amazon, em 1994; o Google, em 1997; e o Facebook, em 2004 e, juntando estas três com a Microsoft e a Apple, que já existiam desde os anos de 1975 e 1976, respectivamente, formam-se as Big Tech, também comumente intituladas de Big Five ou FAMGA (um acrônimo de Facebook, Apple, Microsoft, Google e Amazon). E essas são

as cinco principais empresas de tecnologia dos Estados Unidos da América (EUA) e juntas valem cerca de $ 3,3 trilhões de dólares[1].

E hoje não conseguimos imaginar nossas vidas sem a onipresença das Big Tech. Desde que abrimos os olhos pela manhã até os fechar ao adormecer entramos em contato com no mínimo uma dessas plataformas digitais, senão todas.

Imagine você acordando, olha para o smartphone para desligar o despertador - que muito provavelmente usará um sistema operacional móvel da Apple (IOS) ou do Google (Android). Mais tarde, ao se dirigir para uma reunião externa de trabalho, escolhe o melhor caminho pelo Waze ou pelo Google Maps (ambos navegadores por satélite de propriedade do Google). Chegando lá abre o notebook, o qual utiliza o sistema operacional Windows (Microsoft). No intervalo, ao checar o grupo da família no aplicativo de bate-papo Whatsapp (de propriedade do Facebook Inc), recebe o convite para o casamento de um primo, então logo acessa o site de comércio eletrônico da Amazon, para comprar o presente.

Se já mesmo antes da internet em 1990 havia quem dissesse que estamos em uma terceira civilização, a cibernética, imagino que hoje ninguém mais duvide disso, embora seus nomes possam variar, como por exemplo, “a quarta revolução industrial”, denominada por Klaus Schwab, fundador e presidente executivo do Fórum Econômico Mundial, em seu livro de mesmo nome.

Entretanto, o que de comum há na narrativa citada acima? Ocorre que, a todo momento, estamos fornecendo informações pessoais, por meio dos dispositivos conectados à internet. No caso exposto, apenas como exemplo: a hora que acordamos, o caminho que percorremos, os dados que inserimos no notebook, as conversas nos aplicativos de bate-papo e o que consumimos no comércio.

É por isso que, além de serem plataformas digitais, as Big Tech têm em comum o fato de terem como insumo principal os dados que nós mesmos fornecemos a elas[2]. E, como a Ex-Presidente da Federal Trade

---

[1] Tech's top five now worth more than $3 trillion. CNN BUSINESS. Disponível em: <http://money.cnn.com/2017/10/31/investing/apple-google-alphabet-microsoft-amazon-facebook-tech/index.html>. Acesso em 09/06/2018.

[2] Importante ressaltar que há empresas corretoras de dados bem como plataformas digitais que comercializam os dados que recolhem. Assim, não necessariamente os nossos dados são sempre repassados “diretamente” para as plataformas digitais mencionadas.

Comission - FTC, Edith Ramirez bem observou: “Graças aos smartphones e medidores inteligentes, dispositivos de fitness portáteis, mídias sociais, carros conectados e cartões de fidelidade de varejo, cada um de nós está gerando dados em uma taxa sem precedentes” (MANIYKA et all apud STUCKE; GRUNES, 2015).

Entretanto, sabe-se que não basta somente criar um negócio com crescimento comercial exponencial, também é preciso mantê-lo, sendo que, quando se trata do dinâmico mercado baseado em tecnologia é cada vez mais difícil sustentar a vantagem que originalmente o tornou tão próspero.

E, no caso das Big Tech, além de terem surgido de ideias realmente brilhantes, conseguiram alcançar um patamar estável em seu ramo de atividade, e estão cada vez mais “big”. E, recentemente, uma das estratégias empresariais para a manutenção e expansão dessas empresas tem crescido vertiginosamente: os atos de concentração, principalmente por aquisições de empresas menores.

Essas empresas menores, na maioria dos casos, oferecerem um serviço ou utilidade nova no mercado digital, o que torna aquele serviço existente mais atraente, possibilitando, que nós, os consumidores, fiquemos cada vez mais cativos e assim continuemos fornecendo cada vez mais nossos dados.

Apenas a título de exemplo, em 2010 e 2011 o Google adquiriu, em média, mais de uma empresa por semana, sendo que em dezembro de 2016, já por meio da Alphabet,[3] foram mais de 200 empresas[4]. O Facebook não ficou atrás, até o presente ano, 69 empresas foram objeto de atos de concentração pela empresa, tendo já despendido, em sua curta história, US $ 1 bilhão em aquisições[5].

---

[3] No ano de 2015 as empresas Google foram reestruturadas e reorganizadas em torno de uma holding criada para tanto, de nome Alphabet Inc. Ver mais em “Tudo o que você precisa saber sobre a Alphabet, nova dona do Google” Disponível em: <https://tecnoblog.net/183239/alphabet-google-tudo-sobre/>. Acesso em 06/06/2018.

[4] A to Z list of Google acquisitions and where they ended up within Google. Data Sciense Central. Disponível em: <https://www.datasciencecentral.com/profiles/blogs/a-to-z-list-of-google-acquisitions-and-where-they-ended-up-within> . Acesso em 02/06/2018.

[5] 66 Facebook Acquisitions – The Complete List (2018)! [INFOGRAPHIC]. TechWise. Disponível em: <https://www.techwyse.com/blog/infographics/facebook-acquisitions-the-complete-list-infographic/> . Acesso em 02/06/2018.

Assim, atento aos fatos acima narrados, o presente artigo pretende responder à seguinte questão: não deveria o CADE analisar os atos de concentração entabulados pelas plataformas digitais, mesmo que estes não alcancem os critérios de notificação definidos na Lei nº 12.529 no de 2011, em seu art. 88?

Neste intuito, primeiro trazemos alguns conceitos iniciais sobre o big data e a plataforma de dois lados. Após discorremos sobre a aplicação do direito concorrencial às empresas orientadas por dados bem como às questões controversas a respeito da competência para a análise quando há a violação à privacidade. No tópico 4 trataremos sobre as possíveis consequências que o poder econômico que as empresas orientadas por dados possam estar produzindo para que assim, possamos adentrar ao tópico essencial do presente artigo que é o que discorre sobre os critérios de notificação dos atos de concentração passando desde seu histórico aos dias atuais e apresentando possíveis soluções ofertadas pela doutrina e jurisprudência para que assim, ao final, possa se chegar a uma conclusão sobre o tema.

2. Conceitos iniciais

No interrogatório feito por congressistas americanos a Mark Zuckerberg, CEO do Facebook, quando perguntado pelo Senador Orrin Hatch como ele era capaz de sustentar um modelo de negócios em que os usuários não precisavam nada pagar, ele não hesitou em sorrir largamente após responder: *"Senador, nós mostramos anúncios"*[6].

Se ele sorriu por achar a pergunta óbvia ou por secretamente lembrar-se dos bilhões arrecadados ao mostrar estes anúncios aos usuários

[6] "*Senator, we run Ad´s*". Esta foi a resposta no idioma original. O trecho do depoimento pode ser visto em: <https://www.youtube.com/watch?v=n2H8wx1aBiQ>. Acesso em 18.06.2018.

do Facebook[7] (os quais oferecem a ele "gratuitamente"[8] dados pessoais atualizadíssimos, aumentando assim o valor do seu espaço de publicidade); não sabemos. No entanto, o fato ocorrido é um ótimo ponto de partida para tratarmos do assunto ora proposto.

2.1. Plataforma de dois lados

As empresas orientadas por dados geralmente fazem parte de um modelo de negócios denominado "mercado de dois lados" ou "plataforma de dois lados", cuja expressão é originária do inglês "two-sided platforms". A grosso modo significa que uma determinada empresa oferece um produto ou serviço para um dos lados da plataforma e, ao mesmo momento, oferece também um produto ou serviço para o outro lado; sendo que, embora se tratem de produtos e serviços totalmente diversos, o aumento ou decréscimo da demanda de um dos lados da plataforma afeta o outro (ATHAYDE, 2018)[9].

---

[7] E é mostrando anúncios aos seus 2,1 bilhões de usuários que o Facebook obtém 98% de sua receita. Ver mais em: "Gigantes da tecnologia ganham bilhões com uso de dados de pessoas para distribuir anúncios segmentados". Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/gigantes-da-tecnologia-ganham-bilhoes-com-uso-de-dados-de-pessoas-para-distribuir-anuncios-segmentados.ghtml>. Acesso em 16.06.2018.

[8] Fala-se aqui gratuitamente entre aspas pois perfilhamos da corrente que entende que, embora não haja troca monetária, o usuário paga com a sua atenção e os dados que compartilha com a plataforma, não devendo ser entendido assim como um serviço propriamente gratuito.

[9] No artigo intitulado "Concorrência, supermercados e plataformas de dois lados" a autora menciona estudo realizado no ano de 2009 pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) o qual apesar de apontar que não há uma definição universalmente aceita para o conceito de "*mercado de dois lados*", traçou três aspectos fundamentais que o caracterizariam. São eles: (i) a existência de dois grupos distintos, que precisam um do outro de alguma maneira e que confiam na plataforma para intermediar as transações entre eles, sendo a plataforma o provedor de produtos e/ou serviços simultaneamente; (ii) a existência de externalidades indiretas entre os grupos de adquirentes, de modo que o valor que um dos lados da plataforma atribui a ela aumenta o número do outro lado da plataforma; e (iii) a não neutralidade da estrutura de preço, ou seja, a plataforma afeta o volume das transações – por exemplo, aumentando os preços de um lado para diminuir do outro e induzindo ambos a aderir à plataforma –, não sendo um intermediário neutro no mercado. OCDE. *Roundtable on two-sided*

Como bem nos lembrou Mark Zuckerberg, por meio de seu largo sorriso, um dos melhores exemplos de plataforma de dois lados é o Facebook que, em um dos lados da plataforma têm os usuários - os quais não dispendem valores financeiros para utilizar a rede social - sendo que em troca disponibilizam dados pessoais e a sua atenção; e de outro há o lado da publicidade, no qual as empresas pagam à plataforma para exibirem seus anúncios da forma mais direcionada possível àqueles usuários quase sempre muito atentos.

Vemos então que, o verdadeiro "negócio" das plataformas de dois lados[10] é o fato de que nela é possível rentabilizar dados pessoais fornecidos pelos usuários, os quais, por sua vez, são verdadeiros insumos, visto que são utilizados, dentre outros fins, para a produção de publicidade direcionada; o que coloca aquela plataforma digital como objeto de interesse das agências de publicidade, que se encontram do outro lado da plataforma.

Todavia, esse modelo de negócios, por apresentar características demasiadamente específicas, traz verdadeira celeuma quando da aplicação das normas atinentes ao Direito da Concorrência clássicas, conforme veremos mais adiante.

2.2. Big data

De início cumpre ressaltar que não há uma definição comum sobre o termo big data, todavia, a grosso modo, podemos dizer que big data diz respeito a grandes quantidades de diferentes tipos de dados, produzidos em alta velocidade a partir de múltiplas fontes, cuja manipulação e análise requerem processadores e algoritmos cada vez mais novos e poderosos. Este conjunto de dados geralmente são caracterizados por suas três

---

markets. Competition Committee, DAF/COMP (2009)69, 2009. Background note by Daniel EVANS. p. 11. In ATHAYDE (2018). Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorrência-supermercados-e-plataformas-de-dois-lados-01022018> . Acesso em 18.06.2018.

[10] Lembramos que aqui estamos nos referindo a apenas um dos tipos de plataformas de dois lados, no caso as plataformas digitais, atuantes no mercado orientado por dados.

dimensões básicas: volume, velocidade e variedade (BUNDESKARTELLAMT, 2016, p. 4)[11].

Assim, big data não consiste apenas em um amplo conjunto de dados, mas sim na capacidade de processar largo e variado volume de dados em alta velocidade, extraindo valor de sua conversão em informações relevantes. (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 17 In MONTEIRO, 2017, p, 102). Os dados precisam, portanto, serem processados para que possam gerar valor[12].

Uma das diversas formas de se classificar o big data é segundo a informação que lhe é extraída, podendo assim apresentar dados de indivíduos, de entidades ou de objetos[13]. Conforme já dito, o tamanho e o escopo dos dados que as empresas recolhem, armazenam e utilizam tem crescido exponencialmente, sendo que, atualmente, a esmagadora maioria dos dados coletados são de indivíduos, ou seja, dados pessoais[14].

Importante denotar ainda que, no caso das plataformas digitais, o big data demonstra uma característica comercial cada vez mais marcante: "dados viraram a matéria-prima dos negócios, um insumo econômico vital,

---

[11] Mais recentemente, dimensões extras foram adicionadas, incluindo: (iv) variabilidade; (v) veracidade; (vi) validade; (vii) vulnerabilidade; (viii) volatilidade; (ix) visualização; e (x) valor (FIDELIS, 2017, p, 190).

[12] Todavia isso não quer dizer que os dados sozinhos não têm valor, uma vez que eles são considerados verdadeiros insumos das atividades das plataformas digitais.

[13] Exemplos: a) *dados de indivíduos*: comportamento de um indivíduo, preferências, localização geográfica; b) *dados de entidades econômicas*: o volume de negócios alcançado por uma empresa com determinadas transações comerciais; c) *dados de objetos*: a velocidade, o gasto de combustível e a temperatura de um veículo.

[14] Sobre o tema ver informação no site da IBM, outra gigante no setor tecnológico, no qual ela descreve de que forma as indústrias estão usando nossos dados para ficarem grandes. Citamos como exemplo a indústria do varejo, segundo o site: "Experiências de clientes personalizadas e orientadas por dados, possibilitadas pela tecnologia cognitiva, estão ajudando uma grande varejista de roupas a fornecer serviços excepcionais, além de gerar receita em mais de 225 lojas. Para projetar uma melhor experiência na loja, a empresa usa dados de sensor e Wi-Fi para rastrear quem entra, quais corredores eles visitam e por quanto tempo. A empresa também analisa dados de mídia social de milhões de seguidores para melhorar o marketing e o design de produtos" (tradução nossa). Disponível em: < https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/07/10-industries-using-big-data-win-big/>. Acesso em 06/06/2018.

usado para criar uma nova forma de valor econômico" (MAYER-SCHÖNBERGER; CUKIER, 2014, p. 5 in MONTEIRO, 2017, p. 9).

Sobre o tema, já no ano de 2011 o Relatório McKinsey de 2011 observou que, "Usar o big data se tornará uma base fundamental para a concorrência das empresas existentes" e "No mundo dos big data, um concorrente que não conseguir desenvolver suficientemente suas capacidades será deixado para trás" (MANIYKA et all apud STUCKE; GRUNES, 2015).

E, no mesmo sentido, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) salientou de forma objetiva que "os dados atuais representam um ativo econômico central que pode criar uma vantagem competitiva significativa para as empresas" (STUCKE; GRUNES, 2015).

Além disso, cumpre ressaltar que, em um futuro próximo, o desenvolvimento de dispositivos conectados deve tornar os dados cada vez mais relevantes para as indústrias de produtos e não apenas para os serviços, especificamente no ramo que atualmente é chamado de IoT, Internet of Things[15] (BUNDESKARTELLAMT, 2016)[16].

3. Do poder econômico

Michael J. Sandel[17] em sua obra intitulada: "O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado" aponta que: "Vivemos numa época

---

[15] Internet of Things ou Internet das Coisas, ou IoT, é um sistema de dispositivos inter-relacionados com a internet tais como máquinas mecânicas e digitais, objetos, animais ou pessoas que que têm capacidade de transferir dados através de uma rede sem exigir intervenção humana. Como exemplo pode ser uma pessoa com um implante de monitor cardíaco, um animal de fazenda com um transponder de biochip , um automóvel que tenha sensores embutidos para alertar o motorista quando a pressão estiver baixa. Disponível em: <https://www.infowester.com/iot.php> . Acesso em 02/06/2018. Tradução nossa.

[16] Embora o presente artigo tenha enfoque sobre o big data de informações pessoais, mais especificamente no tocante às Big Tech, imprescindível salientar que as questões sobre big data não se limitam a essa discussão, mas são relevantes para muitos outros setores como os de energia, saúde, telecomunicações, seguros, bancos, transporte etc.

[17] Professor de filosofia política em Harvard e professor-visitante na Sorbone/França.

em que quase tudo pode ser comprado e vendido. Nas três últimas décadas, os mercados – e os valores de mercado – passaram a governar nossa vida como nunca" (2015, p. 11). O autor aponta ainda que "hoje, a lógica da compra e venda não se aplica mais a bens materiais: governa crescentemente a vida como um todo (2015, p. 11) [18].

E, nesse atual sistema em que "a lógica da compra e venda ultrapassou os bens materias" vemos também que foi ultrapassada a barreira da compra e venda por meio da moeda. Não somente mais por dinheiro os bens têm sido trocados. Isso se tendo em vista que, atualmente, o principal insumo das empresas mais valiosas do mundo é justamente os dados pessoais. E, assim, de poder deles - e mediante a aplicação de algorítimos de alta eficiência, estas empresas têm alcançado lucros jamais imaginados por qualquer outra empresa, até então.

Nesse teor é que muito se discute sobre o poder econômico alcançado pelas gigantes do mercado online e a consequente influência desse poder no funcionamento do mercado. Ocorre que, sendo elas líderes mundiais absolutas em seu ramo de atuação, movimentando quantias de dinheiro superiores a muitas nações, o poder econômico é inerente e, como qualquer tipo de poder, pode ser utilizado tanto para o bem quanto para o mal.

Sobre o tema, Forgioni salienta que a posição de independência e indiferença do agente econômico pode derivar de sua própria potência econômica (deep pocket) ou da força econômica do grupo a que pertence.

> É o caso dos grandes conglomerados, com disponibilidade interna de recursos ou facilidade de captação de receitas financeiras ou até de empresas que, atuando em vários mercados

[18] O autor continua o parágrafo dizendo que: "Quando a guerra fria acabou, os mercados e o pensamento pautado pelo mercado passaram a desfrutar de um prestigio sem igual, e muito compreensivelmente. Nenhum outro mecanismo de organização da produção e distribuição de bens tinha se revelado tão bem-sucedido na geração de afluência e prosperidade. Mas enquanto um número cada vez maior de países em todo mundo adotava mecanismos de mercado na gestão da economia, algo mais também acontecia. Os valores de mercado passavam a desempenhar um papel cada vez maior na vida social. A economia tornava-se um domínio imperial. Hoje, a lógica da compra e venda não se aplica mais a bens materiais: governa crescentemente a vida como um todo. Está na hora de perguntarmos se queremos viver assim".

> relevantes, aproveitam o suporte econômico de uma atividade para impulsionar a outra (2013, p. 280).

Acrescenta a autora outras formas de o agente econômico demonstrar "poder econômico tal que assegure a posição dominante" a ponto de impedir "a entrada de novos agentes econômicos no mercado ou o aumento da participação de seus concorrentes" (2013, p. 280).

Dentre elas estão a eventual capacidade ociosa do agente econômico, lhe possibilitando a resposta imediata a aumentos de procura e incidindo em menores gastos que a concorrência. Há também a situação na qual há o controle de várias ou de todas as fases do processo de produção e/ou distribuição de um produto. E, por fim, a vantagem competitiva derivada do domínio da tecnologia que as outras empresas, por qualquer razão, não têm acesso, "o que é capaz de colocar o agente econômico em posição de independência e indiferença em relação ao comportamento dos demais" (FORGIONI, 2013, p. 280).

De uma análise superficial acreditamos que, em se tratando das Big Tech, a existência de um conglomerado por detrás de cada empresa enseja uma muito provável capacidade ociosa e o controle de várias ou todas as fases do processo de produção e/ou distribuição do produto bem como o domínio exclusivo de tecnologia.

Entendemos assim que, há forte indício da existência de poder econômico tal que assegure a posição dominante a ponto de impedir "a entrada de novos agentes econômicos no mercado ou o aumento da participação de seus concorrentes" (FORGIONI, 2013, p. 280).

Podemos dar como exemplo o Picasa, um aplicativo organizador de imagens, adquirido pelo Google em 13 de julho de 2004[19]. O Picasa concorria diretamente com o Google Photos, no entanto, o grupo Google não tardou em adquiri-lo e incorporar o seu serviço ao Google Photos, desativando-o posteriormente[20].

---

[19] TECHNOLOGY; Google Buys an Online Photo Manager NYTIMES. Disponível em https://www.nytimes.com/2004/07/14/business/technology-google-buys-an-online-photo-manager.html. Acesso em 28/09/2018.

[20] Desativação do Picasa. Google. Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjKwePr6t3dAhUCCpAKHaxxBGwQFjAAegQICRAB&url=https%3A%2F%2Fpicasa.google.com.br%2F&usg=AOvVaw3y16uhP058IOijMM0Xx6Qq. Acesso em: 28.09.2018.

No caso acima, embora os valores de faturamento não tenham sido suficientes para iniciar a análise pelos agentes da concorrência, pode-se verificar que não se tratava apenas de uma disputa de mercado entre o Google Photos e o Picasa, mas sim de todo o conglomerado do GooglePlex[21], e de toda a informação (big data) e poder de mercado nela presente.

Neste momento precisamos revisitar os comentários de Forgioni (2013, p. 280) no sentido de que a posição de independência e indiferença do agente econômico pode derivar de sua própria potência econômica (deep pocket) ou da força econômica do grupo a que pertence.

A autora salienta como exemplo os grandes conglomerados, “com disponibilidade interna de recursos ou facilidade de captação de receitas financeiras ou até de empresas que, atuando em vários mercados relevantes, aproveitam o suporte econômico de uma atividade para impulsionar a outra” (FORGIONI, 2013, p. 280).

Ao cotejar a doutrina da autora com o rol de aquisições que têm sido operadas pelas big tech, podemos perceber que as gigantes da tecnologia estão se transformado em grandes conglomerados os quais utilizam não só o suporte econômico, como também seu insumo principal (big data) “de uma atividade para impulsionar a outra”.

Vide exemplo a multa de 110 milhões de euros que a Comissão Europeia aplicou em 2017 ao Facebook por apresentar informação "incorreta ou enganosa" à União Europeia (UE) sobre a compra do Whatsapp. Isto porque quando o Facebook notificou a CE sobre a compra, em 2014, a empresa informou que "não poderia estabelecer um vínculo automático confiável entre as contas dos usuários do Facebook e as contas dos usuários do Whatsapp”[22].

No entanto, em agosto de 2016, o WhatsApp anunciou uma atualização das condições de sua política de serviço e de privacidade, incluindo a possibilidade de vincular os números de telefone dos usuários do WhatsApp com as identidades dos usuários do Facebook, tal como foi feito. A Comissão descobriu que, ao contrário das declarações do

---

[21] GooglePlex é o nome dado à matriz do Google, hoje Alphabet, no Vale do Silício.

[22] Facebook fined £94m for 'misleading' EU over WhatsApp takeover. The Guardian Disponível em: https://www.theguardian.com/business/2017/may/18/facebook-fined-eu-whatsapp-european-commission. Acesso em 28/09/2018.

Facebook em 2014, a empresa tinha sim, então, a capacidade técnica para vincular os dados dos usuários das duas redes sociais, indica o comunicado[23].

Em março de 2018, a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) também multou ambas as empresas em um total de 600.000 mil euros por não cumprirem as regulamentações espanholas e europeias de proteção de dados. A AEPD decidiu que a troca de informações de usuários entre o Whatsapp e o Facebook produziu duas graves infrações à Lei Orgânica de Proteção de Dados: a primeira no fato de que o WhatsApp comunicou dados para o Facebook sem ter obtido um consentimento válido dos usuários e a segunda em razão de que o Facebook procedeu ao tratamento desses dados, para seus próprios fins, sem o devido consentimento dos usuários[24].

Nos casos acima narrados verifica-se a atitude das empresas supra citadas é um típico exemplo do uso do conglomerado o qual utiliza o seu suporte econômico para fazer aquisições no intuito de utilizar uma atividade para impulsionar a outra. Causa, assim, também prejuízos indiretos aos consumidores e à sociedade como um todo, ao fazer mal uso seu poder econômico.

Embora aparentemente não se tratem de empresas do mesmo ramo[25] - tanto que a aquisição foi liberada pelas agências antritruste, nos parece cristalino que muito interessa ao Facebook a aquisição dos dados existentes no Whatsapp tais como números de telefone, localização, fotos e conversas pessoais (as quais muitas das vezes não são objeto de conversas públicas no Facebook) para impulsionar o seu ramo publicitário; da mesma forma que interessa ao Whatsapp todos os dados existentes no Facebook, os quais serviriam tanto para inibir os possíveis concorrentes

---

[23] UE multa Facebook por informação incorreta na compra do WhatsApp. Tecnologia Uol. Disponível em: <https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/05/18/ue-multa-facebook-por-informacao-incorreta-na-compra-do-whatsapp.htm?cmpid=copiaecola> . Acesso em 08/06/2018.

[24] España multa con 600.000 euros a Whatsapp y Facebook por ceder y tratar datos personales sin consentimiento. La Vanguardia. Disponível em: < http://www.lavanguardia.com/tecnologia/20180315/441538195248/whatsapp-facebook-aepd-multa.html> . Acesso em 08/06/2018

[25] Isso uma vez que o Facebook é um aplicativo de rede social e obtém sua renda por meio de publicidade, sendo o Whatsapp um aplicativo de conversas intantaneas, não veiculando propaganda.

quanto para, caso algum dia comece a explorar a publicidade - visto que não há qualquer impedimento legal para tanto.

E é nesse sentir que discordamos dos autores que defendem que os dados são ubiguos, não rivais, de baixo custo e de fácil acesso[26]. A exemplo, como poderá uma empresa fora do Grupo Facebook obter dados de tão intensa qualidade e quantidade quanto os que foram adquiridos pelos 19 bilhões de dólares na aquisição do Whatsapp? E quando estes dados são adicionados aos demais dados já pertencentes anteriormente ao conglomerado? Isso porque, como já visto na prática, as empresas dentro do conglomerado transacionam, de forma exclusiva, os dados de uma para a outra.

É um bloqueio que jamais um provedor inicial conseguirá suplantar, por mais inovador que seja, inclusive porque, como vimos pelo rol crescente de aquisições, a Alphabet (bem como a grande maioria das plataformas digitais líderes de mercado) está fiscalizando bem de perto qualquer inovação passível de sucesso e dinheiro não faltará para adquiri-lo, caso seja possível.

Por outro lado, não queremos deixar de anotar que muito desse poder econômico foi alcançado por mérito da própria empresa, que evoluiu inicialmente em um cenário de demasiada concorrência, apresentando produtos inovadores que beneficiaram muitos consumidores, tendo para tanto dispendido muito esforço e capital próprio.

Entretanto, até que ponto este crescimento exponencial e contínuo foi e tem sido saudável? Saudável no sentido de que o crescimento traz benefícios aos produtores sem, no entanto, trazer malefícios aos consumidores, aos demais concorrentes e à sociedade como um todo. E, nesse teor, se não seria o caso de que as aquisições efetivadas pelas empresas de tecnologia não devessem passar pela análise do CADE, mesmo que os critérios de notificação hoje existentes (faturamento) não sejam atingidos? É o que discorreremos nos próximos tópicos, não sem antes trazer à tona a discussão a respeito da própria aplicação do direito concorrencial às empresas orientadas por dados.

[26] Vide Daniel Sokol e Rison Comerford (2016).

4. Da aplicação do Direito Concorrencial às empresas orientadas por dados

Partindo do pressuposto que o big data é considerado o insumo das empresas de maior porte mundial e que uma das principais estratégias empresariais para sua manutenção e expansão tem sido os atos de concentração, principalmente por aquisições de empresas menores, nos cabe discorrer sobre a análise destes atos de concentração sob a luz do Direito Concorrencial.

Na doutrina atual existem duas fortes correntes sobre o tema. Uma no sentido de que os agentes da concorrência não devem intervir nas questões que envolvem big data e outra de que essa intervenção deve ser ainda mais proativa. Maurice Stucke e Allen Grunes bem como Daniel Sokol e Rison Comerford redigiram dois textos expoentes sobre o tema, embora que quase totalmente antagônicos em suas conclusões.

Maurice Stucke e Allen Grunes (2015) abordam no texto intitulado "No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big data" apontamentos no sentido de que "A lei da concorrência desempenhará um papel fundamental para garantir que captemos os benefícios de uma economia baseada em dados e, ao mesmo tempo, reduzam seus riscos associados".

No sentido oposto, Daniel Sokol e Rison Comerford (2016) sugerem no artigo "Antitrust and Regulating Big data" que:

> A intervenção antitruste sobre as forças do mercado ameaça o bem-estar dos consumidores, especialmente os mercados em rápida evolução, e os remédios propostos, como limitar a coleta e uso de big data ou forçar grandes empresas a compartilhar com rivais, prejudicam a concorrência e a inovação.

Todavia, em um ponto todos os atores acima citados concordam: na prática, a análise das agências de concorrência no tocante às empresas guiadas pelo uso de dados ainda não está totalmente desenvolvida. STUCKE and GRUNES (2015) acrescentam ainda que as autoridades da concorrência estão apenas nos estágios iniciais do tema, justificando que estariam numa curva de aprendizado totalmente normal.

A respeito do comportamento das agências antitruste perante as empresas que utilizam o big data como insumo, MONTEIRO (2017, p. 61), após análise de casos selecionados, em especial na União Europeia, pôde identificar 03 (três) fases distintas de uma evolução gradativa do comportamento do regulador antitruste com relação à matéria, sendo a

primeira permeada pela "indiferença", a segunda pela "desconfiança" e a terceira pelo "desconforto"[27].

Sobre tema perfilhamos do entendimento dos autores, no sentido de que as agências antitruste ainda não conseguiram se adaptar totalmente a esse novo modelo de mercado, para o qual as normas de Direito da Concorrência clássicas precisam ser readequadas ou ao menos reinterpretadas.

Todavia, é imperioso que este aprendizado ocorra o mais rápido possível, uma vez que concordamos plenamente com Maurice Stucke e Allen Grunes (2015) no sentido de que a lei da concorrência desempenhará um papel fundamental para garantir os benefícios produzidos pelo uso do big data, porém minimizando os danos que possam ser causados pela sua má utilização.

4.1. Dos dados pessoais e a privacidade: Direito Concorrencial x Direito do Consumidor

Assim, partindo do ponto de que perfilhamos do entendimento de que é imperiosa a análise das agências antitruste sobre os atos de concentração perpetrado pelas empresas orientadas por dados, passada essa fase, há controvérsia no que diz respeito sobre se, em casos específicos sobre violação da privacidade, deveria ser aplicado o Direito Concorrencial ou o Direito do Consumidor.

Essa tem sido uma discussão recorrente, uma vez que o interesse e preocupação pela segurança e o destino das informações prestadas tem

---

[27] Conforme a autora: a) Indiferença: comportamento alheio aos impactos da exploração de big data para o processo competitivo e a metodologia aplicada na análise dos atos de concentração realizados em mercados onde os players exploram essa capacidade; b) desconfiança: fase inaugurada pelo caso Google/DoubleClick (em particular pelo voto dissidente proferido pela Conselheira Pamela J. Harbour, na FTC. Momento inicial em que questões relacionadas ao referido debate foram suscitadas e passaram a ser isoladamente pinçadas nas análises de concentrações econômicas que seguiram o referido precedente e c) desconforto: fase inaugurada a partir do caso Facebook/Whatsapp, onde foi feita uma análise mais apurada de questões que circundam o debate sobre concorrência e big data no contexto do controle de estruturas, em particular na decisão proferida pela Comissão Européia. Essa fase foi principalmente impulsionada pelos acontecimentos e investigações que sucederam esse caso. (MONTEIRO, 2017, p. 61).

aumentado ultimamente, principalmente após o caso de vazamento de informações do Facebook para a Cambridge Analitic [28].

Sobre o tema, Stucke e Grunes (2015) salientam que a privacidade não pode ser medida da mesma forma que o preço. São duas coisas completamente diferentes, uma vez que, pode ser mais difícil afastar um consumidor de um bem ou serviço sem preço do que aquele que ele ou ela paga.

Acrescentam que ser o serviço gratuito pode, na verdade, distorcer a avaliação que o consumidor faz das dimensões não relacionadas a preço da concorrência, como a qualidade do produto. Ao final sugerem que cabe sim a análise por parte dos agentes da concorrência, todavia estes devem coordenarem-se com funcionários de privacidade e proteção do consumidor[29].

No intuito de rebater diretamente as questões levantadas por Stucke e Grunes, Sokol e Comerford (2016) salientam que o direito antitruste não é equipado para lidar com problemas consumeristas, sendo que há falta de evidências fáticas de que grandes provedores diminuem qualidade para aumentar seus ganhos. Finalizam asseverando que os principais problemas alegados, relacionados ao big data, não são, portanto, questões antitruste, mas sim de direito do consumidor.

---

[28] Mais informações em "Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou o valor do Facebook e o colocou na mira das autoridades". Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751>. Acesso em 08/06/2018.

[29] São essas as questões que os autores entendem que devem ser objeto da coordenação entre as agências antitruste e as do direito do consumidor: 1. Identificar e compreender os danos potenciais ao consumidor decorrentes de uma economia baseada em dados, incluindo os danos que surgem devido à concorrência insuficiente; 2. Atualizar as ferramentas analíticas para serviços gratuitos para melhor prever e avaliar como fusões e restrições podem causar esses danos; 3. Compreender os atuais incentivos (e desincentivos) das empresas para competir e investir em tecnologias e serviços aprimorados para a privacidade e aprimorados; 4. Desenvolver uma estrutura que promova uma variedade de modelos de negócios, de modo que os consumidores informados tenham uma gama competitiva de opções que melhor correspondam aos trade-offs de privacidade envolvidos; e 5. Considerar sinergias (e potenciais ineficiências) nas leis de privacidade, proteção ao consumidor e concorrência para promover a concorrência, os interesses de privacidade dos consumidores e, em última instância, o bem-estar dos cidadãos.

Importante afirmar que esse tem sido, inclusive o teor das decisões da European Comission (EC) órgão antitruste da União Europeia (UE), no sentido de que quaisquer preocupações relacionadas com a privacidade decorrentes da concentração aumentada de dados não são abrangidas pelo âmbito de aplicação das regras da UE em matéria de Direito da Concorrência, mas no âmbito das regras de proteção de dados da UE (FIDELIS, 2017, p. 207)[30].

A nosso ver, embora os usuários estejam cada vez mais preocupados sobre qual fim terão seus dados pessoais, essa preocupação somente vem realmente à discussão quando há o mal uso desses dados, como no recente caso da influência dos dados pessoais e o provável resultado da eleição norte americana (Cambridge Analitic e Facebook).

Entretanto, cabe ressaltar que a privacidade talvez não possa nunca ser precificada de um modo geral, pois se trata de conceito extremamente subjetivo[31]. Desta feita, embora discordemos de Sokol e Comerford (2016) no sentido de que há falta de evidências fáticas de que grandes provedores diminuem qualidade para aumentar seus ganhos, perfilhamos do entendimento de que o Direito Concorrencial não deve se ocupar com questões afetas à violação da privacidade, visto que se trata, em verdade, de ramo do Direito do Consumidor.

Assim sendo, as questões de violação de privacidade ligadas às empresas de dados devem ser acompanhadas e fiscalizadas pelas

---

[30] Com relação às preocupações relacionadas à privacidade, FIDELIS (2017, p. 207) argumenta que: "As autoridades de concorrência poderiam reconhecer que: (i) os padrões de privacidade são uma preocupação crescente dos consumidores, um parâmetro cognoscível da concorrência e um fator de diferenciação da concorrência; (ii) onde os serviços são oferecidos gratuitamente, os consumidores podem se sentir forçados a aceitar padrões mais baixos de qualidade (ou seja, privacidade); (iii) o concurso de concorrência em matéria de privacidade implica uma falha de mercado (CMA, 2015) e; (iv) as autoridades de concorrência devem intervir quando a privacidade é uma dimensão relevante da concorrência e as escolhas dos consumidores são globalmente contidas".

[31] Até porque, muitos a têm como alto valor a ser preservado e já outros, como os participantes de reality shows (um bom exemplo seria a família Kardashian) a têm como uma verdadeira forma de gerar riqueza, porém, em sentido inverso, disponibilizando-a ao público. Em sendo assim, um terceiro dificilmente teria condições de medir e precificar o valor da privacidade de outro.

autoridades do Direito do Consumidor, principalmente quando do seu mal uso ou de seu uso totalmente ilícito[32].

Por outro lado, importante ressaltar que o entendimento acima não significa que a privacidade deva ser totalmente excluída da avaliação por parte das agências antitruste. Isso porque embora seja exceção, é sabido que do lado gratuito da plataforma, algumas pessoas entendem que o aumento da privacidade represente um acréscimo de eficiência e o seu decréscimo, uma perda de qualidade. Importante denotar que, embora hoje seja minoria, essa compreensão tem crescido cada vez mais[33].

Neste ponto, compartilhamos da sugestão de que as questões sobre privacidade e uso de dados pessoais devam ser levadas em consideração pelas agências antitruste apenas quando a sua diminuição ou acréscimo representar uma das dimensões competitivas, em outras palavras: nos casos em que a privacidade é tida como um fator diferenciador no mercado[34].

---

[32] Habermas, por sua vez, dita que o oposto da privacidade não é a publicidade, mas a indiscrição. A atualidade do entendimento é impressionante. Ao desvincular a privacidade como oposição ao público, abre-se a possibilidade para o exercício da privacidade em público, entendimento essencial à compreensão do que é privacidade contemporânea. No entanto cabe destacar que mesmo havendo a limitação voluntária do exercício da privacidade, a pessoa que optou por tal limitação não pode se ver despida de sua tutela. Um exemplo são as denúncias nos casos pornografia de vingança. CANCELIER. Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>. Acesso em 06/06/2018, p. 231.

[33] Segundo matéria publicada na CNBC, as atitudes em relação a dados pessoais e privacidade variam em todo o mundo. Embora, em média, 40% das pessoas estejam preocupadas com a quantidade de informações pessoais que uma marca tem sobre elas, isso aumenta para 50% ou mais em regiões como a Europa do Norte e Ocidental, América Latina e países asiáticos desenvolvidos, bem como os EUA. Disponível em: < https://www.cnbc.com/2017/10/17/60-percent-of-people-in-the-us-worry-about-privacy-and-brands.html>. Tradução própria.

[34] Um exemplo seria a comparação entre o site DuckDuckGo e o Google, no sentido de que o primeiro, assim como o Google, também é uma plataforma de buscas, sendo que o seu principal diferenciador é que o DuckDuckGo não coleta e nem arquiva os dados pessoais que não sejam estritamente necessários à realização do seu propósito, segundo normas por eles informadas em: <https://duckduckgo.com/about>. Acesso em 20/05/2018.

Desta feita, levando-se em consideração os aspectos acima tratados, notadamente, de que compete às agencias antitruste, por meio do Direito da Concorrência, a análise dos atos de concentração entabulados pelas empresas orientadas por big data (salvo exceções), dessa forma, cabe analisar no tópico seguinte de que forma o Brasil, por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - o CADE, tem tratado tais atos de concentração.

5. Do critério de notificação

Conforme dito, no Brasil o CADE é quem tem competência legal para analisar e autorizar previamente determinados atos de concentração econômica que preencham os requisitos estabelecidos na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011).

Ocorre que, como o título do presente artigo já demonstra, a grande maioria dos atos de concentração entabulados pelas empresas de dados não chegam a ser analisados pelo CADE. Isso se deve principalmente ao critério de notificação definido pelo artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, alterado pela Portaria Interministerial nº 994/2012.

De acordo com a mencionada norma, o ato de concentração econômica será de submissão obrigatória ao CADE se atingir "pelas partes e respectivos grupos econômicos envolvidos na operação" os critérios de faturamento ou volume de negócios total no país lá previstos.

Desta feita, no intuito de eleger os atos de concentração que estão sob o seu crivo, por meio da notificação ao CADE, o Brasil dispõe em sua legislação critério de notificação com parâmetro no faturamento das empresas ou do volume de negócios, assim como ocorre em demais jurisdições concorrenciais[35].

[35] Sobre quais os tipos de critérios de notificação que os Países têm adotado, ver anexo 1 "OECD - LOCAL NEXUS AND JURISDICTIONAL THRESHOLDS IN MERGER CONTROL - June 2016 - This document is an annex to the OECD Secretariat background paper DAF/COMP/WP3(2016)4 for Session V at the 123rd meeting of the OECD Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement on 14-15 June 2016".

5.1. Do histórico acerca do critério de notificação no Brasil

Anteriormente à Lei nº 12.529/2011, os critérios de notificação de atos de concentração eram estabelecidos pelo art. 54 da Lei nº 8.884/1994, que definia como critério de notificação a participação de empresa ou grupo de empresas "resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)".

Ocorre que, entre os atos aprovados com condições pelo CADE, cerca de 60% das restrições aplicadas estavam relacionadas a cláusulas de não concorrência, e não propriamente a efeitos econômicos decorrentes da concentração. Portanto, descontados os casos de restrições não relacionadas a mérito, o percentual de casos com restrições em relação ao total de casos notificados é consideravelmente menor. "É possível que uma disparidade de tal magnitude entre a quantidade de casos notificados e casos em que se verificam preocupações concorrenciais seja fruto da existência de um filtro excessivamente restrito para notificações de operações durante a vigência da Lei nº 8.884/9444 (CABRAL, 2014)".

Em outras palavras, o estabelecimento de valores de faturamento mais elevados por meio da Portaria Conjunta nº 994/2012 e da necessidade de também se aferir o faturamento registrado por uma segunda parte envolvida no ato de concentração ("segunda trava") buscou evitar que operações sem relevância do ponto de vista concorrencial fossem submetidas ao CADE (MONTEIRO, 2017).

Com o advento da Lei nº 12.529 no de 2011, os critérios de notificação passaram a ser regulados pelo seu art. 88, o qual além de aumentar os valores do faturamento bruto anual das empresas envolvidas na operação, também eliminou o critério de participação de mercado.

Esses patamares foram posteriormente ajustados pela Portaria Interministerial nº 94/2012 e atualmente são de notificação obrigatória os atos em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 750.000.000,00; e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 75.000.000,00.

Todavia, conforme alertado pela OCDE, em alguns casos, um critério simplesmente baseado em faturamento pode deixar de fora da apreciação do órgão concorrencial operações com impactos importantes no cenário competitivo, especialmente quando uma empresa incumbente adquire um pequeno entrante que considera um "data-driven innovator" ou mesmo o acesso a dados valiosos (OCDE, 2016a, p. 20 in MONTEIRO, 2017, pp 81-82).

Da mesma forma, a questão demanda preocupação entre os doutrinadores e os operadores do direito da concorrência, a título de exemplo, FRAZÃO (2018):[36]

> Certamente que uma das prioridades nessa seara deve ser o controle de estruturas. Em se tratando de mercados movidos ou influenciados pelo big data, mesmo aquisições pequenas podem ser concorrencialmente problemáticas, especialmente se realizadas por plataformas gigantes e tendo por objeto empresas que, a médio ou longo prazo, poderiam ser importantes rivais. Não se pode esquecer que os recursos do big data possibilitam àqueles que deles se utilizam mapear entradas e o crescimento de novos rivais com muita rapidez, a fim de criar estratégias anticompetitivas, seja para adquiri-los, seja para aniquilá-los.

Essa preocupação deriva do fato de que muitas operações efetivadas pelas empresas orientadas por dados não atingem esses critérios de notificação, o qual é também utilizado em vários países.

Podemos citar como exemplo o caso já aqui mencionado: a compra pelo Facebook do aplicativo de comunicações WhatsApp em 2014[37], o qual apresentava à época reduzido faturamento, não sendo

---

[36] FRAZÃO, Ana. Big data e concorrência: Principais impactos sobre a análise concorrencial (Parte 3).

Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-analise-concorrencial-2-07022018. Publicado em 7 de Fevereiro de 2018 no Portal Jota. Acesso em 22/09/2018.

[37] Case nº M.7217 – FACEBOOK / WHATSAPP (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Conquanto não atingissem os critérios da União Europeia, as partes envolvidas preenchiam os critérios nacionais de notificação em 03 (três) Estados-Membros com base em participação de mercado e, por isso, foi feita a opção pelo sistema de "one-stop-shop". Na Europa, revisão dos critérios de submissão de atos de concentração estabelecidos na legislação da União Europeia foi colocada sob consulta pública. Isso porque, entre outros motivos, thresholds baseados apenas

suficiente para atingir o critério de notificação previsto na legislação da União Europeia, muito embora o valor da transação pago pelo Facebook fosse de 19 (dezenove) bilhões de dólares.

Por fim, a operação somente foi analisada pelo órgão europeu em função do pedido do Facebook de revisão do ato de concentração pelo sistema de balcão único ("one-stop-shop"), por meio do qual a empresa evitaria a notificação da operação em múltiplas jurisdições da União Europeia com critérios distintos. (MONTEIRO, 2017, p. 82).

Outro exemplo de operação que não atingia os critérios de notificação aos órgãos antitrustes, neste caso os americanos, se trata do caso que envolveu a compra da empresa PowerReviews pela Bazaarvoice em junho de 2012[38]. À época ambas as empresas atuavam como concorrentes diretas no mercado nacional de plataformas de ranking e avaliação de produtos, que permitem que fabricantes e varejistas coletem, organizem e disponibilizem em seus sites avaliações de produtos feitas por consumidores para que seus pares possam tomar decisões de compra informadas, conhecendo o *feedback* do comprador anterior (MONTEIRO, 2017).

Entretanto, tendo em vista que a operação supracitada culminou na formação de um monopólio em um mercado caracterizado por elevadas barreiras à entrada, em janeiro de 2013, o DoJ[39] ajuizou uma ação civil contra a empresa Bazaarvoice com vistas à imposição de medidas para remediar os efeitos anticompetitivos da operação tendo, ao final, o DoJ e a Bazaarvoice firmado um acordo estabelecendo várias obrigações para aquela empresa, dentre elas, a alienação dos ativos tangíveis e intangíveis adquiridos da PowerReview, bem como os ativos adquiridos,

---

em faturamento podem não ser capazes de capturar concentrações em determinados setores, como o digital e o farmacêutico, onde o alvo pode ter um papel econômico relevante ou deter dados valiosos, fazendo com que a operação tenha elevado potencial lesivo ao processo competitivo (Informação disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html>. Acesso em: 10 de dezembro de 2017 In MONTEIRO, 2017, p. 82).

[38] Caso nº 13-cv-00133 WHO – BAZAARVOICE/POWERREVIEWS.

[39] DoJ – Department of Justice - USA

desenvolvidos, desenhados ou produzidos para o uso em conjunto com os ativos da empresa alvo[40].

Nesses termos, verifica-se que na prática o critério de notificação atual é inidôneo para tratar de questões concorrenciais que envolvam as empresas operadas por dados, ou data driven mergers, como também são conhecidas.

Nesse sentir é que os doutrinadores, bem como a própria OCDE, tem emitido opiniões acerca de possíveis soluções para o caso apresentado, até porque, não é somente no Brasil que as legislações concorrenciais ainda não estão adaptadas para lidar com as data driven mergers.

5.2. Da possibilidade de revisão do ato após um ano de sua consumação

Diante dos fatos acima narrados é que, dentre as preocupações a respeito do critério de notificação no Brasil e no mundo, soluções começaram a ser apresentadas e algumas delas efetivamente utilizadas em alguns países.

Todavia, primeiramente, cumpre falar que na legislação brasileira antitruste (Lei nº 12.529/2011) em seu no artigo 88, § 7º há a previsão de que o CADE pode requerer que atos de concentração que não preencham os requisitos legais (critérios de notificação) sejam notificados no prazo de até 1 (um) ano, a contar da data de sua consumação[41].

Assim, compartilhamos do entendimento que "no Brasil, enquanto não realizada uma reforma legislativa, o CADE poderia

---

[40] O acordo também estabeleceu o licenciamento, pelo prazo de 04 (quatro) anos, dos serviços de syndication da Bazaarvoice para que pudessem ser ofertados aos clientes do adquirente dos ativos, assim como o seu acesso a toda a tecnologia, know-how e direitos de propriedade intelectual necessários para a prestação dos referidos serviços. Além disso, foi definido que a Bazaarvoice deveria fornecer ao adquirente informações sobre os empregados envolvidos na produção, operação, desenvolvimento e venda dos ativos a serem desinvestidos, bem como permitir ao adquirente fazer ofertas de emprego, sem interferir nas negociações e executar cláusulas de non-compete. Evidentemente, o objetivo dessas medidas era possibilitar a entrada e o estabelecimento de um concorrente no mercado de PRRPs (EUA, 2014d in MONTEIRO, 2017).

[41] Art. 88, § 7º Lei nº 12.529/2011: É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo. (BRASIL, 2011).

perfeitamente se valer da sua competência prevista no artigo 88, § 7º, da Lei n. 12.529/2011, já que a lei lhe confere considerável discricionariedade para conhecer de operações que não atendam aos requisitos legais" (FRAZÃO, 2018).

Todavia, importante destacar, nas palavras de MONTEIRO (2017, p. 83), que a utilização dessa válvula como uma regra pode exigir esforços significativos do CADE para o monitoramento das transações realizadas no mercado – o que nem sempre é possível, dadas as constrições orçamentárias do órgão, ou eficiente –, além de suportar as conhecidas adversidades e distúrbios do controle *a posteriori* de atos de concentração. Ademais, essa situação poderia gerar insegurança jurídica e incerteza quanto à possibilidade de consumação de um determinado negócio jurídico, o que certamente não é desejável.

5.3. Do faturamento mundial como critério de notificação

No que diz respeito ao critério de faturamento para notificação ao CADE, importante denotar que até o ano de 2005, prevalecia, naquele tribunal o entendimento de que o montante previsto no artigo 54, § 3º, da Lei 8.884/94[42], deveria ser considerado a partir do faturamento mundial das empresas envolvidas, em função de que em um ambiente globalizado com a liberdade de capitais, o mercado nacional poderia ser afetado ainda que estes capitais transitassem em sua maioria no exterior.

Todavia, no ano de 2004, o Conselheiro do CADE Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em julgamento do no ato de concentração

[42]Art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94: Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Vide Medida Provisória nº 2.055-4, de 2000) (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000). Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011. BRASIL, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm. Acesso em 26/09/2018.

08012.002992/2004-14 em 2004[43], expôs em seu voto vencedor que o faturamento no montante previsto no artigo 54, §3º, da Lei nº 8.884/94, deveria se verificar pelo faturamento bruto anual das partes ou de seus grupos econômicos ocorridos dentro do território brasileiro.

O CADE posteriormente emitiu a Súmula nº 01 nos seguintes termos: "Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3o, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração[44]".

Importante considerar que a mencionada Súmula foi uma das responsáveis por conceder maior agilidade ao CADE, diminuindo significativamente o número de notificações àquele órgão, uma vez que, na dúvida, as empresas apresentavam todos os atos de concentração - muitos dos quais realmente não deveriam ser objetos de sua apreciação.

Todavia, verifica-se que se tratava, bem como ainda se trata, de uma questão de interpretação, uma vez que a norma brasileira ainda não deixa claro os critérios para a aplicação da lei nacional, vez que, atualmente, dita o art. 2º da Lei nº12.529/2011 que: "Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos" (grifo nosso. BRASIL, 2011).

Ademais, conforme consta do relatório elaborado pela OCDE (planilha 01 anexa), vários países consideram o faturamento global das empresas como critério para notificação de operações, tais como a França, a Finlândia, a Alemanha Argentina, a Suécia, a Suíça, a Holanda, a Dinamarca, os Estados Unidos da América, a Polônia, a Áustria, República Tcheca, o Canadá[45].

Nesses termos, uma solução interessante seria a revisão da mencionada súmula para que fosse possível a inclusão de uma exceção: os atos de concentração entabulados por empresas em que o big data é o insumo principal, cujos efeitos significativos possam ser sentidos no país,

---

[43] 146 AC 08012.002992/2004-14 (ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding, Inc.) de relatoria do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Ver mais em JORGE, 2017.

[44] Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/sumulas-do-cade/sumula-no-1-publicada-no-d-o-u-de-18-10-2005. Acesso em 26/09/2018. Grifo nosso.

[45] Ver anexo 01 ao final do texto.

podendo, inclusive, ser designado um valor inicial do faturamento mundial de uma das empresas envolvidas no ato de concentração ou ainda o valor da própria operação a ser objeto da notificação[46].

Assim, passaria o CADE a ter a possibilidade de analisar o ato de concentração previamente, e não posteteriormente, (conforme previsão existente no art. 88, §7º - vista no tópico anterior) dos atos cujos efeitos seriam expressos em território nacional.

Atentamos para o fato de que, conforme consta na tabela da OECD em anexo[47], vários países utilizam o critério do faturamento em suas duas vertentes, o mundial e o regional. A exemplo Alemanha, França, Áustria, Finlândia, Dinamarca, Colômbia, Índia e Ucrânia.

Como exemplo da utilização dos dois critérios na prática, citamos os casos da Áustria e Dinamarca

> Áustria:
>
> a) Volume de negócios mundial combinado de 300 milhões de euros; e (b) o volume de negócios mundial de cada uma das empresas é de 5 milhões de euros; e c) Volume de negócios interno combinado de 300 milhões de euros; e (d) existe um efeito doméstico.
>
> A Autoridade da Concorrência Federal declara que os as operações internacionais somente serão capturadas se tiverem um impacto direto e previsível no mercado austríaco.
>
> Dinamarca:
>
> Critério A - O volume de negócios mundial anual agregado de pelo menos uma das empresas em causa é de 3,8 mil milhões de

---

[46] A referida revisão é possibilitada pela previsão constante do parágrafo único do art. 105 do Regimento Interno do CADE - RICADE, o qual prevê que "O Presidente, qualquer dos Conselheiros, o Superintendente-Geral ou o Procurador-Chefe poderão propor a revisão da Súmula, sendo que a alteração ou supressão dos enunciados dependerá de aprovação por maioria absoluta do Plenário do Tribunal, observado o procedimento previsto no Art. 104".

[47] ANEXO 1 - OECD - LOCAL NEXUS AND JURISDICTIONAL THRESHOLDS IN MERGER CONTROL - June 2016 - This document is an annex to the OECD Secretariat background paper DAF/COMP/WP3(2016)4 for Session V at the 123rd meeting of the OECD Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement on 14-15 June 2016.

> DKK (510 milhões de euros) e o volume de negócios total anual de pelo menos uma das empresas em causa na Dinamarca é de, pelo menos, 3,8 mil milhões de DKK (510 milhões).
>
> Critério B - O volume de negócios anual combinado de todas as empresas em causa na Dinamarca é de, pelo menos, 900 milhões de DKK (c 121 milhões de euros) e o volume de negócios anual na Dinamarca de pelo menos duas das empresas em causa é de, pelo menos, 100 milhões de DKK (c. 13,5 milhões ou mais)[48].

Verifica-se assim, a possibilidade de coexistência dos critérios baseados em faturamento mundial e nacional.

5.4. Do valor da operação realizada e do valor de ativos

Outra possível solução para capturar fusões motivada pela aquisição de dados de um concorrente, de acordo com a OCDE (2016) é a incorporação de um limite adicional baseado no valor da transação, refletindo o alto preço que os compradores geralmente estão dispostos a pagar pelos ativos que estão adquirindo, como os dados. “Além disso, esses limites de transação poderiam ajudar as autoridades de concorrência a identificar aquisições preventivas destinadas a substituir possíveis inovadores disruptivos” (OCDE, 2016, traadução nossa).

No mesmo sentido, FRAZÃO (2018), após explanar que “obviamente que, para endereçar tais preocupações, o critério de notificação baseado no faturamento das duas partes é manifestamente inidôneo” sugere como novos parâmetros o valor da operação ou a própria envergadura do adquirente “vista obviamente não apenas a partir dos critérios tradicionais, mas sobretudo a partir do poder decorrente do big data e do big analytics”.

Na prática, importante denotar que a legislação da Alemanha recentemente passou a adotar critério adicional para a notificação de atos de concentração, o qual é baseado no valor da transação que está sendo realizada. Assim, nessa jurisdição, operações cujos valores excedam 400 (quatrocentos) milhões de Euros deverão ser notificadas para a autoridade de defesa da concorrência alemã, desde que certos critérios de faturamento sejam atingidos e a empresa alvo tenha atividades significantes nesse país (HORSTKOTTE; KREDEL, 2017 in MONTEIRO, 2017, p. 82).

---

[48] Idem.

Por sua vez, o México já utiliza o valor da transação como um dos critérios de notificação para transações que envolvam um ato (ou uma série de atos) no valor equivalente a 18 milhões de vezes o Salário Mínimo Geral vigente no Distrito Federal (GMW) que tenha efeito econômico direto ou indireto no território mexicano, independentemente de onde a transação é executada (cerca de MX $ 1.211 milhões)[49].

Nos Estados Unidos o valor da transação também é um dos critérios de notificação no sentido de que:

> Como resultado da aquisição, a pessoa que adquiriu deteria uma quantia agregada de títulos com direito a voto, participação não corporativa e / ou ativos da pessoa adquirida que excedesse US $ 312,6 milhões. Se, como resultado da aquisição, a pessoa adquirente mantiver uma quantia agregada de títulos com direito a voto, participações não corporativas e / ou ativos da pessoa adquirida inferiores a US $ 78,2 milhões, nenhum registro é necessário (ANEXO 1).

Ademais, critérios de notificação com base no valor do ativo também já existem, por exemplo no México, Estados Unidos, Rússia, Coréia do Sul, Ucrânia, Índia, Colômbia e Costa Rica. A OCDE reporta, no entanto, que a adoção desse tipo de critério não é tão comum e que, muitas vezes, ele é misturado com outros critérios, como faturamento e participação de mercado (OCDE, 2016c, p. 13 in MONTEIRO, 2017).

6. Conclusão

Importante destacar que não pretende de forma alguma o presente estudo criar ou ao menos incentivar um sentimento de “tecnofobia”. A internet e as plataformas digitais estão aí para mudar o mundo em que vivemos. Estamos na “quarta revolução industrial” (SCHWAB, 2016) ou na “terceira civilização - a cibernética” (COUTINHO, 1990, p. 35). E a grande maioria dessas mudanças com certeza serão, bem como já estão sendo, muito significativas positivamente para a humanidade.

No entanto, tomando para mim as palavras de Harari, em entrevista para o jornal espanhol *El Pais* (2016)[50], nesta tese fala-se mais

---

[49] Ver Anexo 1.

[50] Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/27/internacional/1477578212_336319.html>. Acesso em 30/08/2018.

dos riscos do que das vantagens da tecnologia, “porque acredito que é responsabilidade dos pensadores, historiadores e filósofos alertar para os perigos e buscar soluções, pois os engenheiros e os empresários já se encarregam de ressaltar as vantagens”.

Por isso é que se acredita que deve ser discutido sobre o crescimento extraordinário das plataformas que utilizam big data, cuja posição dominante faz surgir o temor (devidamente compreensível) de que usem o seu poder para proteger e aumentar ainda mais essa posição, mesmo ou principalmente em detrimento dos usuários/consumidores e dos demais concorrentes e empreendedores.

É fato também que os atos de concentração entre as empresas é demasiadamente corriqueiro no mundo empresarial. Todavia, questiona-se se os atos de concentração, como têm sido efetivados pelas plataformas online líderes de mercado, não estariam apresentando efeitos nocivos, tais como: a imposição de barreiras de entrada à novos competidores, a diminuição da concorrência, bem como da inovação no setor.

Assim, considerando a enorme potencialidade que as grandes empresas do setor de tecnologia têm para cumprir os temos acima citados conjugado com as multas recentes que estas empresas têm sido condenadas pelas agências antitruste perante vários países, entendemos que as normas de Direito da Concorrência devem melhor se adaptarem. E, nesse aperfeiçoamento não deve passar desapercebido o quanto o efeito do conglomerado daquela plataforma digital influenciará nas tomadas de decisões bem como servirá de aparato para todos os negócios daquele tipo de plataforma.

Isso porque devemos tentar construir um cenário onde seja possível o equilíbrio entre os benefícios proporcionados pela formação desse oligopólios ou ao menos de duopólios por parte das Big Tech e o seu contínuo crescimento - até então sem limites, e os danos que estão sendo provocados (bem como os que ainda serão, a longo prazo).

E, no nosso sentir, essa adaptação deve começar pelo critério de notificação. Importante denotar que, embora haja críticas quanto ao critério único de notificação com base no faturamento das partes ele elimina a subjetividade da análise, o que pode levar a um cenário de incerteza jurídica. Todavia, como construir esse cenário de equilíbrio quando, na prática, os atos de concentração entabulados pelas grandes empresas do ramo da tecnologia, embora sejam capazes de surtir efeitos significativos no nosso país, sequer atingem o critério de notificação do CADE?

Assim é que, no decorrer deste trabalho foi sugerida a revisão da Súmula nº 01 do CADE para que fosse possível a inclusão de uma exceção: os atos de concentração entabulados por empresas em que o big data é o insumo principal, cujos efeitos significativos possam ser sentidos no país, podendo, inclusive, ser designado um valor inicial do faturamento mundial de uma das empresas envolvidas no ato de concentração ou ainda o valor da própria operação a ser objeto da notificação. Ademais, outros dois critérios também poderão ser implementados: em razão do número de serviços prestados no país, pelo valor total do negócio efetivado entre as partes ou pelo valor dos ativos.

E, apesar de que muito há ainda de se ser feito pelo Direito da Concorrência e as agências antitruste, bem como pelos demais órgãos estatais, é sempre bom lembrar que o mundo é um reflexo de nós mesmos e mais importante do que esperar a atitude dos órgãos governamentais, por mais imprescindíveis que elas sejam, somos todos nós que estamos atribuindo este poder às plataformas digitais ao fornecer os nossos dados "gratuitamente.

Então algumas atitudes não muito complicadas já serviriam de reflexo. Devemos nos informar mais sobre as normas de privacidade dos aplicativos que são utilizados; utilizar as janelas privativas ou "sem registro"; repensar de que forma a plataforma de mídia social traz benefícios ou malefícios, isso só para citar poucos exemplos.

Isso porque, investigar e tomar medidas preventivas não é somente um privilégio das agências antitruste, mas também de todos nós. "O potencial da tecnologia é incrível. O desafio é saber usá-lo, porque também tem um lado escuro"[51].

Referências bibliográficas

ATHAYDE. Amanda. Concorrência, supermercados e plataformas de dois lados Supermercados como gargalos potenciais à concorrência? 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorrência-supermercados-e-plataformas-de-dois-lados-01022018> . Acesso em 18.06.2018.

[51] HAHARI, Noah Yuval. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/27/internacional/1477578212_336319.html. Acesso em 30/07/2018.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. Competition Law and Data. Disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf. Acesso em, 12 jun. 2018 8:55; p 04. Tradução própria.

BORK. Robert H. The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself. Ed. The Free Press. New York. 1993.

CABRAL. Patrícia Semensato. **Remédios antitruste em atos de concentração: uma análise da prática do CADE**. Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Economia do Setor Público - MESP, da Universidade de Brasília - UnB, como exigência parcial para obtenção do título de mestre, sob orientação do Prof. César Costa Alves de Mattos. 2014. Brasília.

CANCELIER. Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>. Acesso em 06/06/2018.

COUTINHO, Dirceu Maria. **Comércio Internacional sem censura**. São Paulo, 1990. Edições Aduaneiras.

FIDELIS, Andressa Lin. Data - driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition analysis. Revista da Concorrência nº 02. CADE, 2017.

FILHO. Calixto Salomão. Direito Concorrencial e as Estruturas. 3ª Ed. Malheiros, SP. 2007.

FORGIONI. Paula A. Os Fundamentos do Antiruste. 6ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. SP. 2013.

FRAZÃO, Ana. Big data e concorrência: Principais impactos sobre a análise concorrencial (Parte 3). Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-analise-concorrencial-2-07022018. Publicado em 7 de Fevereiro de 2018 no Portal Jota. Acesso em 22/09/2018.

HAHARI, Noah Yuval. Sapiens: uma breve história da humanidade. 21ª Ed. Porto Alegre, RS: L&PM, 2017.

JORGE. Mariana Sebalhos. 2017. Teoria dos Efeitos no Direito Concorrencial Brasileiro: Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Revista do Direito da Concorrência v. 05, n. 02. 2017.

LERNER, Andres V. The Role of “Big data” in Online Platform Competition 4–5 (2014), http://ssrn.com/abstract=2482780.

Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, Debunking the Myths over Big data and Antitrust, CPI ANTITRUST CHRON., May 2015, at 7.

MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. **Big Data e a Concorrência: uma avaliação dos impactos na exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas**. Rio de Janeiro, 2017, p. 77.

OCDE. Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. Disponível em: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf> Acesso em 0/10/2018.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 88.

ROCHET, Jean-Charles. TIROLE, Jean. PLATFORM COMPETITION IN TWO-SIDED MARKETS. European Economic Association. 2003. Pg. 990. Disponível em: http://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf. Acesso em 20/05/2018. Tradução própria.

SANDEL. Michael J. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado.

SCHWAB. Klaus. A quarta revolução industrial. Edipro. 1ª Ed. 2016. São Paulo.

STUCKE, Maurice E. GRUNES, Allen P. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big data.The Antitrust Source (April 2015). In http://ssrn.com/abstract=2600051. Acesso em 03/06/2018.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4ª ed. Cambridge: The MIT Press, 2005. In MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. **Big Data e a Concorrência**: uma avaliação dos impactos na exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas. Rio de Janeiro, 2017, p. 77. Dissertação para obtenção de grau de mestre apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas Área de concentração: Direito da Regulação Orientador: Prof. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

ANEXO 01

OECD - LOCAL NEXUS AND JURISDICTIONAL THRESHOLDS IN MERGER CONTROL - June 2016 - This document is an annex to the OECD Secretariat background paper DAF/COMP/WP3(2016)4 for Session V at the 123rd meeting of the OECD Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement on 14-15 June 2016.

Jurisdiction		Turnover		Assets		Value of Transaction	Market Shares	Exemptions	Residual Jurisdiction	Other
		Worldwide	Local	Worldwide	Local					
OECD and EU – Mandatory										
Austria		x	x	-	-	-	-	-	-	x
Belgium		-	x	-	-	-	-	-	-	-
Canada		-	x	-	x	-	-	-	x	x
Czech Republic	Threshold A	x	x	-	-	-	-	-	-	-
	Threshold B	-	x	-	-	-	-	-	-	-
Denmark	Threshold A	x	x	-	-	-	-	-	-	-
	Threshold B	-	x	-	-	-	-	-	-	-
Estonia		-	x	-	-	-	-	-	-	-
EU	Threshold A	x	x	-	-	-	-	-	-	x
	Threshold B	x	x	-	-	-	-	-	-	x
Finland		x	x	-	-	-	-	-	-	-
France		x	x	-	-	-	-	-	-	-
Germany		x	x	-	-	-	-	x	-	x
Greece		x	x	-	-	-	-	-	-	-
Hungary		x	x	-	-	-	-	-	-	-
Iceland		-	x	-	-	-	-	-	x	-
Ireland		-	x	-	-	-	-	-	x	-
Israel	Threshold A	-	x	-	-	-	-	-	-	-
	Threshold B	-	-	-	-	-	x	-	-	-
	Threshold C	-	-	-	-	-	x	-	-	-
Italy		-	x	-	-	-	-	-	-	x
Japan		-	x	-	-	-	-	-	x	-
Korea		x	x	x	x	-	-	-	x	-
Mexico	Threshold A	-	-	-	-	x	-	x	x	x
	Threshold B	-	x	-	x	-	-	x	x	-
	Threshold C	-	x	-	x	-	-	x	x	-
Netherland		x	x	-	-	-	-	-	-	-
Norway		-	-	-	-	-	-	x	x	x
Poland	Threshold A	x	x	-	-	-	-	-	-	-
	Threshold B	-	x	-	-	-	-	-	-	-
Portugal	Threshold A	-	x	-	-	-	-	-	-	-
	Threshold B	-	-	-	-	-	x	-	-	-
	Threshold C	-	x	-	-	-	x	-	-	-
Slovakia	Threshold A	x	x	-	-	-	-	-	-	-
Slovenia		-	x	-	-	-	-	-	-	-
Spain	Threshold A	-	x	-	-	-	-	-	-	-
	Threshold B	-	-	-	-	-	x	-	-	-
	Threshold C	-	-	-	-	-	x	x	-	-
Sweden		-	x	-	-	-	-	-	x	-
Switzerland	Threshold A	x	x	-	-	-	-	x	-	-
	Threshold B	-	x	-	-	-	-	x	-	-
	Threshold C	-	-	-	-	-	-	x	-	x
Turkey	Threshold A	X	x	-	-	-	-	-	-	-
	Threshold B	x	x	-	-	-	-	-	-	-
	Threshold C	-	x	-	-	-	-	-	-	-
United States	Threshold A	-	-	-	-	x	-	x	x	x
	Threshold B	x	-	x	-	x	-	x	x	x

Jurisdiction		Turnover		Assets		Value of Transaction	Market Shares	Exemptions	Residual Jurisdiction	Other
		Worldwide	Local	Worldwide	Local					
OECD – Non-Mandatory										
Australia		-	-	-	-	-	-	-	-	x
Chile		-	-	-	-	-	-	-	-	x
New Zealand		-	-	-	-	-	-	-	-	x
United Kingdom	Threshold A	-	x	-	-	-	-	-	-	-
	Threshold B	-	-	-	-	-	x[1]	-	-	-
Non-OECD										
Brazil		-	x	-	-	-	-	-	x	x
Bulgaria		-	x	-	-	-	-	-	-	-
People's Republic of China	Threshold A	x	x	-	-	-	-	-	x	-
	Threshold B	-	x	-	-	-	-	-	x	-
Colombia		x	x	x	x	-	-	-	-	x
Costa Rica	Threshold A	-	-	x	-	-	-	-	-	x
	Threshold B	-	x	-	-	-	-	-	-	x
Egypt		-	x	-	-	-	-	-	-	-
India	Threshold A	-	x	-	x	-	-	x	-	-
	Threshold B	-	-	x	x	-	-	x	-	-
	Threshold C	-	x	-	x	-	-	x	-	-
	Threshold D	x	x	x	x	-	-	x	-	-
Indonesia		-	x	-	x	-	-	-	x	-
Latvia	Threshold A	-	x	-	-	-	-	-	-	-
	Threshold B	-	-	-	-	-	-	x	-	-
Lithuania		x	x	-	-	-	-	-	x	-
Malta		-	x	-	-	-	-	-	-	x
Peru		*N/A (Peru has no generalised ex ante merger control system)*								
Romania		x	x	-	-	-	-	-	-	-
Russian Federation	Threshold A	-	-	x	-	-	-	x	-	-
	Threshold B	x	-	x	-	-	-	x	-	-
	Threshold C	-	-	-	-	-	x	x	-	-
South Africa	Threshold A	-	x	-	x	-	-	-	x	-
	Threshold B	-	x	-	x	-	-	-	x	-
	Threshold C	-	-	-	-	-	-	-	x	x
Chinese Taipei	Threshold A	-	x	-	-	-	-	-	-	-
	Threshold B	-	-	-	-	-	x	-	-	-
	Threshold C	-	-	-	-	-	x	-	-	-
Ukraine	Threshold A	x	x	x	x	-	-	-	-	-
	Threshold B	x	x	-	-	-	-	-	-	-

1 The share of supply test is not a market share test: it is not necessary to define the relevant product and geographic markets in order to assess whether the share of supply test is satisfied. The share of supply corresponds simply to a particular category of goods or services, regardless of whether that category would form a relevant product market for market analysis purposes. It is not unusual for the economic market definition to be different from the category of goods or services by reference to which the share of supply test is assessed. Note that the test also relates to a share of 25 per cent of purchases being created or enhanced, as well as supplies. Where there is no aggregation of share, the share of supply test will not be satisfied.

5. SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E GUERRA FISCAL: CONTRIBUTOS DO DIREITO ANTITRUSTE EUROPEU

5. BRAZILIAN COMPETITION DEFENSE SYSTEM AND FISCAL WAR: CONTRIBUTIONS OF EUROPEAN ANTITRUST LAW

Thiago Holanda González

Resumo: *State aids* são auxílios concedidos por entes públicos ou com recursos públicos que de alguma forma ameacem a concorrência por conferirem ao beneficiário vantagens em bases seletivas. Trata-se de uma das vertentes de atuação da autoridade antitruste europeia. Por isso, o trabalho analisa a expertise institucional e a produção jurídica sobre o assunto na Europa. Em seguida, debruça-se sobre as possibilidades e os limites de atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) em relação a essas medidas, com ênfase nos incentivos fiscais concedidos por Estados da Federação que constituem o que se convencionou chamar de "guerra fiscal".

Palavras-chave: Antitruste. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). *State aid*. Guerra fiscal.

Abstract: State aids are granted by public entities or public resources that in some way threaten the competition by giving the beneficiary advantages on a selective basis. This is a branch of action of the European Comission. Therefore, the paper analyzes institutional expertise and legal production on the theme in Europe. It then looks at the possibilities and the limits of action of the Brazilian Antitrust System bodies in relation to these measures, with emphasis on the fiscal incentives granted by brazilian states that constitute what is known as the "fiscal war".

Keywords: Antitrust. Brazilian Antitrust System. State aid. Fiscal war.

1. Introdução

Ao longo dos anos, a noção de que o direito antitruste se destina, exclusivamente, aos atores privados ou, quando muito, também aos agentes estatais participantes do mercado em regime concorrencial, tem sido deixada para trás. Cada vez mais se percebe que as diversas espécies

de atos governamentais podem produzir efeitos anticompetitivos, o que tem levado as autoridades de defesa da concorrência e os juristas engajados com o tema a repensar as fronteiras entre o antitruste e o Estado. O presente trabalho se propõe a explorar um desses pontos de tensão: a concessão de incentivos fiscais dotados de características que implicam a produção de efeitos nocivos ao mercado interno e ao ambiente competitivo. A legislação antitruste europeia insere essa conduta em um conceito mais amplo, mas bem delimitado, de *state aid*, conferindo competência à *European Comission*, para que efetue o controle dessas medidas quando adotadas pelos estados-membros. Há, portanto, uma relevante expertise institucional e uma importante produção acadêmica quanto ao tema, o que nos instiga a conhecer a experiência europeia e a explorar os pontos de contato com problemas correlatos observados no direito brasileiro. Refere-se, aqui, sobretudo a benefícios fiscais concedidos pelos Estados da Federação, muitas vezes de modo unilateral, com considerável impacto no mercado interno e no ambiente concorrencial brasileiro, no que se convencionou chamar de "guerra fiscal".

O estudo é dividido em três partes. Na primeira delas, busca-se apresentar o processo de evolução do direito antitruste, em nível global, até a assimilação de questões de interesse público e do controle de atos estatais. Ainda, o tópico traz o conceito de *state aid* desenvolvido pelo direito europeu. Na segunda parte, pretende-se aprofundar a forma como se dá a atuação da autoridade antitruste europeia no controle dos *state aids*, tanto no aspecto procedimental quanto no aspecto substantivo. Na terceira parte, volta-se a análise ao caso brasileiro. Enfatizam-se os desequilíbrios ao mercado interno que podem ser causados por incentivos fiscais que não levem em consideração a concorrência. Avaliam-se, ainda, as possibilidades e os limites que permeiam o direito antitruste no Brasil, em seu arranjo institucional e em seu aspecto material, para o controle dessas medidas.

2. Contextualização e conceito de *State Aid*

Ao buscar uma linha de evolução do fenômeno da concorrência, Paula Forgioni identifica três passos principais. O primeiro deles refere-se à determinação de regras para o comportamento de agentes econômicos no mercado por razões práticas, com o objetivo de obter resultados eficazes e imediatos por intermédio da eliminação de distorções tópicas. O segundo consiste na regulamentação do comportamento dos agentes econômicos

como contraponto a um sistema de produção entendido como ótimo, com o intuito de preservar a própria estrutura do sistema por meio da proteção do mercado contra seus efeitos autodestrutíveis. Já o terceiro passo agrega à função de preservação do sistema de mercado a compreensão da regulamentação da concorrência como instrumento de implementação de uma política pública (FORGIONI, 2005, p. 32-33). A noção de concorrência-instrumento foi aprofundada após o segundo pós-guerra, sobretudo com o desenvolvimento de ferramentas jurídicas que viabilizaram a criação do mercado comum europeu. Nesse sentido, afirma Paula Forgioni (2005, p. 93):

> A União Europeia, tal como hoje existe, não teria sido alcançada sem a implementação de política concorrencial consistente. Assim, as normas que disciplinam a competição são utilizadas para atingir fins maiores, tendentes à implementação dos objetivos postos pelo art. 2º do Tratado CE.

A sistematização do desenvolvimento do fenômeno da concorrência acima citada dialoga, de certa forma, com a contextualização histórica trazida por Eleanor M. Fox e Deborah Healey. As autoras destacam que, embora o direito antitruste estadunidense tenha sido concebido, no final do século XIX, como uma disciplina designada a controlar atos anticompetitivos de agentes privados, houve uma mudança de percepção trazida por transformações no mundo, de modo que os princípios do direito antitruste alargaram-se para uma noção de *"competition law and policy"*, passando a contemplar também condutas estatais que de alguma forma impactem na concorrência (FOX; HEALEY, 2013, p. 3-4).

Fox e Healey (2013, p. 4-7) apontam cinco marcos históricos e intelectuais que contribuíram significativamente para a redefinição de fronteiras entre mercado e estados: (i) Tratado de Roma (1957), que estabeleceu uma comunidade econômica europeia e criou o mercado único como um pressuposto para a paz na Europa; (ii) GATT e OMC (1980s-1990s), que gerou sinergias entre o controle de restrições comerciais estatais e privadas; (iii) queda do muro de Berlim (1989), que iniciou um processo de ingresso de economias até então fortemente estatizadas no sistema de economia de mercado, fazendo com que o direito antitruste tivesse que se reformular para albergar, de algum modo, determinados atos de estados, de agentes públicos e de sociedades empresárias estatais; (iv) a literatura desenvolvida para interpretar as transformações por que passava o direito antitruste com as novas configurações geopolítica e do mercado

e; (v) jurisdições como China e Rússia, que designaram suas legislações antitruste para avançar sobre atos estatais anticompetitivos.

Em decorrência da tensão entre a soberania dos estados-membros da União Europeia e a necessidade de observância de regras que permitissem o funcionamento do mercado comum europeu, coube ao direito comunitário institucionalizar um conceito de *state aid* e endereçar a preocupação de sua autoridade antitruste para esse tema. No próximo tópico se buscará aprofundar o tratamento dado pelo direito europeu à matéria, com a apresentação de procedimentos, exceções e exemplos. Por ora, restringimo-nos a delimitar o conceito de *state aid*, o que possibilitará uma construção mais segura das reflexões vindouras do trabalho[1]. Diz o Art. 107 do TFEU (ex-Article 87 TEC):

> Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market.

O conceito acima transcrito permite-nos apontar as características que devem estar presentes na conduta para que se esteja diante de um *"state aid"* e para que assim se possam atrair as imposições e as consequências previstas na legislação antitruste europeia. Inicialmente, deve-se tratar de uma *intervenção estatal* ou de uma *intervenção através de recursos estatais*. A *European Comission*, em texto informativo constante de seu *site* oficial (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html), destaca que tais intervenções podem assumir variadas formas como, por exemplo, subvenções, juros reduzidos, isenções fiscais, oferecimento de garantias, participações governamentais em empresas, no todo ou em parte, e fornecimento de bens e de serviços em termos preferenciais. Além

---

[1] Trabalho da *"Monopolkommission"*, autoridade antitruste alemã, destaca os diversos usos práticos que têm sido atribuídos ao termo *"state aid"*. Na elaboração de contas nacionais pelo *"German Federal Statistical Office"* e, portanto, para fins de política fiscal, utiliza-se um conceito restrito, que apenas considera *"state aid"* subsídios financeiros positivos (transferências monetárias) para empresas. Já o *"Kiel Institute für Weltwirtschaft"*, por exemplo, segue um entendimento de que todas as vantagens que são distorcidas pela alocação de recursos macroeconômicos devem ser consideradas *"state aids*" (GERMAN, 2008, p. 2).

disso, a intervenção deve conferir ao beneficiário uma vantagem em bases seletivas. Nos termos colocados pela *"Monopolkommission"* (GERMAN, 2008, p. 2), autoridade antitruste da Alemanha, é necessário que a conduta favoreça certas companhias ou processos produtivos de determinados bens, ou seja, que crie uma vantagem econômica para o favorecido. Desse modo, deve haver um efeito seletivo, sem o qual não se estará diante de *"state aid"*. Por fim, é necessário que a intervenção distorça ou ameace distorcer a concorrência e, ainda, que tenha a capacidade de afetar o comércio entre estados-membros.

Os motivos para a concessão de *state aids* são diversos. Estudo da *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) destaca algumas dessas razões: (i) incentivar o crescimento de novas indústrias (política industrial ofensiva), especialmente em países em desenvolvimento; (ii) compor uma política industrial defensiva, por meio de desonerações e de créditos subsidiados para a indústria doméstica; (iii) encorajar atividades que produzam externalidades positivas, como incentivos à produção de energia renovável e de pesquisa e desenvolvimento, bem como ao investimento em determinadas regiões e; (iv) atrair investimentos, sobretudo de empresas estrangeiras (OECD, 2010, p. 17-18).

Percebe-se, assim, que os *state aids* constituem instrumento de intervenção do estado na economia. Eros Roberto Grau destaca que a expressão intervenção expressa atuação do estado em área de titularidade do setor privado. Nesse sentido, a intervenção pode se dar (a) por absorção ou participação, (b) por direção ou (c) por indução (GRAU, 2008, p. 91). Interessante observar que o conceito e que os exemplos acima apontados indicam que os *state aids* podem estar relacionados a quaisquer das modalidades interventivas classificadas pelo autor.

Por se tratarem de ferramenta de intervenção com múltiplas conformações e com variados objetivos de que podem lançar mão diversas esferas de governo, os *state aids* trazem desafios para a construção de um sistema institucional de avaliação e de controle. Isso justifica a grande heterogeneidade existente entre os sistemas de controle, tanto em níveis nacionais quanto em níveis supranacionais (OECD, 2010, p. 16). Percebe-se que subsídios específicos para setores da indústria podem ser o ponto central de uma determinada política industrial ou de comércio exterior; desonerações fiscais seletivas para empresas ou produtos, por sua vez, podem ser um elemento importante de uma política tributária; incentivos para a inovação e para produção de energia limpa podem ser instrumento de uma política ambiental. Todavia, em todos esses casos, sobressai-se a

possibilidade de controle de *state aids* sob o enfoque concorrencial, haja vista que seus destinatários são agentes de mercado e que a seletividade desses instrumentos pode gerar distorções competitivas prejudiciais ao consumidor, sem que sequer contribuam para a realização de um interesse público[2].

Nesse sentido, várias jurisdições de defesa da concorrência exercem algum tipo de controle sobre *state aids*, ainda que não haja em todas elas um conceito preciso acerca da conduta e uma sistematização quanto ao procedimento e ao método de avaliação. Na maioria dos casos, a competência da autoridade antitruste está prevista de forma fragmentada, por meio da previsão de atuação em relação a determinados atos estatais. Na Rússia, a legislação antitruste é voltada não apenas a empresas, mas a autoridades executivas de estado, o que constitui a base para o controle de *state aids* naquele país. A China inclui em sua legislação antitruste proibições contra certas formas de abuso de poder administrativo que eliminem ou restrinjam a competição. A descrição das condutas contempla algumas das quais se inserem no conceito europeu de *state aid*. Ainda, muitos países, como Austrália, Hungria, Peru e Noruega[3] possuem leis que preveem um princípio de neutralidade concorrencial aplicável às agências governamentais e às empresas estatais (OECD, 2010, p. 23-24).

---

[2] Timothy J. Muris defende que o objetivo do antitruste é a proteção ao consumidor. O autor assume uma posição segundo a qual o direito antitruste deve cuidar intensivamente da manutenção da efetividade da competição e demonstrar indiferença em relação às identidades ou à sorte dos participantes individuais de um mercado. Destaca, ainda, a necessidade de as autoridades antitruste levarem em consideração os efeitos dos atos governamentais (MURIS, 2005, p. 169-170). Embora se possa discordar de uma perspectiva segundo qual o direito antitruste pauta-se, unicamente, pela garantia de eficiência dos mercados para assim evitar aumento de preços e, consequentemente, danos ao consumidor, é importante destacar que essa visão comporta a necessidade de atuação da autoridade antitruste sobre atos estatais. Por outro lado, Vinícius Marques de Carvalho entende que não há uma incompatibilidade *a priori* entre política industrial e antitruste, bem como que o controle de concentração pela autoridade antitruste, por exemplo, pode fazer parte de uma discussão industrial mais ampla (CORDOVIL; CARVALHO; BAGNOLI; ANDERS, 2011, p. 28). Esse ponto de vista também abre espaço – talvez de forma mais explícita –, para a possibilidade de *state aids* serem objeto de preocupação do direito antitruste.

[3] Apesar da referência da Nota da OECD ao caso Brasil, juntamente aos demais países citados, o caso brasileiro será objeto de tópico próprio no presente trabalho.

Nesse tópico foi apresentado o contexto em que se insere a análise concorrencial de *state aids*, bem como o conceito dessa conduta. Na sequência do trabalho, exploraremos com maior profundidade o tratamento conferido ao tema pela União Europeia, destacando o procedimento de controle adotado pela *European Comission* e como o direito comunitário europeu buscou distinguir a vedação a *state aids* enquanto prática anticompetitiva de intervenções estatais legítimas.

3. *State aid* no direito antitruste europeu

Como referido no tópico anterior, a União Europeia procurou sistematizar um procedimento de controle de *state aids*, haja vista a importância de se impedirem condutas de estados-membros que desestabilizassem a concorrência no mercado comum europeu. Vale lembrar que, para que incida a proibição do Art. 107 do TFEU, além de ser seletiva e discriminatória, a vantagem concedida por meio de uma intervenção estatal ou com recursos estatais deve afetar o comércio entre estados-membros.

O primeiro ponto a se destacar no procedimento europeu é que o controle se dá a partir de notificação da *European Comission* previamente à concessão ou à alteração de benefícios que possam ser enquadrados como *state aids. S*omente depois de autorizada a medida o estado-membro poderá efetivá-la. Para garantir a autoridade da decisão da Comissão, os estados-membros interessados podem recorrer diretamente à *Court of Justice of the European Union*. É o que se se depreende do Art. 108 (2) e (3) do TFEU:

> (2) If, after giving notice to the parties concerned to submit their comments, the Commission finds that aid granted by a State or through State resources is not compatible with the internal market having regard to Article 107, or that such aid is being misused, it shall decide that the State concerned shall abolish or alter such aid within a period of time to be determined by the Commission.
>
> If the State concerned does not comply with this decision within the prescribed time, the Commission or any other interested State may, in derogation from the provisions of Articles 258 and 259, refer the matter to the Court of Justice of the European Union direct.
>
> […]

> (3) The Commission shall be informed, in sufficient time to enable it to submit its comments, of any plans to grant or alter aid. If it considers that any such plan is not compatible with the internal market having regard to Article 107, it shall without delay initiate the procedure provided for in paragraph 2. The Member State concerned shall not put its proposed measures into effect until this procedure has resulted in a final decision.

Além da análise prévia das propostas, o Art. 108 (1) dispõe que a *European Comission*, em cooperação com os estados-membros, procederá ao exame permanente dos regimes de auxílios estatais existentes, podendo, ainda, propor medidas adequadas, que sejam exigidas pelo desenvolvimento progressivo ou pelo funcionamento do mercado interno. Por meio da edição do *Council Regulation (EU) nº 734/2013*, o Conselho da União Europeia regulamentou o dever de colaboração de entidades beneficiárias de *state aids* e de estados-membros para a avaliação das medidas pela *European Comission*. Destaca-se o item (2) do regulamento:

> In order to assess the compatibility with the internal market of any notified or unlawful State aid for which the Commission has exclusive competence under Article 108 of the TFEU, it is appropriate to ensure that the Commission has the power, for the purposes of enforcing the State aid rules, to request all necessary market information from any Member State, undertaking or association of undertakings whenever it has doubts as to the compatibility of the measure concerned with the Union rules, and has therefore initiated the formal investigation procedure. In particular, the Commission should use this power in cases in which a complex substantive assessment appears necessary. In deciding whether to use this power, the Commission should take due account of the duration of the preliminary investigation.

O panorama normativo acima trazido deixa clara a importância conferida pela União Europeia para o controle de *state aids*. Os auxílios estatais, quando, sendo seletivos e discriminatórios, prejudiquem o ambiente competitivo e afetem o comércio entre estados-membros, são vistos como fatores de desestabilização do mercado comum europeu, de modo que se conferem rígidos poderes à autoridade antitruste para investigá-los, inclusive por meio da aplicação de multas às empresas que se recusarem a atender os pedidos de informações que lhe forem dirigidos [*Council Regulation (EU) nº 734/2013, (7)*].

Sob o prisma meritório da análise dos *state aids*, sobressaem-se preocupações relacionadas aos efeitos dos auxílios sobre o ambiente

competitivo. Estudos sobre o tema indicam diversos impactos que podem ser apontados: custos de oportunidade; perdas de bem-estar geradas pela necessidade de criar tributos em áreas não beneficiadas pela medida; alocação ineficiente de recursos; manutenção artificial de empresas ineficientes, dificultando o ingresso e a permanência no mercado de empresas mais eficientes; entre outros (GERMAN, 2008, p. 4). Ainda, a criação de uma cultura de auxílios pode gerar uma expectativa em determinados setores ou em certas empresas de que serão socorridas caso se vejam em dificuldades. Desse modo, há um relaxamento nas práticas de gestão e um encorajamento à realização de empreendimentos de risco. Por outro lado, como os benefícios são concedidos por intermédio de iniciativas políticas, as empresas e os setores tendem a investir cada vez mais em *rent-seeking*, gerando um sistema cíclico à margem da eficiência alocativa (OECD, 2010, p. 34).

Não obstante, a legislação europeia prevê situações em que os *state aids* são compatíveis com o mercado comum e outras em que tais condutas podem ser consideradas compatíveis. Tratam-se de medidas de natureza social, de recuperação econômica, de desenvolvimento regional, de promoção à cultura e à conservação do patrimônio, de remédio a danos causados por calamidades, entre outras. Acompanha-se o teor do Art. 107 (2) e (3) do TFEU:

> 2. The following shall be compatible with the internal market:
>
> (a) aid having a social character, granted to individual consumers, provided that such aid is granted without discrimination related to the origin of the products concerned;
>
> (b) aid to make good the damage caused by natural disasters or exceptional occurrences;
>
> (c) aid granted to the economy of certain areas of the Federal Republic of Germany affected by the division of Germany, in so far as such aid is required in order to compensate for the economic disadvantages caused by that division. Five years after the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Council, acting on a proposal from the Commission, may adopt a decision repealing this point.
>
> 3. The following may be considered to be compatible with the internal market:
>
> (a) aid to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious

> underemployment, and of the regions referred to in Article 349, in view of their structural, economic and social situation;
>
> (b) aid to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State;
>
> (c) aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest;
>
> (d) aid to promote culture and heritage conservation where such aid does not affect trading conditions and competition in the Union to an extent that is contrary to the common interest;
>
> (e) such other categories of aid as may be specified by decision of the Council on a proposal from the Commission.

Para a *Monopolkommission*, a supervisão de *state aids*, conquanto regulada pela legislação antitruste, não deve fechar os olhos para aspectos de política social e distributiva: *"Beside aspects of competition policy social and distribution policy aspects also play an important part. In judging an aid the European Comission must weigh these aspects against each other as well as considering the effects on competition"* (GERMAN, 2008, p. 3). Portanto, o procedimento de avaliação desses auxílios, além de considerar impactos competitivos no mercado comum europeu, leva em consideração razões de interesse público, algumas das quais já previamente referidas na legislação. A justificativa mais frequente para a concessão de benefícios estatais reside na tentativa de correção de falhas de mercado de diversas naturezas, como a realização de uma distribuição de renda que seja considerada justa ou politicamente desejável, a manutenção de empregos e, sobretudo, a expectativa de que sejam geradas externalidades positivas por determinadas atividades beneficiadas, cujo valor social excede seu valor privado (OECD, 2010, p. 38). Considerada a complexidade da avaliação de *state aids*, dada a multiplicidade de fatores envolvidos e de ângulos de atuação possíveis, interessa-nos perquirir como se dá o processo decisório da *European Comission* no controle dessas condutas.

De acordo com Damien Neven e Vincent Verouden (2008, p. 2-3), a partir dos anos 2000, uma série de passos foram sendo adotados para melhorar gradualmente a efetividade dos *state aids* e de seu controle, para obter melhor equilíbrio entre os custos e os benefícios dessas medidas. Os autores destacam que, em junho de 2005, a *European Comission* publicou

o documento "*State Aid Action Plan, less and better targeted State aid*", no qual apresenta um projeto de reforma para os *state aids* no período compreendido entre 2005 e 2009. Esse plano introduz o ***balancing test*** como estrutura conceitual para a análise de casos de *state aid*. Neven e Verouden (2008, p. 7) assim descrevem o teste:

> In essence, this test asks (i) whether the State aid addresses a market failure or other objective of common interest; (ii) whether there is an incentive effect (i.e. whether the aid affects the behaviour of the recipient in a way which meets the objective) (iii) whether the aid leads to distortions of competition and trade and (iv) whether given the magnitude of the positive and negative effects, the overall balance is positive.

A metodologia do *balancing test* deve ser vista dentro de um espectro mais amplo do que se convencionou chamar na Europa de *More Economic Approach (MEA)*. Trata-se de uma série de modificações de ordem institucional e metodológica para análise de estruturas e de condutas pela autoridade antitruste, ocorridas na primeira década dos anos 2000.

Anne C. Witt (2013, p. 3) destaca que no ano de 2002, entre junho e outubro, a *General Court* anulou pelo menos três decisões da *European Comission* na área de controle de fusões. A autora cita, entre outros, o caso *Airtours vs. Comission*, em que a Corte considerou que a decisão proibitiva da Comissão foi "particularmente elíptica" na descrição da situação concorrencial e continha erros de avaliação, por ser incompatível com a teoria econômica e insuficientemente apoiada em evidências. Quanto às mudanças na organização, escreve a autora (WITT, 2013, p. 4):

> Two weeks after the General Court handed down its last judgment in the series of three, the Commissioner for Competition announced significant changes to the Commission's approach to EU merger control. He dissolved the Merger Task Force and reintegrated its personnel into DG Competition's industry-specific sections. He also accelerated the recruitment of industrial economists to enhance the Directorate General's economic capabilities, and established the position of Chief Economist at DG Competition, to guide and assist future case teams in their day-to-day work.

Às alterações de ordem institucional somaram-se reformas de natureza substantiva no controle de fusões. Foi introduzida uma política concorrencial que seria baseada em "princípios econômicos sólidos" e "rigorosa análise econômica e econométrica" (WITT, 2013, p. 4-5). Annette Jürgensen (2015, p. 20) identifica nessa visão forte influência do

pensamento desenvolvido nos anos 1980 pela Escola de Chicago, com a adoção de uma visão da concorrência com base em conceitos orientados para a maximização da eficiência. A nova abordagem influenciou a interpretação da *European Comission* acerca dos Arts. 101 e 102 do TFEU e irradiou-se para outras áreas de atuação da Comissão[4], como o controle de *state aids*.

Entre 2012 e 2014, a análise de *state aids* passou por uma nova reforma, que teve como principal característica centrar a ação da Comissão nas medidas mais distorcivas, de modo a aliviar, tanto quanto possível, os estados-membros da carga administrativa de notificar todos os *state aids*, independentemente de sua dimensão e de seu impacto no mercado interno (NICOLAIDES, 2016, p. 1). Com efeito, segundo a comunicação da Comissão sobre a autoproclamada *State Aid Modernisation* (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012DC0209&from=EN), são três os objetivos principais da reforma: (i) promover o crescimento em um mercado interno reforçado, dinâmico e concorrencial; (ii) concentrar o controle nos processos que produzem maior impacto no mercado interno e; (iii) simplificar as regras e acelerar o processo de tomada de decisões.

Phedon Nicolaides (2016, p. 3-4) observa que a peça central da modernização é o *General Block Exemption Regulation* (GBER). Trata-se de categorias de auxílios reconhecidas previamente como compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos Arts. 107 e 108 do TFEU, e que, consequentemente, dispensam a notificação à Comissão. Ao avaliar os resultados até então obtidos pelas alterações promovidas, destaca que aproximadamente 90% (noventa por cento) de todos os *state aids* implementados por estados-membros passaram a se basear no GBER, o que impactou positivamente na rotina de análise de casos pela Comissão. Não obstante, o autor identifica pelo menos três efeitos nocivos à nova prática: (i) não está claro como os estados-membros compreendem e implementam o GBER; (ii) as dúvidas de um estado-membro podem ser solucionadas pela Comissão, numa relação que se mantém bilateral, sem o compartilhamento com outros estados-membros; (iii) o aumento no uso do

---

[4] Sobre a aplicação da teoria econômica na análise de cartéis: FRIEDERISZICK, Hans K.; MAIER-RIGAUD, Frank P. *The Role of Economics in Cartel Detection in Europe* in SCHMIDTCHEN, Dieter; ALBERT, Max; VOIGT, Stefan. ***The More Economic Approach to European Competition Law***. 2007. Disponível em <http://www.iask.de/micro/paper/Saarb.pdf>. Último acesso em 23 de junho de 2018.

GBER tem reduzido a certeza jurídica quanto ao tema. Em síntese: os *state aids* passaram a ser menos visíveis com a nova regulamentação.

O sobrevoo feito nesse tópico quanto ao tratamento do direito europeu aos *state aids*, voltam-se os olhos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). O direito antitruste brasileiro trata especificamente dos *state aids*? Caso não haja uma cobertura específica, o SBDC fornece ferramentas, institucionais e substantivas, para o controle dessas medidas? O modelo europeu pode fornecer elementos para a análise do tema no Brasil? Que dificuldades particulares do caso brasileiro podem ser observadas? À tentativa de resposta dessas perguntas dedicamos o próximo tópico.

4. *State aid* e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: possibilidades e limites

A Lei nº 12.529/2011 dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Nessa lei estão previstos os órgãos que o compõem, assim como as respectivas competências, as definições das condutas vedadas, as obrigações dos destinatários das normas e as sanções decorrentes de seu descumprimento. A leitura da lei nos permite concluir que não há, no direito antitruste brasileiro, previsão de um sistema específico de controle de atos estatais que possam se conformar ao conceito europeu de *state aid* trabalhado no tópico 2 desse texto. Como consectário, também não há previsão de métodos e de abordagens específicos para o controle dessas medidas que pudessem ser comparados com aqueles tratados no tópico 3. Portanto, o trabalho dirige-se à análise das condutas que podem ser equiparadas aos *state aids* no direito brasileiro, bem como do arranjo institucional trazido pelo SBDC e das competências dos órgãos que possam fornecer, de alguma forma, ferramentas para o controle dessas medidas, bem como das dificuldades e dos limites que podem desde já ser apontados.

No caso brasileiro, os incentivos fiscais estaduais, sobretudo referentes ao ICMS – imposto de competência estadual mais significativo do ponto de vista arrecadatório e extrafiscal –, concedidos a empresas ou a segmentos do mercado com a finalidade de atrair investimentos ou novas empresas para o respectivo território, tornaram-se célebres por servirem de instrumento para a chamada “guerra fiscal”. Conquanto a concessão de benefícios referentes ao imposto dependa de aprovação do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por força do art. 155, XII,

"g", CF/88, regulamentado pela Lei Complementar nº 24/1975, historicamente os estados federados concedem benefícios unilaterais, muitos dos quais atualmente em vigor, o que pode gerar prejuízos à neutralidade tributária e ao ambiente competitivo. Condutas dessa natureza aproximam-se do conceito europeu de *state aid*, porquanto se tratam de incentivos concedidos pelo poder público ou mediante a renúncia de receitas públicas, que podem conferir ao beneficiário vantagens em bases seletivas e prejudicar o mercado interno, por colocar em situação privilegiada as empresas que desenvolvam no estado tributante seu ciclo produtivo. Sobre o tema, escreve Lucas Bevilacqua (2013, p. 79-80):

> A prática generalizada de atração de investimentos privados mediante a concessão de incentivos fiscais de ICMS à revelia do Confaz, inclusive por aqueles Estados que adotam uma postura crítica, a exemplo de São Paulo, resultou em alguns efeitos nefastos que corroem não só o pacto federativo, mas também as finanças públicas, a livre concorrência e, por conseguinte, o mercado interno.
>
> Na busca de investimentos, os Estados instalaram um leilão de vantagens, por meio do qual cada ente da Federação engendra uma sistemática, de forma a tornar-se mais atrativo para o investidor privado com tendência a gerar, em médio e longo prazo, uma queda geral de arrecadação (*race to the bottom*).
>
> As técnicas de fomento são as mais diversas: a) diferimento do ICMS (na importação, na aquisição interna de insumos, na aquisição de bens para o ativo fixo); b) financiamento do ICMS devido; c) redução do ICMS financiado; d) participação acionária do Estado; e) crédito presumido do ICMS; f) redução unilateral da base de cálculo; g) financiamento de terrenos e infraestruturas; h) instalação de refinaria de petróleo; etc.
>
> Por meio de tais atrativos, inaugura-se um leilão de vantagens entre os entes federados. Desencadeia-se, assim, uma guerra em que poucos ganham e quase todos perdem. A longo prazo, com a generalização da competição há uma generalização do prejuízo pela queda global de arrecadação do ICMS de todos os Estados, considerando que, de qualquer modo, em algum dos entes da Federação, a sociedade empresária seria instalada.

Além do desequilíbrio do mercado interno, considera-se grave o dano à livre concorrência que a "guerra fiscal" impõe. Isso porque as empresas destinatárias dos incentivos fiscais concorrem com aquelas que não os obtiveram, por poderem comercializar suas mercadorias em um

mesmo mercado consumidor. É oportuno ressaltar que grandes empresas possuem maior capacidade de influenciar politicamente os governos e de apresentar impactos sociais e econômicos à primeira vista mais relevantes, o que potencialmente dificulta o acesso de novos competidores ao mercado e pode causar danos ao consumidor.

Os aspectos concorrenciais em face de incentivos fiscais e financiamentos concedidos por Municípios e Estados brasileiros foram objeto da Consulta Externa nº 0038/99 ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em 1999, pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE). O Conselheiro Relator Marcelo Calliari conheceu a consulta com base em argumentos segundo os quais se reconhece a relação entre a concessão de incentivos fiscais e a defesa da concorrência:

> Depreende-se daí, sem realizar neste momento qualquer incursão no mérito da presente Consulta, que a concessão de incentivos fiscais, assim como qualquer outro aspecto do sistema tributário nacional, influi na formação de preços no mercado, matéria umbilicalmente ligada à defesa da concorrência. De fato, pode-se salientar, como o fez publicação do Instituto de Economia da Unicamp ao tratar de "neutralidade e eficiência econômica", que "O sistema tributário pode se tomar um elemento condicionador da evolução da estrutura industrial. Ao afetar o sistema de preços, o sistema tributário se transforma num forte determinante da alocação de recursos na economia".
>
> Assim, dado que a eficiente alocação de recursos na economia é uma das principais preocupações do direito da concorrência, fica clara a configuração da competência do CADE para conhecer da Consulta em tela. Isso porque, segundo o consulente, a "guerra fiscal pode levar a situações de alocação ineficiente de recursos na economia e a condições que permitam uma empresa deter 'domínio do mercado'".

Ao delimitar o conteúdo da consulta, o Conselheiro Relator destaca:

> Por fim, ressalte-se que o PNBE, através da presente consulta, busca tão somente questionar se as práticas mencionadas podem ou não ter por efeito, nos termos do inciso primeiro do art. 20 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, *"limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa"*.

Não obstante, por se tratar de uma questão abstrata, não relacionada a um caso concreto, o CADE adotou uma série de entendimentos que reforçam a nocividade da “guerra fiscal” para o ambiente concorrencial, mas não enquadrou qualquer ato específico nas infrações previstas no art. 20 da Lei nº 8.884/1994 (à época vigente):

> […] Adoção dos seguintes entendimentos pelo CADE: 1) Incentivos financeiro-fiscais possuem o mesmo efeito que incentivos fiscais tanto para a empresa beneficiada quanto para o mercado. 2) Tais incentivos importam na redução do montante do imposto a pagar, resultando, dada a estrutura tributária brasileira, em aumento de lucro para as empresas beneficiadas de até centenas de pontos percentuais em comparação cm aquelas não favorecidas, como demonstrado numericamente. 3) Incentivos concedidos no âmbito da "guerra fiscal" podem, portanto, alterar a dinâmica econômica e o nível de bem-estar da coletividade, ao gerar os seguintes efeitos: retira o estímulo ao aumento constante do nível geral de eficiência da economia, permitindo uso menos eficiente de recursos e afetando negativamente a capacidade de geração de riquezas do país; protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhorias na produção ou inovação; possibilita que empresas incentivadas, ainda que auferindo lucros, possam "predatoriamente" eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas, mesmo que estas sejam mais eficientes e inovadoras, em função da enorme vantagem de que dispõem; prejudica as demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo ao investimento, à melhoria de eficiência e inovação; gera incerteza e insegurança para o planejamento e tomada de decisão empresarial, dado que qualquer cálculo feito pode ser drasticamente alterado — e qualquer inversão realizada pode ser drasticamente inviabilizada com a concessão de um novo incentivo; desestimula a realização de investimentos tanto novos quanto na expansão de atividade em andamento, gerando perda de eficiência alocativa na economia, com consequente redução de bem-estar. 4) Princípios constitucionais da livre concorrência e da promoção do bem-estar devem ser compatibilizados com outros princípios, como o da redução das desigualdades regionais, de forma que um deles possa ser relativizado, em um caso concreto, para assegurar a realização de outro. 5) Incentivos fiscais e financeiro-fiscais podem ser

> concedidos, na forma prevista na Constituição Federal, pela União ou pela unanimidade dos Estados, o que, ao menos formalmente, assegura o balanceamento dos diferentes objetivos e princípios envolvidos. 6) O simples cumprimento da legislação sobre a concessão de incentivos fiscais realizaria a necessária compatibilização entre os princípios constitucionais mencionados, permitindo a relativização pontual do princípio da livre concorrência apenas naqueles casos em que se avança o princípio da redução das desigualdades, na medida adequada, de maneira a trazer benefícios líquidos para a coletividade. 7) Propostas que reduzam a possibilidade de "guerra fiscal" ou que disciplinem a concessão de incentivos de forma previsível e segundo um sistema racional (definido pelas autoridades constitucionalmente competentes) podem contribuir para atenuar os danos hoje provocados por esta prática para a eficiência da economia e para o bem-estar e merecem pelas autoridades responsáveis uma cuidadosa atenção. 8) Dada a patente relação do tema com a defesa da concorrência, o CADE permanece passível de engajamento no debate, dentro evidentemente da sua esfera de competência legal.

Dados os relevantes argumentos referidos na resposta da Consulta Externa nº 0038/1999 quanto aos efeitos da "guerra fiscal" - caracterizada por atos governamentais similares aos *state aids* segundo o conceito do direito comunitário europeu –, vale perquirir se o SBDC, como atualmente conformado, reclama alguma forma de atuação no controle de benefícios fiscais.

O art. 3º da Lei nº 12.529/2011 dispõe que *"o SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda"*. O CADE, por sua vez, é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º). Logo, o SBDC não se limita a um tribunal responsável por julgar condutas e estruturas com impacto sobre o ambiente competitivo. Engloba órgãos outros com atribuições próprias. Ademais, o art. 31 refere expressamente a aplicabilidade da lei às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado.

Na estrutura do CADE, a lei prevê que a Superintendência-Geral tem competência para *"orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei"* (art. 13, XIII) e para *"desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica"* (art.

13, XIV). Por sua vez, ao Departamento de Estudos Econômicos *"incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos de ofício ou por solicitação do Plenário, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão"* (art. 17). Por outro lado, dentre as competências da SEAE estão a proposição de *"revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País"* (art. 19, VI) e *"encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo"* (art. 19, VII). A análise dos dispositivos acima mencionados nos permite afirmar que há no SBDC um poder-dever de atuação preventiva e de orientação da administração pública, nas três esferas federativas, quanto a atos normativos que possam produzir impactos anticompetitivos (*competition advocacy*).

Lucas Bevilacqua (2013, p. 144-145) entende que a forma federativa de Estado impede que se reconheça ao CADE – autarquia federal integrante da Administração Pública Federal – a competência para julgar a legitimidade dos incentivos fiscais praticados pelos Estados da Federação, dotados de plena autonomia legislativa, financeira e administrativa. O autor complementa seu posicionamento afirmando que, nos casos de incentivos unilaterais de ICMS, tratar-se-ia de um julgamento com base em juízo de constitucionalidade, isto é, ter-se-ia um órgão administrativo a declarar inconstitucional ato normativo dotado de presunção de constitucionalidade. De fato, os dois argumentos acima citados explicitam limites à atuação do CADE quanto ao enfoque da análise e à eventual sanção a ser aplicada. Não se poderia cogitar da aplicação de uma sanção que consistisse na suspensão dos efeitos da lei estadual concessiva do benefício fiscal em decorrência de sua suposta inconstitucionalidade.

Contudo, ao nosso sentir, essas limitações não afastam – pelo contrário, estimulam – a reflexão sobre as possibilidades de atuação dos órgãos do SBDC quanto ao tema. Inicialmente, há um espaço ainda não ocupado de atuação preventiva no controle de benefícios fiscais. São escassas nesse assunto as orientações, as recomendações e as representações (dentro do espectro de competências apresentado em parágrafos anteriores). Caso exercidas regularmente e com rigor técnico, tais atribuições têm o poder de fomentar a criação de uma cultura de preocupação, pelos entes federativos, com os efeitos anticompetitivos de

atos estatais que atualmente parece não existir. De outra banda, mesmo sob o ponto de vista repressivo da análise pelo CADE de infrações à ordem econômica, entendemos que incentivos de alta repercussão econômica concedidos sem qualquer critério jurídico-econômico que os legitime podem ensejar a atuação da autarquia, quando menos, para o envio de recomendação de revogação do ato normativo concedente:

> Lei nº 12.529/2011, art. 38: Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (…) IV – a recomendação aos órgãos competentes para que: (…) b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

Vale lembrar que a Procuradoria Federal junto ao CADE possui competência para promover a execução judicial das decisões da autarquia e para tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, necessárias à cessação de infrações à ordem econômica (art. 15, III e V). Desse modo, ainda que a suspensão ou a revogação do incentivo fiscal não possa se dar em decorrência direta da decisão administrativa, entendemos ser possível, em caso de descumprimento da recomendação do CADE pelo ente público concedente, que a Procuradoria Federal busque, judicialmente, a cessação da prática anticompetitiva[5].

Evidentemente, não se trata aqui de transformar o CADE em um tribunal administrativo de revisão de todo e qualquer ato de concessão de benefícios fiscais. Os incentivos são medidas importantes de que se valem as diversas esferas de governo para obter resultados econômicos positivos e para proteger bens jurídicos relevantes para a sociedade. O que nossa reflexão sugere é a necessidade de engajamento dos órgãos do SBDC no processo de formação de uma cultura, nas administrações públicas federal, estadual e municipal, que leve em consideração o ambiente concorrencial,

---

[5] Concordamos com Lucas Bevilacqua (2013, p. 144-145) quando o autor levanta a possibilidade de intervenção do CADE como *amicus curiae* em processos que possam causar prejuízo à livre concorrência. Tal posição é estimulada pela inovação do art. 138 do Código de Processo Civil de 2015, que admite a intervenção em qualquer espécie de processo, mediante deferimento do juiz ou do tribunal, considerando-se a relevância da matéria, a especificidade do tema ou sua repercussão social.

não só, no caso das esferas federativas subnacionais, nos seus respectivos territórios, mas no mercado interno brasileiro, de modo geral, como elemento fundamental para o desenvolvimento nacional. Para tanto, é necessário que a autoridade antitruste, em um primeiro momento, perceba que a concessão de benefícios fiscais, quando abusiva, pode representar uma grave infração à ordem econômica e, posteriormente, passe a buscar, em suas atribuições, formas de preveni-las e de cessá-las.

É oportuno destacar que importantes movimentos têm sido recentemente realizados pelos poderes Judiciário e Legislativo sobre os benefícios fiscais concedidos unilateralmente por estados-membros. No âmbito do Poder Judiciário, conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha firmado jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade da concessão unilateral de benefícios, por estimular a "guerra fiscal" (*v.g.* ADI 3.796/PR, Plenário, Rel. Min. Gilmar Medes, DJe 31/07/2017), há uma série de precedentes que eximem as sociedades empresárias beneficiárias de quaisquer efeitos, até mesmo quanto à fruição dos benefícios inconstitucionais. É o que se observa, por exemplo, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO AO FORNECEDOR NA ORIGEM. PRETENSÃO DO ESTADO DE DESTINO EM LIMITAR O CREDITAMENTO DO IMPOSTO AO VALOR EFETIVAMENTE PAGO NA ORIGEM. DESCONSIDERAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Esta Corte reconhece que o benefício fiscal concedido pelo Estado de origem não altera o cálculo do imposto devido, apenas resulta em recolhimento a menor em razão da concessão de crédito presumido; assim, deveria ser autorizado o creditamento devido ao estado destinatário. 2. Diferentemente do entendimento esposado pelo Tribunal de origem, o STJ já asseverou que, segundo orientação do STF, a ADI é o único meio judicial de que deve valer-se o estado lesado para obter a declaração de inconstitucionalidade da lei de outro estado que concede benefício fiscal do ICMS sem autorização do Confaz, e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território. Precedentes: RMS 26.334/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 24/5/2012; RMS 31.714/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 19/9/2011; RMS 32.937/MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 13.12.2011; ADI 3312, Rel. Min. Eros Grau, DJ. 9.3.2007; e ADI 3389/MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ. 23.6.2006. Agravo regimental improvido. (AgRg

> no REsp 1.312.486/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 17/12/2012).

A solução adotada pelo Tribunal no caso acima referido, à medida que exime o beneficiário do subsídio de qualquer consequência, estimula a concessão de benefícios unilaterais pelos estados-membros e o *rent-seeking* por parte de sociedades empresárias. Isso porque o estado-membro concedente do benefício sabidamente inconstitucional obtém a vantagem pretendida de atrair o setor produtivo que, por sua vez, vale-se da falta de efeitos negativos da fruição dos benefícios para comercializar seus produtos com potencial vantagem competitiva em relação a sociedades instaladas em outras unidades federativas.

À guisa de comparação, traz-se à baila caso julgado pela *European Comission* em março de 2009 (medida nº C 5/2000), decorrente de denúncia formulada pela empresa austríaca *Lenzing AG*, principal produtora de fibras de viscose da comunidade europeia à época, sobre uma série de medidas concedidas pelo governo espanhol à empresa *Sociedad Nacional de Industrias y Aplicaciones de Celulosa Española S.A. (SNIACE)*. Na decisão, alguns dos subsídios concedidos pela Espanha foram classificados como incompatíveis com o mercado comum, com as seguintes consequências:

> Artículo 2
>
> 1. España deberá obtener del beneficiario la devolución de las ayudas contempladas en el párrafo segundo del artículo 1.
>
> 2. Las sumas que deben recuperarse devengarán intereses desde la fecha en la que estuvieron a disposición del beneficiario hasta la fecha de su recuperación efectiva.
>
> 3. La recuperación de las ayudas contempladas en el párrafo segundo del artículo 1 será inmediata y efectiva.
>
> 4. España velará por que la presente Decisión se aplique en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de su notificación.
>
> Artículo 3
>
> 1. En el plazo de dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, España presentará la siguiente información a la Comisión:

> a) el importe total (principal e intereses) que debe recuperarse del beneficiario;
>
> b) una descripción detallada de las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión;
>
> c) los documentos que demuestren que se ha ordenado al beneficiario que reembolse las ayudas.
>
> 2. España mantendrá informada a la Comisión sobre el curso de las medidas nacionales adoptadas en aplicación de la presente Decisión hasta que la recuperación de las ayudas contempladas en el párrafo segundo del artículo 1 haya concluido. Presentará inmediatamente, a petición de la Comisión, información sobre las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión. También proporcionará información detallada sobre los importes de la ayuda y los intereses ya recuperados del beneficiario.

No plano legislativo, importante movimento concernente à "guerra fiscal" ocorreu em 2017, com a publicação da Lei Complementar nº 160/2017. A lei confere aos estados-membros a possibilidade de deliberarem sobre (i) a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2o do art. 155 da Constituição Federal por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos da lei e (ii) a reinstituição das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais referidos no item anterior que ainda se encontrem em vigor. Por outro lado, a lei prevê como condicionante a publicação pelos estados-membros de todos os atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais e, em contrapartida, sujeita a unidade federada que conceder ou manter benefícios fora das balizas legais e constitucionais às seguintes sanções, previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000): (i) proibição de recebimento de transferências voluntárias; (ii) proibição de obtenção de garantia, direta ou indireta, de outro ente; (iii) proibição de contratação de operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas de pessoal.

Parece-nos que a Lei Complementar nº 160/2017 pode ser um importante passo para o arrefecimento da "guerra fiscal". Contudo, a nova legislação precisa ser entendida como um marco de criação de um

ambiente competitivo saudável e orientado à neutralidade tributária. Aqui, dois aspectos se sobressaem: de um lado, a necessidade de envolver as sociedades empresárias beneficiárias nos efeitos da concessão de um benefício ilegal ou inconstitucional; de outra parte, a urgência de os órgãos do SBDC engajarem-se no tema por meio do exercício de suas atribuições, como já tratado acima. Diante desse contexto, cresce em importância a decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 628.075/RS, com repercussão geral reconhecida, em que se discute a constitucionalidade do estorno parcial de créditos de ICMS decorrentes de benefício unilateral concedido por outro estado-membro na operação antecedente.

Por fim, a experiência europeia pode auxiliar quanto à identificação do que seja um benefício fiscal com impacto concorrencial relevante e quanto à metodologia que pode ser utilizada para a análise dessas medidas. Não obstante, entendemos que a abordagem europeia deve ser vista com ressalvas nas manifestações dos órgãos do SBDC, especialmente naquilo que diz respeito à chamada *"More Economic Approach"*, que levou ao controle de condutas e de estruturas europeu influências da Escola de Chicago. Compreende-se que a análise de incentivos fiscais não pode se restringir a aspectos de eficiência microeconômica, limitados a análises de custo-benefício pautadas pela redução de custos de transação, como propõe a análise econômica do direito (COASE, 1960). Essa parece ser a posição da *Monopolkommission* (GERMAN, 2008, p. 3) quando reconhece que ao lado da questão concorrencial, aspectos de política social e distributiva devem ser pesados ao se considerarem os efeitos das medidas. No caso brasileiro, trata-se mesmo de uma imposição constitucional, que condiciona, no art. 170, CF/88, os princípios da ordem econômica com o fim de promover a justiça social.

5. Conclusão

Há uma percepção da União Europeia de que o controle dos *state aids* é um ponto sensível para a estabilidade de seu mercado interno e para o desenvolvimento econômico de todos os estados-membros. Como – assim esperamos – ficou claro ao longo do texto, há um rígido controle dessas medidas, que passa pela notificação prévia (excetuadas as hipóteses pré-autorizadas do GBER), por amplos poderes instrutórios da Comissão e pela competência para determinar a revogação das medidas nocivas à

concorrência. Do mesmo modo, os incentivos fiscais concedidos no Brasil que tenham o potencial de desestabilizar mercados – sobretudo aqueles que fomentam a "guerra fiscal" - devem ser analisados sob o ponto de vista da defesa da concorrência e merecem a atenção dos órgãos do SBDC.

A Lei Complementar nº 160/2017 pode ser um importante passo para o arrefecimento da "guerra fiscal". Contudo, a nova legislação precisa ser entendida como um marco de criação de um ambiente competitivo saudável e orientado à neutralidade tributária. Aqui, dois aspectos se sobressaem: de um lado, a necessidade de envolver as sociedades empresárias beneficiárias nos efeitos da concessão de um benefício ilegal ou inconstitucional; de outra parte, a urgência de os órgãos do SBDC engajarem-se no tema por meio do exercício de suas atribuições. Conquanto a forma federativa de Estado imponha limites à atuação do CADE, a Lei nº 12.529/2011 apresenta alternativas de atuação que podem e devem ser exploradas, tanto na *competition advocacy*, por meio de orientações e de representações, quanto na atuação repressiva, podendo-se cogitar, em incentivos de alta repercussão econômica concedidos sem qualquer critério jurídico-econômico que os legitime, de recomendação de revogação da medida concessiva e da atuação judicial da Procuradoria Federal junto ao CADE para obter a execução dessa decisão.

A partir da modernização concluída em 2014, a atuação da *European Comission* limitou-se a *state aids* com impacto concorrencial significativo. Conforme pesquisa citada no texto, cerca de 90% (noventa por cento) de todos os *state aids* passaram a se basear no GBER, prescindindo de autorização da Comissão. Adaptando o dado para o caso brasileiro, pensa-se que não é positivo ao SBDC e ao equilíbrio federativo uma participação irrestrita desses órgãos na análise de benefícios fiscais. A atuação deve ser focada em medidas de grande impacto no mercado interno e no ambiente concorrencial.

Por fim, a metodologia de análise de *state aids* consolidada no modelo europeu (*balancing test*), embora seja um ponto de partida válido, deve ser vista com ressalvas nas manifestações dos órgãos do SBDC, especialmente naquilo que diz respeito à chamada *"More Economic Approach"*, que levou ao controle de condutas e de estruturas europeu influências da Escola de Chicago. Compreende-se que a análise de incentivos fiscais não pode se restringir a aspectos de eficiência microeconômica. Como observou a *Monopolkommission* (GERMAN, 2008, p. 3), na análise de *state aids* pela autoridade antitruste, ao lado da questão concorrencial, aspectos de política social e distributiva devem ser pesados ao se considerarem os efeitos das medidas.

Referências bibliográficas

BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law & Economics**. v. 3 (oct., 1960), pp. 1-44.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

EUROPEAN UNION. **Treaty on the Functioning of the European Union**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT. Acesso em 10 de junho de 2018.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FOX, Eleanor M.; HEALEY, Deborah. When the State Harms Competition – the role for Competition Law. **New York University Law and Economics Working Papers**. Paper 336. doi: http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/336. 2013.

FRIEDERISZICK, Hans K.; MAIER-RIGAUD, Frank P. The Role of Economics in Cartel Detection in Europe. In SCHMIDTCHEN, Dieter; ALBERT, Max; VOIGT, Stefan. **The More Economic Approach to European Competition Law**. 2007. Disponível em http://www.iask.de/micro/paper/Saarb.pdf. Último acesso em 23 de junho de 2018.

GERMAN, Monopolies Comission. **The "More Economic Approach" in European State Aid Control**. 2008. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=1332765.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JÜRGENSEN, Annette. **The more economic approach: Efficiencies and their recognition within EU competition law**. 2015. Disponível em: http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=7363159&fileOId=7363200. Último acesso em 23 de junho de 2018.

MURIS, Timothy J. Principles For a Successful Competition Agency, 72 U. **Chicago Law Review**. 165, 170. doi: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=ht

tps://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=5320&context=uclrev. 2005.

NEVEN, Demien; VEROUDEN, Vincent. Towards a More Refined Economic Approach in State Aid Control. In MEDERER W.; PESARESI, N.; VAN HOOF, M. (eds.). **EU Competition Law – Volume IV: State Aid**. Claeys & Casteels. 2008. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/economic_approach_sa_control.pdf. Último acesso em 23 de junho de 2018.

NICOLAIDES, Phedon. The EU´s State Aid Modernisation – taking stock of its initial results. **CEPOB – College of Europe Policy Brief**. 12.16. July/2016. Disponível em: file:///C:/Users/usuario/Downloads/nicolaides_cepob_12-16%20(1).pdf. Último acesso em 23 de junho de 2018.

OECD. Note Secretariat. **Competition, State Aids and Subsidies**. doi: http://www.oecd.org/competition/sectors/48070736.pdf. 2010.

WITT, Anne C. From Airtours to Ryanair: is the more economic approach to EU merger law really about more economics? **University of Leicester School of Law Research Paper No. 13-16**. doi: file:///C:/Users/usuario/Downloads/SSRN-id2362926.pdf. 2013.

6. JBS E ATOS DE CONCENTRAÇÃO: NEUTRALIDADE CONCORRENCIAL OU ALINHAMENTO COM A POLÍTICA CAMPEÕES NACIONAIS?

6. NATIONAL CHAMPIONS, JBS AND MERGER CONTROL: ANTITRUST NEUTRALITY OR GOVERNMENT POLICY ALIGNMENT?

Mônica Tiemy Fujimoto

Resumo: O presente trabalho propõe avaliar se, ao longo da aplicação da política dos "campeões nacionais", o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") se manteve neutro na análise de Atos de Concentração notificados por uma campeã nacional específica, a JBS. Para tanto, analisamos a relação entre o Estado brasileiro e o mercado, os impactos concorrenciais ocasionados pela presença do Estado nos mercados e a política dos campeões nacionais no Brasil e no mundo. Ademais, fizemos um levantamento dos Atos de Concentração julgados pelo Cade para avaliar se, no contexto de impulsionamento da JBS como uma campeã nacional, o Cade foi conivente com a política Estatal de incentivos. Concluímos que, apesar de o Cade não levar em consideração a política dos campeões nacionais na análise de Atos de Concentração, a abstenção em relação a esses tópicos pode possibilitar que efeitos anticompetitivos sejam gerados.

Palavras-chave: Campeões nacionais. JBS. Atos de Concentração. Cade. Concorrência.

Abstract: This paper examines whether the Administrative Council for Economic Defense ("Cade") remained neutral on the merger control analysis of the cases filed by JBS, a Brazilian national champion. For this matter, we analyzed the relationship between State and market, competitive impacts caused by the interference of the State on markets and the national champions policy around the world, but specially in Brazil. Furthermore, we identified the cases filed to Cade's review in order to evaluate whether Cade considered the State policy of incentives on its scrutiny. We conclude that, although Cade does not consider the national champions policy on the analysis of cases filed, the abstention of the authority regarding these topics may allow that anticompetitive effects occur.

Keywords: National Champions. JBS. Merger Control. Cade. Competition.

1. Considerações iniciais

A discussão sobre a relação entre o Estado e o mercado, apesar de não ser novidade, se intensificou ainda mais por conta do atual contexto de crise de diversas empresas estatais, deflagração da operação lava jato e questionamentos sobre a política de financiamento do BNDES. No plano do Direito Concorrencial, não só as investigações de cartéis fazem parte desse cenário, como também se torna ainda mais latente a necessidade de questionar quais os impactos no plano concorrencial a participação do Estado como agente fomentador ou como acionista pode causar.

Diante do atual contexto, especialmente em relação à discussão sobre a política dos campeões nacionais e seus reflexos na atualidade[1], o presente trabalho discute se, ao longo da aplicação de tal política, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") se manteve neutro na análise de Atos de Concentração notificados por uma campeã nacional específica, a JBS. Isso porque, é possível que a análise antitruste e o interesse do Estado em fomentar o aumento das exportações e incluir determinados agentes no mercado internacional não tenham caminhando *pari passu*. Tal questionamento se faz necessário, pois, a consagração da JBS como exportadora de carnes bovinas é questionada tendo em vista os escândalos políticos nos quais seus executivos estiveram envolvidos e a política de investimento do BNDES.

A fim de cumprir com os objetivos acima expostos, este trabalho será dividido em três capítulos: (i) Relação entre o estado brasileiro e o mercado; (ii) Atuação estatal e neutralidade concorrencial e (iii) JBS e Cade. No primeiro capítulo, (i) Relação entre o estado brasileiro e o mercado, analisaremos os fundamentos e a evolução das discussões sobre os campeões nacionais. No segundo capítulo, (ii) Atuação estatal e neutralidade concorrencial, discutiremos quais os possíveis impactos da relação entre Estado e mercado para o ambiente concorrencial sob dois

[1] LUPION, Bruno. "Como empresas apoiadas para virar 'campeãs nacionais' quebraram ou entraram na mira da Lava Jato". Nexo Jornal. 04/07/2016. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/04/Como-empresas-apoiadas-para-virar-campe%C3%A3s-nacionais-quebraram-ou-entraram-na-mira-da-Lava-Jato

prismas: (a) atuação estatal e incentivos à realização de condutas anticompetitivas e (b) tratamento diferenciado para setores e empresas de interesse do Estado. Por fim, no capítulo (iii) JBS e Cade analisaremos os Atos de Concentração Ordinários julgados pelo Tribunal do Cade à luz dos pressupostos discutidos nos capítulos anteriores.

Dessa forma, ao final, pretende-se aferir de que forma a autoridade antitruste brasileira analisou o crescimento da empresa JBS e o fato de a empresa ser uma "campeã nacional" ao longo das operações que foram notificadas.

2. Relação entre o Estado brasileiro e o mercado

Tendo em vista a importância do Estado no fortalecimento de determinados setores e do seu papel como financiador e acionista de empresas brasileiras, para discutir a posição do CADE em relação à JBS, convém repassar o histórico já conhecido relacionado à intervenção do Estado na economia. Embora a política dos "Campeões Nacionais" tenha sido o foco dos governos Lula e Dilma, entre 2008 e 2014, há de se dizer que, no Brasil, a relação entre Estado e Mercado sempre foi estreita.[2] Não se faz necessário retomar todo o passado colonial para posicionar a importância deste debate, contudo, importa destacar algumas discussões realizadas especialmente no âmbito dos países que tiveram uma "industrialização tardia".

Ao longo do século XX, as principais discussões desenvolvimentistas colocavam em foco a participação do Estado na economia, o fortalecimento das instituições e a necessidade de se realizar o processo de "*catch up*"[3]. Especificamente na década de 1940, iniciaram-

---

[2] LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Capitalismo de Laços. São Paulo: Campus, Elsevier, 2010.

[3] "*Tempos atrás, um grupo de países de desenvolvimento tardio e de vocação capitalista partilhou certo grau de consenso teórico e convergência política, na definição de suas estratégias nacionais de modernização. Este grupo, apelidado por Alice Amsden (2001, pp. 1-13) de o "resto", foi constituído por um conjunto de nações que chegaram atrasadas na corrida desenvolvimentista, mas que, valendo-se de criatividade institucional, conseguiram cortar caminho e realizar um processo bem sucedido de catch up. É o caso, entre outros, do Brasil, Chile, México, Coréia do Sul, Taiwan e Tailândia. Países historicamente diferentes, geograficamente distantes, mas que partilharam trajetórias institucionais*

se as discussões sobre as desigualdades entre os países em termos de níveis de renda[4]. De acordo com Shapiro e Trubek [5], entre 1950 e 1980 novas teorias passaram a discutir o desenvolvimento reconhecendo a importância de se promover uma articulação institucional específica para ensejar uma nova rota de organização econômica. De acordo com Luiz Carlos Bresser-Pereira[6]:

> As principais contribuições do desenvolvimentismo clássico foi, no plano político, o entendimento do desenvolvimento econômico como resultado de uma coalizão de classes envolvendo a burguesia nacional, a burocracia pública e os trabalhadores urbanos; e, no plano econômico, foi definir o desenvolvimento econômico como "mudança estrutural", ou seja, como industrialização que transforma as estruturas da sociedade. Essa industrialização deveria ser inicialmente substitutiva de importações, e tinha como justificativa a tese da indústria infante de Alexander Hamilton e Friedrich List. A este argumento Raúl Prebisch (1949) adicionou a tendência à deterioração dos termos de troca e o modelo da "restrição externa" segundo o qual a elasticidade-renda das importações de bens industrializados é maior do que um nos países periféricos

---

semelhantes. Subjacente as suas semelhanças, residiu uma singular conjugação dos três elementos que configuram o campo de direito e desenvolvimento. Em todos eles, parte do processo de catch up pode ser explicado por uma dada articulação entre um tipo de concepção de desenvolvimento, a eleição de um setor protagonista e a definição de um veículo de governança." SCHAPIRO, Mario. G.; TRUBEK, David. Redescobrindo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: Mario G. Schapiro; David M. Trubek. (Org.). *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.

[4] PRADO, Luiz Carlos Delorme. "Defesa da concorrência e desenvolvimento: notas sobre o debate e sua aplicação no caso brasileiro". In: Dulce Monteiro Filha, Luiz Carlos Delorme Prado, Helena M. M. Lastres (Org.) *Estratégias de desenvolvimento, política industrial e inovação: ensaios em memória de Fábio Eber*. Rio de Janeiro: BNDES, 2014. Rio de Janeiro, 2014. p. 269.

[5] De acordo com os autores, até então, os países cujo processo de desenvolvimento foi tardio se viram em dilemas do atraso econômico, na medida que a especialização agrária levava ao atraso industrial e à perda de competitividade. SCHAPIRO; TRUBEK, Op. Cit. p.28.

[6] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Teoria novo-desenvolvimentista: uma síntese. Cadernos do Desenvolvimento, v. 11, n. 19, julho-dezembro de 2016. p. 151.

> enquanto que a elasticidade-renda da importação de bens primários nos países ricos é também menor do que um. Celso Furtado (1961), por sua vez, propôs a "teoria do subdesenvolvimento" segundo a qual o subdesenvolvimento na periferia do capitalismo não é constituído por países "atrasados", mas por países dependentes ou subordinados aos países desenvolvidos.

De acordo com Shapiro e Trubek nesse período de 1950 até 1980, países como Brasil, México, Coréia do Sul e Taiwan passaram por grandes mudanças em sua organização econômica, substituindo a economia predominantemente rural pela economia urbana e industrial[7]. Tal mudança foi amplamente acompanhada pela intervenção estatal, por meio da qual se melhorou indicadores em termos de níveis de industrialização, participação de produtos industrializados nas exportações, escolaridade e PIB *per capita*[8].

Ao final do século XX, uma nova onda do desenvolvimento tomou conta dos países considerados "subdesenvolvidos" na ocasião das discussões do "Consenso de Washington"[9]. O encontro, realizado em 1990, simbolizou o avanço de preceitos neoliberais nos países em desenvolvimento. Havia claro interesse comercial norte americano no "fortalecimento" das economias dos outros países e a liberação dos mercados. Além disso, já se demonstrava grande preocupação com o

---

[7] SCHAPIRO; TRUBEK, Op. Cit., p.32.

[8] Cf. SCHAPIRO; TRUBEK, Op. Cit.

[9] Tais medidas consistiam em uma "receita de bolo" sugerida pelo Banco Mundial, FMI e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos para promover o desenvolvimento de países em situações de crise. Williamson explica que as medidas que constam no trabalho são instrumentos que podem ser utilizados para que se atinja objetivos econômicos de crescimento, baixa inflação, balança de pagamentos viável e distribuição de renda igualitária. O autor deixa claro que as preocupações consistem primordialmente na prosperidade econômica dos vizinhos latinos, não descartando a importância de outros tópicos como promoção de democracia e direitos humanos, supressão do tráfico de drogas, preservação do meio ambiente. WILLIAMSON, John. *What Washington Means by Policy Reform, in Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington: Institute for International Economics, 1990.

desvio de dinheiro público das economias emergentes na implementação das políticas do Consenso de Washington[10].

Nesse contexto, o Brasil passou por um período de liberalização da economia, reformas institucionais, privatização de empresas estatais, abertura ao comercio exterior e até mesmo o BNDES passou por reformas para adequar seu papel à agenda do Consenso de Washington. [11] O BNDES teve importante papel nessa mudança, uma vez que a instituição reforçava a ainda existente política de promoção setorial do governo por meio do apoio ao crescimento das empresas nacionais mediante fusões, aquisições e internacionalização[12]. Também no século XX (se estendendo até o século XXI), em linha com o fortalecimento das ideias institucionalistas, surgem inúmeras autoridades antitruste em países da Ásia, das Américas e África.[13].

Após diversas críticas[14] à política "*one size fits all*" que marcou os anos 1990, os anos 2000 trouxeram "novos ares" para as concepções de

---

[10] O fortalecimento pretendido diz respeito à possibilidade de ampliação do comercio externo e a maior demanda por produtos norte-americanos, uma vez que as políticas do Consenso de Washington focavam na abertura dos mercados, desregulação, incentivo ao investimento externo e taxas comerciais competitivas.

[11] Cf. ALMEIDA, Mansueto Facundo; OLIVEIRA, Renato Lima de; SCHNEIDER, Ben Ross. Política industrial e empresas estatais no Brasil: BNDES e Petrobras. In: GOMIDE, Alexandre de Avila; PIRES, Roberto (Edit.). Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. Brasília: IPEA, 2014. p. 335.

[12] Cf. ALMEIDA; OLIVEIRA; SCHNEIDER, Op. Cit. p. 337.

[13] Cf. PRADO, Op. Cit. p. 265.

[14] Dani Rodrik, grande crítico das medidas, ao analisar as consequências e os resultados do pacote observa que, não obstante as recomendações feitas pelo Banco Mundial, FMI e Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, os países não atingiram o nível de "desenvolvimento" pretendido com as medidas. O autor afirma que o bom funcionamento das economias de mercado dependia de um aparato institucional sólido para que as medidas fossem aplicadas. Para o autor, mesmo que os 10 mandamentos do Williamson fossem buscados, as instituições reguladoras e fiscalizadoras continuariam sendo fracas, governança e corrupção continuariam sendo um problema, as cortes e o judiciário continuariam ineficientes e as instituições de trabalho e de mercado ainda não seriam flexíveis. (RODRIK. Dani. Goodbye Washington Consensus, hello Washington Confusion: a review of the World Bank's Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade to Reform. 2006. P. 977).

desenvolvimento ou, de acordo com Shapiro e Trubek[15], foi um momento de redescobrir o desenvolvimento. Assim, em 2003, com o início do governo Lula, o BNDES voltou a ser um banco mais intervencionista, tendo se fortalecido de fato em 2008, momento em que o governo brasileiro lançou a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), que foi considerada a política dos "Campeões Nacionais"[16]. De acordo com os autores Almeida, Oliveira e Schneider[17], apesar da alegação do governo de que não existe nenhum documento que comprove que a política industrial do governo pretendia criar campeões nacionais, os autores afirmam que trabalhos antigos daqueles que elaboraram a política indicam a existência dessa pretensão.

Diante da retomada dos investimentos do BNDES para a promoção da política industrial voltada para a criação de campeões nacionais, iniciou-se a história de crescimento de uma das gigantes brasileiras no setor de exportações de carnes bovinas que figuram grandes polêmicas da atualidade. Nesse contexto, é possível questionar quais foram os impactos da política industrial de criação de campeões nacionais no ambiente concorrencial, uma vez que um dos objetivos da política é o fortalecimento de determinadas empresas e setores. Questiona-se, ainda, caso se verifique a existência de efetivos impactos concorrenciais, qual deve ser a postura da autoridade antitruste no embate entre interesses do Estado e os impactos concorrenciais.

3. Atuação estatal e neutralidade concorrencial

Em linha com as preocupações dos autores que se dedicaram ao estudo das teorias do desenvolvimento, também no direito concorrencial a

---

[15] Cf. SCHAPIRO; TRUBEK, Op. Cit., p.39.

[16] Cf. ALMEIDA, OLIVEIRA, SCHNEIDER, Op. Cit. p. 335.

[17] De acordo com os autores: "*Foi apenas a partir de 2007, no início do segundo mandato do presidente Lula, que o BNDES embarcou em uma nova direção mais voltada à promoção de empresas e de setores sob o comando de Luciano Coutinho. Coutinho era um antigo e bem conhecido defensor de política industrial, bem como um respeitado professor de uma das melhores universidades do Brasil, a Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Ele nomeou como vice-presidente outro defensor de política industrial, João Carlos Ferraz, que estava trabalhando na Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal)*". ALMEIDA, OLIVEIRA, SCHNEIDER, Op. Cit. p. 339.

relação entre Estado e economia inspiram diversos estudos, especialmente na discussão sobre neutralidade concorrencial das autoridades antitruste. Assim, entende-se que as discussões estão diretamente interligadas, ainda mais considerando que políticas industriais aplicadas a criação de campeões nacionais influem diretamente no cenário competitivo, suscitando preocupações na seara do antitruste.

Cumpre ressaltar que, nesse trabalho, entende-se por neutralidade concorrencial quando a análise de atos de concentração e condutas anticompetitivas não privilegia os interesses estatais (sejam eles no mercado interno ou externo). Isso é, trata-se da análise antitruste que não sobrepõe possíveis interesses do Estado em incentivar o crescimento de determinado setor em detrimento de um mercado competitivo. Tal discussão se aplica especialmente à questão dos campeões nacionais, pois, conforme visto anteriormente, a política de fortalecimento setorial e de empresas específicas visa justamente alterações no ambiente competitivo. Assim, apesar da política considerar especialmente a entrada de empresas brasileiras no mercado internacional, há de se discutir de que forma a autoridade antitruste deve analisar os Atos de Concentração que possibilitaram o crescimento dessas empresas no mercado externo.

De acordo com o relatório da OCDE, existem diversos tipos de políticas industriais e a criação de campeões nacionais é apenas uma delas[18]. Cada país escolhe adotar a política industrial que melhor se adequa às suas necessidades - por exemplo corrigir falhas de mercado e incentivar o desenvolvimento econômico. Dessa forma, é possível que sejam utilizados pressupostos em comum com a política antitruste quando da elaboração de uma política industrial voltada para o aumento de competitividade da indústria doméstica, como por exemplo a busca o bem-estar do consumidor. O grande problema ocorre quando, não obstante os pressupostos em comum, tais políticas não são pró-competitivas e acabam prejudicando os consumidores no longo prazo.

Ainda de acordo com o relatório, não necessariamente existe um conflito entre política industrial e defesa da concorrência, contudo, é necessário observar ao menos três princípios para garantir a complementariedade das políticas. O primeiro princípio é o afastamento da política industrial de empresas e mercados específicos para garantir a

[18] OCDE. Roundtable on competition policy, industrial policy and national champions. 2009. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/44548025.pdf.

não discricionariedade. O segundo deles é não traduzir a política de defesa da concorrência como contrária, a priori, a empresas de grande porte. Por fim, a OCDE afirma que a política de defesa da concorrência pode apoiar a política industrial e social do governo, desde que não comprometa sua própria abordagem[19].

Para as autoras Fox e Healey, os principais pontos de preocupação na esfera concorrencial, no que diz respeito à intervenção estatal em determinados setores ou voltada para empresas específicas (especialmente quando ela ocorre por meio das empresas estatais), são os seguintes[20]: (i) cobertura das empresas estatais pela autoridade antitruste; (ii) quando são conferidos privilégios para determinadas empresas; (iii) quando o Estado é comprador e os agentes econômicos são parte do cartel; (iv) ausência de previsão constitucional relativa à não discriminação de bens advindos de outros países; (v) abuso do poder de administração das empresas estatais; (vi) condutas anticompetitivas realizadas pelo Estado; (vii) necessidade de autorização específica para a persecução de medidas anticompetitivas realizadas pelo Estado; (viii) utilização do da blindagem estatal por parte do agente privado para justificar a realização de condutas anticompetitivas.

De forma geral, as autoras expressam grande preocupação em relação às situações nas quais as medidas tomadas pelo Estado acabam, de alguma forma, causando danos à competitividade dos mercados sob o argumento de promover eficiências em determinados setores ou desenvolver aspectos econômicos específicos. Assim, dentre focos de preocupação suscitados pelas autoras, acreditamos existirem 3 principais categorias de problemas quanto à neutralidade antitruste[21]: (i) quando o Estado é o agente fomentador ou realiza condutas anticompetitivas; (ii) quando a autoridade antitruste trata as empresas estatais de forma distinta das outras empresas; (iii) quando as ações do Estado acabam interferindo em questões de comércio exterior.

Como o foco deste trabalho é a atuação do Cade em questões relativas aos campeões nacionais e no Brasil existem diplomas específicos para tratar de questões de comércio exterior e de antitruste, o ponto *(iii) quando as ações do Estado acabam interferindo em questões de comércio*

---

[19] OCDE. Op. Cit. p. 14

[20] FOX, Eleanor; HEALEY, Deborah. When State Harms Competition: The Role for Competition Law". Antitrust Law Journal. nº 3. 2014. p. 801.

[21] Categorização realizada pela autora deste artigo.

exterior não será analisado no presente trabalho. Assim, as categorias *(i) quando o Estado é o agente fomentador ou realiza condutas anticompetitivas; (ii) quando a autoridade antitruste trata as empresas estatais de forma diferente* serão discutidas de forma detalhada no próximo item para que possamos compreender de que qual é a posição do Brasil nesses dois aspectos.

3.1. Atuação estatal e incentivos à realização de condutas anticompetitivas

No Brasil, a categoria "*Atuação estatal e incentivos à realização de condutas anticompetitivas*" esteve presente de forma mais preocupante durante as primeiras tentativas de introdução de um diploma antitruste. Importa notar que na criação do Cade, por meio da Lei 4.137/1962, o Brasil se encontrava em um período de controle de preços, além de existir um estímulo do próprio governo para a criação de grandes grupos econômicos – via fusões e aquisições – que tornava a política antitruste incompatível com o plano do governo.

Os autores Considera e Corrêa[22] acreditam que a política de industrialização via transferência de tecnologia aplicada no período, fez com que o mercado ficasse inchado com grandes instalações industriais estrangeiras e um mercado extremamente concentrado com poucos incentivos para competir. Ademais, uma vez que as firmas apresentavam seus segredos de negócio para o governo analisar o preço que deveria ser praticado, com a criação do Controle Interministerial de Preços ("CIP") a organização dos concorrentes de um dado mercado se aproximava de um cartel, cujo "líder" era o próprio governo.

Diante desse cenário, o papel da autoridade antitruste acabou sendo deixado de lado após algumas tentativas de condenação de empresas, como foi o caso dos Pneumáticos[23]. O caso diz respeito à suposta pretensão de empresas fabricantes de pneus de adquirir controle de concorrentes para dominar o mercado nacional. Além disso, a atuação das empresas também figurava como um cartel no âmbito da comercialização

---

[22] Cf. CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy. In: Annual Proceedings-Fordham Corporate Law Institute. Kluwer Academic Publishers, 2001. p. 539-568.

[23] CADE. Processo Administrativo nº 10.

desses pneus. Ao final, apesar de o plenário considerar a conduta desleal e anticompetitiva, a decisão foi anulada pela Justiça no ano seguinte[24]. Observa-se que nesse caso, apesar de uma tentativa de neutralidade por parte do Cade, o próprio sistema não permitia a desvinculação do órgão antitruste da política do governo.

Importante ressaltar que mesmo no período de liberalização da economia apontado no Item I, ocasião na qual entrou em vigor a Lei 8.884/94, ainda restavam vestígios que dificultavam a criação de um ambiente efetivamente competitivo, remanescentes da intervenção estatal. No Cartel do Aço[25], por exemplo, os próprios dirigentes do Instituto Brasileiro de Siderurgia e de industrias produtoras de aço comunicaram à Seae a intenção de reajustar o preço do aço, demonstrando os resquícios do período de controle de preços. Nesse caso, mesmo após o alerta da Seae a respeito do caráter ilícito da coordenação para o reajuste de preço, verificou-se que as empresas efetivaram os planos iniciais e acabaram sendo condenadas pela prática de cartel[26].

Passados alguns entraves para o estabelecimento do Cade como autoridade antitruste, recentemente, questões de tabelamento de preço por parte do Estado continuam estão sendo discutidas[27] e demonstram a dificuldade de se separar a atuação estatal da atuação das empresas. Considerando o quão recente é o passado acima retratado, é possível afirmar que, apesar desta não ser a questão central deste trabalho, ainda há muito o que se discutir a respeito desta categoria de problema.

---

[24] CADE. Defesa da concorrência no Brasil - 50 anos (CADE). Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf . p. 46.

[25] CADE. Processo Administrativo 08000.015337/1997-48

[26] CADE. Defesa da concorrência no Brasil - 50 anos (CADE). Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf. p.90.

[27]Cf. FOLHA DE SÃO PAULO. “Tabela de frete é semelhante a cartel, diz Cade”. Brasília, 18/06/2018. Caderno Mercado. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/tabela-de-frete-e-semelhante-a-cartel-diz-cade.shtml

3.2. Tratamento diferenciado para setores e empresas de interesse do Estado

Em relação ao tratamento diferenciado para setores e empresas de interesse do Estado, destacamos especialmente a política dos campeões nacionais. Isso porque, apesar desse suposto enviesamento de autoridades antitruste ser questionável, no Brasil, tais agentes não são isentos à aplicação da Lei. nº 12.529/2011. De acordo com o artigo 31 da lei de defesa da concorrência brasileira, estão sujeitos à aplicação da lei antitruste as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. A questão remanescente é, apesar da sujeição desses agentes estar prevista expressamente no ordenamento, a análise dos casos envolvendo setores de interesse do Estado seria igual à de empresas que não possuem o mesmo *status*?

Conforme observado no item II deste trabalho, as políticas industriais foram consideradas pelo governo como de suma importância para o processo de desenvolvimento econômico brasileiro, mesmo após a implementação de uma política antitruste no país. Além disso, observou-se que parte considerável da política industrial – especialmente aquela praticada pelo BNDES – foi/é realizada via aporte financeiro para realização de fusões e aquisições. Questiona-se, dessa forma, se o Cade foi de fato neutro na análise das fusões dos campeões nacionais.

Os autores Carvalho e Castro[28] apontam que a neutralidade da política de fusões nem sempre é observada pelas autoridades antitruste quando se trata de empresas estrangeiras e que não necessariamente maiores concentrações industriais advêm de políticas mais intervencionistas do Estado. Eles observam que o próprio conceito de

---

[28] De acordo com os autores: "*A existência de uma política industrial seletiva não deve ser lida como sinônimo de concordância com toda e qualquer concentração. Assim, o Estado pode ter limitações para desconcentrar estruturas produtivas que entenda ineficientes e que não foram objeto de uma política industrial consciente*". CARVALHO, Vinicius. CASTRO. Ricardo. "Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: uma avaliação crítica". In: Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS. Série Direito em Debate - Direito Desenvolvimento Justiça. vol. 1. Saraiva, 2012, p. 19.

neutralidade concorrencial é questionável frente ao risco de se transformar a análise antitruste em um esquema simplista e matemático[29].

No Brasil, a Lei nº 8.884/1994 trazia em seu artigo 54[30] a previsão explícita à possibilidade de se analisar aos interesses da econômica nacional e interesse do consumidor nos atos de concentração notificados ao Cade, fato que possibilitava a observância de políticas industriais quando da análise de operações. Contudo, a Lei nº 12.529/2011 excluiu tal inciso, restando no artigo 88[31] apenas a previsão de que os Atos de Concentração podem ser autorizados quando benefícios forem repassados aos consumidores.

Nesse sentido, passa-se à análise do caso JBS para verificar se, em relação a esse campeão nacional específico, nos Atos de Concentração submetidos ao Cade, o Tribunal considerou a política indústria fomentada pelo governo ou se a autoridade se manteve neutra.

---

[29] Se acordo com Paula Forgioni: "*não apenas a técnica não é neutra, como o mercado não é uma ordem espontânea e as escolhas dos resultados derivam de decisões políticas. Devem restar claras as "artérias ideológicas que canalizam o novo sangue do organismo jurídico" reconhecendo-se abertamente o "sub-reptício ideológico da teoria jurídica". A indicação do mercado como único (ou melhor) protagonista na determinação da forma de alocação de recursos em sociedade é eminentemente política*". FORGIONI, Paula. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

[30] "*Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. § 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: (...) § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo* ***preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final***." (grifos nossos)

[31] "*Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 6° Os atos a que se refere o § 5° 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***". (grifos nossos)

4. JBS e Cade

Conforme apontado anteriormente, neste tópico pretendemos analisar se, diante da política dos campeões nacionais e do expressivo crescimento da JBS especialmente após 2008, o Cade se manteve isento nas decisões relacionadas à JBS ou se a autarquia de alguma forma contribuiu para a política observando os objetivos da política industrial implementada pelo Estado. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, considerando o contexto de industrialização tardia, necessidade de fortalecimento da economia nacional e política de investimento em setores estratégicos empregada pelo governo brasileiro, a autoridade poderia ter considerado tais fatores na análise de Atos de Concentração notificados no período. Para tanto, foram analisados os processos julgados[32] envolvendo a empresa JBS e a JBJ[33], com o intuito de se buscar argumentos em prol de sua expansão internacional e ganho de competitividade no exterior.

Ressalta-se, novamente, a escolha dessa empresa para análise do histórico de decisões do Cade em relação aos campeões nacionais decorre de sua expressividade conquistada como produtora e exportadora de carne bovina em escala mundial, que consagrou os objetivos iniciais da política

---

[32] A pesquisa foi realizada por meio da plataforma SEI, utilizando as palavras-chave "JBS" ou "JBJ", selecionando "Processos" e "Documentos Gerados", nos tipos de documentos: "Nota Técnica", "Parecer" e "Voto". Os resultados obtidos foram os seguintes: Palavra-chave "JBS" - 6 resultados no tipo de documento "Nota Técnica"; 21 resultados no tipo de documento "Parecer"; 17 resultados no tipo de documento "Voto". Palavra-chave "JBJ" - 3 resultados no tipo de documento "Nota Técnica"; 3 resultados no tipo de documento "Parecer"; 5 resultados no tipo de documento "Voto". Dentre os resultados observados, a JBS e a JBJ eram requerentes ou representadas em 11 processos. Dentre os 11 processos apenas não foram analisados os Embargos de declaração nº 08700.006554/2016-19 e os tipos de processo são os seguintes: 1 Processo Administrativo, 2 Atos de Concentração Ordinários, 5 Atos de Concentração Sumários e 2 Procedimentos Administrativos para Apuração de Atos de Concentração. Ademais, foram analisados os formulários de notificação dos casos listados e foram selecionados os Atos de Concentração ordinários que constavam na lista de operações notificadas ao Cade.

[33] A inclusão da empresa JBJ na análise dos casos envolvendo a JBS decorre da decisão do Cade no âmbito do AC 08700.007553/2016-83 que será analisada no item "c) Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83 (JBJ/Mataboi)".

em contraposição ao destino de outras "campeãs"[34]. Ademais, diante das recentes polêmicas[35] envolvendo a empresa e a retomada dos debates sobre a efetividade da política dos campeões nacionais, também é necessário analisar, sob o prisma do antitruste, o processo de crescimento da empresa e o seu controle no Cade.

De acordo com o Voto que analisou a operação JBS/Bertin[36], o cenário da indústria de carnes do Brasil começou se ser reconfigurado entre os anos de 2008 e 2009. Não obstante o crescimento da indústria entre 2001 e 2007, entre 2008 e 2012 o crescimento da atividade produtiva não conseguiu retomar os níveis de crescimento de 2007 e diversos frigoríficos se encontravam em dificuldades financeiras. Por outro lado, outros grupos empresariais (como a JBS, Marfrig e a Minerva) ampliaram seus ativos e expandiram suas unidades produtivas no mercado internacional por conta de seu melhor nível de capitalização.

Tal qual apontado em extensa matéria publicada no jornal Valor Econômico[37], o processo de crescimento e internacionalização da JBS foi marcado por uma série de aquisições, em especial pela compra da empresa argentina Swift que ocorreu em 2007[38]. O processo foi apoiado pelo

---

[34] Aqui tratamos apenas do fator internacionalização, sem considerar os escândalos envolvendo a empresa. Para maiores informações sobre o destino de outras "campeãs nacionais" ver: LUPION, Bruno Lupion. "Como empresas apoiadas para virar 'campeãs nacionais' quebraram ou entraram na mira da Lava Jato". Nexo Jornal. 04/07/2016. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/04/Como-empresas-apoiadas-para-virar-campe%C3%A3s-nacionais-quebraram-ou-entraram-na-mira-da-Lava-Jato (acesso em 24/06/2018).

[35] Cf. MENDES, Luiz Henrique; ADACHI, Vanessa, TORRES, Fernando e GÓES, Francisco. "A saga da JBS". Valor Econômico. São Paulo e Rio de Janeiro, 07/07/2017. Disponível em: http://www.valor.com.br/especial/jbs

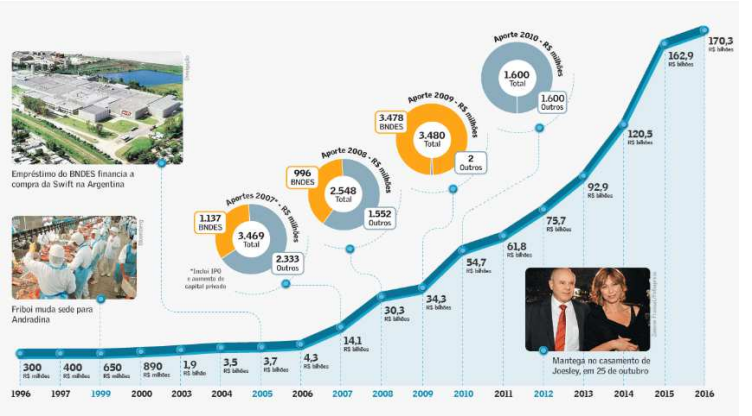
[36] Análise conjunta dos a. Atos de Concentração nº 08012.008074/2009-11, 08012.002148/2012-01, 08012.002149/2012-48, 08012.003367/2012-08, 08700.004230/2012-12, 08700.004226/2012-46 (JBS, Bertin e outras).

[37] Cf. MENDES; ADACHI; TORRES e GÓES. Op. Cit.

[38] De acordo com trabalho publicado pelo BNDES, *" A JBS tem suas origens em 1953 com o frigorífico Friboi em Anápolis (GO), que se apoiava no mercado de Brasília. Inicialmente, abastecia os refeitórios das empresas construtoras para depois se tornar o principal fornecedor da cidade, de alto poder aquisitivo e em rápido crescimento. Sustentada na demanda de Brasília, a Friboi adquiriu uma série abatedouros e, em 1997, inicia exportações de carne in natura. Em 2005, faz sua primeira aquisição internacional: a Swift Argentina, na qual executa um*

BNDES, que se encontrava num momento "mais desenvolvimentista", por conta da política de apoio à fusões e aquisições no exterior e do PDP, que colocou o setor de proteína animal como um dos principais setores a serem apoiados[39]. Entre 2007 e 2012, ainda de acordo com a matéria, o BNDESPar aportou R$12,4 bilhões à JBS, Bertin, Marfrig, BRF e Independência, cada qual representado um interesse específico do setor. Para a JBS, foram aportados R$ 8,1 bilhões voltados para as aquisições da Swift (2007), Smilthfield+Five Rivers (2008), Bertin (2008) e a Pilgrims Pride (2009). Após essas operações, o crescimento da empresa foi substancial, conforme demonstra a imagem abaixo[40]:

Imagem 01



---

rápido "turnaround" da empresa integrando-a as melhores práticas do grupo empresarial. No final de 2006, o faturamento da Friboi havia chegado a R$ 4,3 bilhões com uma capacidade de abate de bovinos de 22,6 mil cabeças/dia em 21 plantas no Brasil e 5 na Argentina, consolidando-se como principal frigorífico do Mercosul. Em mar/07, a empresa adota o nome JBS e faz sua oferta pública inicial de ações (IPO, na sigla em inglês) no âmbito do Novo Mercado, a primeira de um frigorífico nacional, captando R$ 1,6 bilhão. A entrada da BNDESPAR no capital da empresa em 2007, como veremos à frente, associa-se a novas oportunidades de internacionalização, diversificação proteica (suínos, ovinos e frangos) e para produtos correlatos (couro, laticínios, colágeno, sabonetes, etc.) e integração para frente (processados e pratos prontos) que se apresentaram logo após o IPO". BNDES. "O crescimento de grandes empresas nacionais e a contribuição do BNDES via renda variável: os casos da JBS, TOTVS e Tupy". Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2014. p. 8.

[39]Cf. MENDES; ADACHI; TORRES e GÓES. Op. Cit.

[40] Cf. MENDES; ADACHI; TORRES e GÓES. Op. Cit.

Nesse cenário, indaga-se qual foi a postura do Cade diante desse crescimento expressivo e diante das operações de fusão e aquisição apoiadas pelo BNDES. Para tanto, analisaremos os Atos de Concentração nos quais a JBS ou a JBJ figuraram como partes, pois, considera-se que as operações mais expressivas e que poderiam causar um maior impacto no cenário concorrencial seriam "filtradas" pelos critérios de notificação do Cade. Assim, observando tais operações, será possível auferir se, diante da possibilidade de produção de efeitos anticompetitivos, o Cade levou em consideração a política de incentivo ao setor.

4.1. Atos de Concentração

Neste tópico serão analisados três Atos de Concentração Ordinários nos quais a JBS ou a JBJ figuram como partes. A escolha pela análise desse tipo de procedimento foi motivada pela constatação, ao longo da pesquisa, que as fusões e aquisições realizadas pela empresa foram cruciais para que ela ocupasse posição de destaque no mercado internacional de carnes bovinas e aumentasse seu patrimônio exponencialmente. A título de exemplo, de acordo com o BNDES[41], a fusão JBS e Bertin, apoiada pelo BNDESPar, significou salto expressivo no faturamento da empresa nos anos de 2007 e 2010.

Ademais, a escolha pelos procedimentos ordinários foi motivada pela maior complexidade dos casos – por conta de sua própria natureza – e dimensão dessas operações. Dessa forma, buscou-se observar de que forma o Tribunal do Cade analisou fatores como: (i) processo de internacionalização da empresa como fator gerador ou redutor de eficiências; (ii) vantagem competitiva do apoio do BNDESPar; (iii) interesse do Estado no fortalecimento e expansão da empresa; (iv) a empresa ser uma "campeã nacional" figurar como argumento favorável a uma maior concentração de mercado; (v) crescimento da empresa como exportadora ser um fator gerador ou redutor de eficiências.

---

[41] "*Em todas as empresas, houve expressivo crescimento do faturamento após o apoio da BNDESPAR bastante superior ao crescimento médio registrado em seus setores e ao próprio crescimento da empresa antes do apoio. Em especial, a JBS multiplicou por oito seu faturamento, que saiu de R$ 14 bilhões em 2007 para R$ 120 bilhões em 2014, tornando-se a maior empresa privada nacional em faturamento e a segunda empresa global em alimentos, atrás da Nestlé*". BNDES, Op. Cit., p. 13.

4.1.1. Atos de Concentração nº 08012.008074/2009-11, 08012.002148/2012-01, 08012.002149/2012-48, 08012.003367/2012-08, 08700.004230/2012-12, 08700.004226/2012-46 (JBS, Bertin e outras)

Os Atos de Concentração 08012.008074/2009-11, 08012.002148/2012-01, 08012.002149/2012-48, 08012.003367/2012-08, 08700.004230/2012-12, 08700.004226/2012-46[42] serão analisados em conjunto porque elas foram apresentadas em conjunto pelas requerentes. De acordo com o voto do conselheiro relator, o processo de internacionalização da empresa JBS se iniciou com a aquisição da Swift & Company nos Estados Unidos e na Austrália, que acabou resultando na aquisição da marca Swift pelo mundo inteiro. Na época da notificação desta operação, o BNDESPar possuía 19,86% de participação acionária na JBS.

Uma vez que a operação foi notificada sob a égide da lei 8.884/94, ressalta-se que a ela já havia sido concretizada quando da análise pelo Cade. A incorporação da empresa Bertin S/A pela JBS havia ocorrido em 2009 e tal processo marcou a entrada da empresa no segmento de lácteos, alimentos para animais domésticos e biodiesel. Ademais, a operação envolveu a transferência de negócios no setor de frigoríficos nos Estados de São Paulo, Mato Grosso, Rondônia, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Bahia e Tocantins. Por outro lado, as outras operações notificadas correspondem a aquisições de plantas frigoríficas realizadas pelo Grupo em 2012 nos municípios de Rio Branco (AC), Ariquemes (RO), São Miguel do Guaraporé (RO), Confresa (MT), Juara (MT), Colíder (MT) e Ponta Porã (MS).

Considerou-se que o mercado relevante das operações poderia ser dividido como: (i) mercado de carne bovina in natura dos frigoríficos SIF; (ii) mercado de carnes processadas. (ii.1) congelados - hamburgueres, (ii.2) kibes e almôndegas; (ii.3) carne bovina processada e curada e (ii.4) carne bovina enlatada; (iii) mercado de couro, (iii.1) couro cru, (iii.2) couro *wet blue*, (iii.3) couro *crust* e (iii.4) couro acabado; (iv) mercado de subprodutos do abate[43]. Em relação à dimensão geográfica, se definiu o

---

[42] Processo julgado na 16ª Sessão Ordinária de julgamento, publicação no DOU em 22/05/2013.

[43] De acordo com o voto, neste mercado: "*considerando a diversidade de produtos, as suas distintas utilizações e., principalmente, que todos derivam diretamente do boi e que a sua produção ocorre nas próprias plantas frigoríficas a partir da própria produção da carne in natura, entendo que a definição deste*

mercado de abate pelos seus limites estaduais e o mercado de carne *in natura* foi definido como nacional.

De acordo com o Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, para além da comodidade operacional, o motivo da reunião dos casos em uma única análise é a preocupação suscitada pela SG/Cade quanto à existência de uma grande quantidade de operações de arrendamento de unidades frigoríficas e de aquisições de ativos no exterior que não teriam sido notificadas pela JBS ao Cade[44]. Tais operações podem ser observadas na tabela apresentada no voto:

PARTE	OPERAÇÃO	DATA	PLANTA (MUNI-CÍPIO)	PAÍS
JP Morgan Investment	Compra e Venda de Ações	2008	Colônia Caroya	Córdoba Argentina
N/A	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	02/05/2008	Várias	Austrália
Emiglio Rigamonti, Simonetta Rigamonti, Grand Banquet AS. E Tritone	Compra e Venda de 50% da participação da Rigamonti Salumíficio pela Bertin	07/07/2008	Várias	Itália
N/A	Aquisição da Smithfield Beef Group, Inc	07/06/2008	Várias	Estados Unidos
N/A	Aquisição de ações da Pilgrim's Pride Corporation	16/09/2009		Estados Unidos

mercado pode, para efeitos da presente análise, acompanhar, simplesmente, a definição do mercado de carne in natura, funcionando os dados relativos a este como proxy razoável para aqueles.".

[44] De acordo com a JBS, as operações não foram notificadas por serem empresas que não exportavam para o Brasil e não auferiam faturamento no país. Ademais, a JBS também deixou de notificar outras operações de arrendamento no Brasil, sob o argumento que os critérios de notificação da Lei 8.884/94 se aplicavam apenas a operações de aquisições de empresas e ativos, e não arrendamento de unidades empresariais.

N/A	Aquisição de Tatiara Meat	19/02/2010		Estados Unidos
N/A	Aquisição do Grupo Toledo	Julho/2010	Europa	Bélgica
N/A	Aquisição da Rockdale Beef	20/092010	Várias	Austrália
N/A	Aquisição da McElhaney Cattle Company	27/09/2010		Estados Unidos
N/A	Compra e Venda de participação societária	2011	Asunción	Paraguai
N/A	Compra e Venda de participação societária	2011	San Antonio	Paraguai
N/A	Acordo para administração e operação de ativos da XL Foods e Opção de Compra de Ativos	17/10/2012	XL Foods	Canadá/Estados Unidos

Observa-se que as operações acima mencionadas figuram como marcos do crescimento internacional da empresa - especialmente as operações “Aquisição da Smithfield Beef Group, Inc” e “Aquisição de ações da Pilgrim’s Pride Corporation” - e que não consta na lista a aquisição da Swift. Não obstante, não foi realizada a análise deste ponto específico, tampouco a análise de mérito se utilizou dos aspectos apontados na introdução deste item, quais sejam: (i) processo de internacionalização da empresa como fator gerador ou redutor de eficiências; (ii) vantagem competitiva do apoio do BNDESPar; (iii) interesse do Estado no fortalecimento e expansão da empresa; (iv) a empresa ser uma “campeã nacional” figurar como argumento favorável a uma maior concentração de mercado; (v) crescimento da empresa como exportadora ser um fator gerador ou redutor de eficiências.

A expansão internacional da empresa foi apontada no item introdutório do voto e o fato da empresa ser exportadora foi analisado apenas nas explicações sobre a operacionalização/funcionamento de determinadas plantas, sem que se aprofundasse na análise acerca de possível efeitos pró ou anticompetitivos desses aspectos. Ao final, o conselheiro relator aprovou as operações condicionando ao cumprimento de um Termo de Compromisso de Desempenho que obriga as partes a comunicar ao Cade os futuros arrendamentos, locações e ou aquisições, pela JBS, de unidade de abate bovino, esteja a unidade ativa ou inativa. Dessa forma, não foram observados argumentos pró política dos campeões

nacionais, mas houve uma omissão em relação à operações extremamente importantes para o crescimento e ganho de mercado da JBS.

4.1.2. Ato de Concentração nº 08700.010688/2013-83 (JBS e Rodopa)

A operação diz respeito à locação, pela JBS S.A., de três unidades de abates e desossa de bovinos localizadas em Santa Fé do Sul/SP, Cassilândial/MT e Cachoeira Alta/GO, todas de propriedade da Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. e da Forte Empreendimentos e Participações Ltda., englobando os equipamentos e os maquinários atualmente instalados nos frigoríficos.

Em relação ao mercado relevante, foi utilizado o mesmo critério do AC 08012.008074/2009-11 (JBS/Bertin) e a análise do mercado de carne bovina *in natura* foi feita de maneira mais aprofundada. Ademais, foram utilizados critérios que medem a capacidade de a empresa competir de acordo com: 1) Tamanho de planta; 2) Número de plantas; 3) Dispersão de plantas; 4) Marcas diferenciadas, 5) Integração; 6) Grande capacidade de exportar; 7) Custo do crédito; 8) *Share* relevante e ganho de *share*.

Observa-se que constam nos critérios um maior foco na capacidade de exportação e o crédito na capacidade de rivalidade do que no caso anterior, de modo que foram utilizados alguns dos fatores apontados no tópico introdutório. Mais especificamente, foi feita a análise de mérito de alguns pontos de atenção quanto à neutralidade do Cade: "*(ii) apoio do BNDESPar como vantagem competitiva (critério crédito)*"; "*(v) crescimento da empresa como exportadora como fator gerador ou redutor de eficiências (critério exportação)*".

No caso em questão, as requerentes apresentaram manifestação contraditando o Parecer Técnico da SG/Cade, sob a alegação de ausência de mudanças drásticas no mercado desde a análise do AC JBS/Bertin. Diante da alegação da SG/Cade de que a Rodopa poderia ser considerada uma *maverick* com papel de contestar o poder de mercado da JBS, as requerentes defenderam que a SG/Cade deixou de considerar o desvio de carne destinada à exportação para o mercado doméstico. Isso porque, tal fato seria uma importante fonte de contestação do exercício de poder de mercado na oferta de carne *in natura* no Brasil. Ademais, as requerentes defendem que, ao contrário do entendimento da SG/Cade, a operação não poderia ser considerada preocupante, tendo em vista que a metodologia utilizada pela SG/Cade não era correta e que não se trata de aquisição de plantas, e sim de arrendamento.

Já em relação ao exame de mérito realizado pelo relator, ressaltamos a análise do custo de crédito e de existência de crédito diferenciado que foi realizada. De acordo com o relator, a capacidade de financiamento seria uma barreira à entrada na indústria em questão, de modo que, apesar do aporte do BNDESPar não ser mencionado explicitamente, considerou-se que a JBS, a Marfrig, a Minerva e a BRF – empresas com financiamento do BNDES – possuíam uma maior facilidade de acesso a crédito por conta do capital aberto. Nesse aspecto, importa notar que o BNDES teve importante papel na abertura de capital da JBS por conta da política de incentivo do governo à criação dos "campeões nacionais".

Ademais, em relação à capacidade de exportação e arbitramento de preços internacionais, considerou-se que os frigoríficos exportadores possuem isenção de impostos e que a importação possibilita a empresa pleitear melhores preços no mercado externo, aumentando os lucros desses agentes. Por outro lado, frigoríficos não exportadores, restritos ao mercado interno, são limitados em termos de oportunidade de vendas e aumento da lucratividade.

A conclusão do voto foi no sentido de que seria necessário realizar uma análise mais cuidadosa do que se empregou no AC 08012.008074/2009-11 (JBS/Bertin), por conta das transformações que estariam ocorrendo no mercado. Assim, a operação foi aprovada com restrições, de modo que a JBS estaria proibida de adquirir unidades industriais de abate de bovinos em funcionamento nos estados nos quais a empresa possua determinada participação de mercado. Ademais, também foram impostas as seguintes restrições:

i. A JBS se obriga a manter em pleno funcionamento as plantas objeto da operação, além de abrir mão do direito de preferência na aquisição das unidades arrendadas;
ii. A JBS deve informar a futuros arrendamentos, locações e/ou aquisições de unidades de abate bovino, sejam unidades ativas ou inativas por determinado período;
iii. A RODOPA, se comprometeu a alienar uma de suas marcas;
iv. A RODOPA deverá alienar também determinadas unidades industriais de abate.

Após a aprovação da operação com restrições, na 93ª sessão de julgamento, as requerentes fizeram um pedido de flexibilização de suas obrigações e o tribunal decidiu pela revisão da operação. Observa-se que a discussão sobre o fato da JBS ter sido beneficiada pela política dos

campeões nacionais já foi ponto de reflexão, ainda que indiretamente. Contudo, ainda assim a política industrial que motivou o crescimento da empresa como exportadora não foi abordada.

4.1.3. Ato de Concentração nº 08700.010688/2013-83 (JBS e Rodopa)

O último caso analisado trata de aquisição, pela JBJ Agropecuária Ltda. ("JBJ"), da totalidade do capital social da Fratelli Dorazio Investimentos Ltda., denominada Mataboi Participações Ltda. ("Mataboi Par"), e de sua subsidiária integral, a Mataboi Alimentos Ltda. ("Mataboi").

Importante discussão foi suscitada no bojo deste Ato de Concentração, uma vez que, a preocupação central que motivou a análise do Tribunal foram as estreitas relações entre a JBS e a JBJ. A primeira foi fundada pelo Sr. José Batista Sobrinho, que figura como presidente da empresa e que possui 0.0002% de ações da JBJ. Esta, por sua vez, era controlada pelo Sr. José Batista Júnior, que possuía 99,99% das ações.

Considerou-se no voto do relator que, apesar da participação pouco expressiva do Sr. José Batista Sobrinho na JBJ, seria necessário observar que o Sr. José Batista Júnior havia ocupado cargos no grupo da JBS, tendo se retirado do Conselho de Administração da JBS e do capital social da J&F *holding* em 2013. Além disso, o fato de existir relação familiar entre os empresários também deveria ser considerado um ponto de alerta. Ademais, foram apresentados outros diversos fatores no sentido de se considerar a alta probabilidade de coordenação entre as empresas.

Ao longo do voto, foram utilizados os mesmos critérios de análise do AC 08700.010688/2013-83 (JBS e Rodopa) e foi constatada a possibilidade de ocorrência de impactos anticompetitivos advindos da operação quando consideradas as participações de mercado da JBS e da JBJ em conjunto. Caso a participação da JBJ fosse estimada isoladamente, a operação não suscitaria preocupações de ordem concorrencial, caso a JBS fosse considerada na análise, haveria significativa redução da concorrência no mercado. O relator, e o restante do conselho, decidiu reprovar a operação, pois, apesar de não ser possível considerar as duas empresas como do mesmo grupo econômico, a operação "*gera o risco de elevar ainda mais o poder de mercado da JBS, ainda que de forma coordenada e/ ou por obtenção de informação de concorrente, poder esse já no limite, conforme a última decisão do CADE*".

Como a discussão deste caso se baseou na análise realizada pelo caso JBS/Rodopa, não foram observados novos elementos que poderiam indicar que o Cade considerou a política industrial na análise do AC ou que não foi neutro em seu julgamento.

5. Conclusão

Ante o exposto, importa ressaltar alguns aspectos dos Atos de Concentração analisados. No primeiro caso (JBS/Bertin), apesar de serem apontadas diversas operações realizadas no exterior, o voto do relator não aprofundou a análise dos impactos decorrestes dessas operações. Já no âmbito do AC JBS/Rodopa, o fator exportações figurou como argumento que reforçava as preocupações quanto aos possíveis efeitos anticompetitivos e o fator crédito, ainda que tenha sido analisado brevemente, também foi considerado uma barreira à entrada de novos competidores. Nesses dois casos, não houve nenhuma menção à política dos campeões e o fato da empresa contar com uma maciça participação do BNDESPar nas operações de fusão e aquisição não foi mencionado na análise de mérito.

O mesmo ocorreu no AC JBJ/Mataboi no qual, não obstante a reprovação da operação, as discussões sobre os campeões nacionais ou o financiamento do BNDESPar não figurou a análise de mérito. Foi realizada uma breve citação a respeito dos impactos do financiamento no ambiente competitivo no tópico sobre a facilidade de acesso à credito das empresas, sem qualquer menção à política dos campeões nacionais.

Observadas as decisões do Cade em relação à JBS chega-se à conclusão que o Cade se manteve neutro na análise dos ACs envolvendo a empresa se considerarmos como *proxy* de “não neutralidade” o atendimento explícito aos interesses do Estado no fomento dos campeões nacionais. O que resta indagar é se não deveríamos utilizar um coeficiente diferenciado para analisar as vantagens competitivas dos players que tiveram financiamento estatal impulsionando suas atividades.

Ora, apesar de a análise das operações do objeto de estudo desse trabalho indicarem que houve uma efetiva “neutralidade” no julgamento dessas operações, o que se questiona é se a ausência de análise desse fator não acaba por ratificar indiretamente a política aplicada pelo governo. O fato é que, na opinião desta autora, a vantagem competitiva que foi conquistada pela JBS por conta do aporte do BNDES deveria ter sido considerada na análise de todos os Atos de Concentração julgados pelo

Cade sob pena de subdimensionamento do poder de mercado da empresa, possibilidade de expansão, as barreiras à entrada, dentre outros fatores. Isso porque, a existência de uma política de incentivo ao crescimento de empresas privadas por sua própria natureza fortalece determinados agentes em detrimento de outros e, mesmo que o acesso à crédito tenha sido considerado nos casos JBS/Rodopa e JBJ/Mataboi, é necessário discutir explicitamente o "elefante branco" que é o BNDES.

Concluímos, assim, que não se trata de uma neutralidade concorrencial e sim de uma abstenção em relação a esses agentes. Na opinião desta autora, entende-se que a abstenção em relação a esses tópicos pode possibilitar que efeitos anticompetitivos danosos ao ambiente concorrencial sejam gerados. Não por conta de um direcionamento das operações, mas pela ausência de análise em relação a existência de interesses estatais no crescimento da empresa.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Mansueto Facundo; OLIVEIRA, Renato Lima de; SCHNEIDER, Ben Ross. Política industrial e empresas estatais no Brasil: BNDES e Petrobras. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto (Edit.). Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. Brasília: IPEA, 2014. Pp. 323-347.

BNDES. "O crescimento de grandes empresas nacionais e a contribuição do BNDES via renda variável: os casos da JBS, TOTVS e Tupy". Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Teoria novo-desenvolvimentista: uma síntese. Cadernos do Desenvolvimento, v. 11, n. 19, julho-dezembro de 2016. p. 145-165.

CADE. Defesa da concorrência no Brasil - 50 anos (CADE). Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf

CARVALHO, Vinicius. CASTRO. Ricardo. "Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: uma avaliação crítica". In: Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os

BRICS. Série Direito em Debate - Direito Desenvolvimento Justiça. vol. 1. Saraiva, 2012.

CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy. In: Annual Proceedings-Fordham Corporate Law Institute. Kluwer Academic Publishers, 2001. p. 539-568.

FILHA, Dulce Monteiro, PRADO, Luiz Carlos Delorme, LASTRES, Helena M. M. (org.). Estratégias de desenvolvimento, política industrial e inovação: ensaios em memória de Fábio Eber. Rio de Janeiro: BNDES, 2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. "Tabela de frete é semelhante a cartel, diz Cade". Brasília, 18/06/2018. Caderno Mercado. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/tabela-de-frete-e-semelhante-a-cartel-diz-cade.shtml

FORGIONI, Paula. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FOX, Eleanor; HEALEY, Deborah. When State Harms Competition: The Role for Competition Law". Antitrust Law Journal. nº 3. 2014.

LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. *Capitalismo de Laços*. São Paulo: Campus, Elsevier, 2010.

LUPION, Bruno. "Como empresas apoiadas para virar 'campeãs nacionais' quebraram ou entraram na mira da Lava Jato". Nexo Jornal. 04/07/2016. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/04/Como-empresas-apoiadas-para-virar-campe%C3%A3s-nacionais-quebraram-ou-entraram-na-mira-da-Lava-Jato

MENDES, Luiz Henrique; ADACHI, Vanessa, TORRES, Fernando e GÓES, Francisco. "A saga da JBS". Valor Econômico. São Paulo e Rio de Janeiro, 07/07/2017. Disponível em: http://www.valor.com.br/especial/jbs

OCDE. Roundtable on competition policy, industrial policy and national champions. 2009. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/44548025.pdf

PRADO, Luiz Carlos Delorme. "Defesa da concorrência e desenvolvimento: notas sobre o debate e sua aplicação no caso brasileiro". In: Dulce Monteiro Filha, Luiz Carlos Delorme Prado, Helena M. M. Lastres (Org.) *Estratégias de desenvolvimento, política*

industrial e inovação: ensaios em memória de Fábio Eber. Rio de Janeiro : BNDES, 2014. Rio de Janeiro, 2014.

RODRIK. Dani. Goodbye Washington Consensus, hello Washington Confusion: a review of the World Bank's Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade to Reform. 2006.

SCHAPIRO, Mario. G.; TRUBEK, David. Redescobrindo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: Mario G. Schapiro; David M. Trubek. (Org.). *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.

WILLIAMSON, John. *What Washington Means by Policy Reform, in Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington: Institute for International Economics, 1990.

7. NEUTRALIDADE CONCORRENCIAL E (IM)POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO ANTITRUSTE DIFERENCIADO ÀS EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL

6. NEUTRALITY AND (IM)POSSIBILITY OF A DIFFERENTIAL ANTITRUST TREATMENT FROM STATE-OWNED COMPANIES IN BRAZIL

Hamanda Rafaela L. F. Vidal de Negreiros

Resumo: O presente artigo almeja analisar em que medida é possível justificar a possibilidade de se conceder tratamento diferenciado na aplicação das regras do Direito Concorrencial ao exercício das atividades desempenhadas pelas empresas estatais no Brasil e as características desenhadas caso se aceite essa possibilidade. Incialmente, expõe-se um panorama do regime jurídico diferenciado ao qual as empresas estatais estão vinculadas. Na sequência, analisa-se a doutrina no direito comparado e no comércio internacional acerca do tema através do estudo de casos de isenção do controle concorrencial. Ao final, verifica-se de que modo as teorias acerca do tratamento concorrencial diferenciado podem ser aplicadas às empresas estatais no Brasil, considerando as possíveis exceções à neutralidade concorrencial, bem como as possíveis consequências decorrentes desta aplicação.

Palavras-chave: Tratamento diferenciado. Direito da Concorrência. Neutralidade concorrencial. Empresas estatais. Isenção antitruste.

Abstract: This article aims to analyze if it is possible to justify the possibility of differentiated treatment in the application of the rules of the Competition Law to the exercise of the activities carried out by state - owned companies in Brazil and the characteristics drawn if this possibility is accepted. Initially, it is exposed an overview of the differentiated legal regime to which state-owned companies are submitted. Following this, it is presented the doctrine in comparative law and international trade through the study of cases of immunity from competitive control. In the end, it is verified how theories about differential competitive treatment can be applied to state-owned companies in Brazil, considering the possible exceptions to the competitive neutrality, as well as the possible consequences of this application.

Keywords: Differential treatment. Competition Law. Competitive neutrality. State enterprises. Antitrust immunity.

1. Introdução

O Estado, por autorização constitucional, pode atuar como agente de mercado. Em situações de relevante interesse coletivo e por imperativo de segurança nacional,[1] mostra-se possível a criação de uma empresa estatal ou sociedade de economia mista. Com isso, a entidade criada ou autorizada por Lei passa a atuar diretamente como um agente econômico, seja em regime de participação ou absorção.[2]

Configura-se o que em gênero se denomina Administração Pública gerencial ou de resultados,[3] provocando o que alguns chamaram criticamente de fuga do direito administrativo para o direito privado.[4]

---

[1] De acordo com o artigo 173 da Constituição da República. "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

[2] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

[3] De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "dentro de uma nova concepção das próprias relações entre os cidadãos e a administração pública, como especificamente voltada à afirmação de seu dever funcional de proporcionar resultados concretos e materializados em uma boa e justa atribuição de bens e serviços às pessoas, como um *proprium* da função administrativa (...) agita-se uma dramática mutação do próprio conceito de administração pública, que vai aos poucos perdendo suas características imperativas, que a postavam, tradicionalmente, como uma expressão de um poder do Estado, para entendê-la como nada mais que um função constitucionalmente vinculada a ser desempenhada pelo Estado e a ser o mais amplamente que possível compartilhada com a sociedade, compreendendo todo o seu desenvolvimento, desde o seu planejamento até o seu controle" (*Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*, pp. 133-134).

[4] ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. De acordo com a autora, "verifica-se um movimento (...) de privatização da própria Administração Pública desempenha servindo-se das formas jurídico-privadas de organização ou de atuação. A propósito destas tarefas que a Administração Pública desempenha servindo-se das formas jurídico-privadas de organização ou de atuação, existe hoje a preocupação de evitar que, através de uma 'fuga para o Direito Privado', a Administração possa 'livrar-se' das suas vinculações jurídico-públicas aparecendo assim, como eu própria defendi, tentativas várias de construção de um regime jurídico misto para essas novas áreas da atividade

Assim, seja para o desempenho de atividades de exploração econômica em setores onde se fazia necessária sua atuação supletiva, ou mesmo, monopolística, o Estado acolheu o sistema próprio do direito privado.

Em países preocupados em propiciar aceleradamente o desenvolvimento de certos setores econômicos vitais, encontraram-se na contingência de constituir empresas com tal finalidade, tanto em áreas não supridas ou insuficientemente supridas pela iniciativa privada, quanto em áreas que por sua delicadeza estratégica, ou por fatores internacionais perturbadores, requeriam protagonização exclusiva de organismos estatais.[5]

Neste contexto é que surgiram no Brasil entidades como Caixa Econômica Federal, Correios, Banco do Brasil, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Petrobras, Nossa Caixa Capitalização, Braspetro Oil Services Company, Breitener Energética, Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia, Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária- INFRAERO, dentre outras. São quase 150 empresas estatais em âmbito federal[6], e uma infinidade de entidades vinculadas a Estados membros e Municípios.

Exigiu-se do Estado uma atuação no sentido de garantir a correta atuação do mercado, estando há muito ultrapassado o modelo liberal noventesco da mão invisível do mercado,[7] devendo pautar-se pela repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

No que diz respeito à concorrência, a despeito do direito antitruste tender a focar prioritariamente em ações privadas, ou seja, no potencial lesivo de ações deliberadamente tomadas por agentes econômicos no âmbito privado, como por exemplo, acordos entre concorrentes em um mesmo mercado fixando preços, podem existir

---

administrativa" (*A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, p. 340).

[5] Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: RT, p. 88-9.

[6]BRASIL. Ministério do Planejamento no sitio eletrônico <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresasestatais/empresas-estatais-federais>.

[7] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros: 2013, p. 414.

inúmeros problemas concorrências gerados pela ação do Estado através da atuação das empresas públicas.

Na realidade alguns autores na economia defendem que inúmeras, se não todas as distorções de mercado, existem ou são ocasionadas pelo próprio governo e pelas leis existentes.[8] Isso tende a ser particularmente verdade na situação brasileira, um país que vem de um histórico de profunda intervenção estatal na economia.

Em uma análise geral, as empresas estatais também estariam plenamente abrangidas pela legislação antitruste, considerando a abrangência do art. 31 da Lei 12.529/2011,[9] que preconiza a sua aplicação sobre quaisquer pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado.[10] Interpretando este artigo de maneira reservada, a autoridade antitruste teria um mandato restrito, para buscar, de forma neutra, apenas e exclusivamente a maximização da eficiência microeconômica,[11] sem privilégios de qualquer natureza, de maneira a se pautar pela neutralidade concorrencial.

Portanto, as empresas estatais, quando constituídas, passam a atuar em um regime de livre concorrência com o setor privado, de modo que, apesar de a criação delas por parte do Estado ser frequentemente justificada pela necessidade de uma mais eficiente prestação de serviços de interesse geral, nas suas relações com as demais entidades, devem-se observar as regras e formas gerais para que não se causem distorções anticoncorrenciais.

O problema surge quando se analisa o regime jurídico diferenciado a que estas empresas públicas estão sujeitas. Como se sabe,

---

[8] FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

[9]"Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. "

[10]Nesse sentido: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação setorial e órgão antitruste: a importância do regulador. In: CAMPILONGO, Celso; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral; LESSA MATTOS, Paulo Todescan (org). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

[11]CARVALHO, Vinicios; CASTRO, Ricardo. *Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: uma avaliação crítica*. Brasília, 2011, p. 3.

muitas dificuldades se fizeram presentes nessa forma de atuação estatal, de modo que a trajetória do Estado empresário, por muitos, não é considerada de sucesso. O subsídio de tarifas, a burocratização, a politização dos dirigentes, dentre outros motivos, que muitas vezes podem neutralizar as vantagens como a eficiência e a economicidade.

Há que se considerar que a atuação do Estado como agente econômico não é inspirada pela mesma lógica especulativa que estimula os empreendedores privados, pois a produção estatal é qualificada por objetivos tipicamente públicos, que nem sempre priorizam a realização de investimentos em função de sua maior lucratividade.[12]

O presente artigo almeja analisar em que medida é aceitável justificar a possibilidade de se conceder tratamento diferenciado na aplicação das regras do Direito Concorrencial ao exercício de atividades desempenhadas pelas empresas públicas e as características desenhadas caso se aceite essa possibilidade, considerando as peculiaridades acima postas.

Salienta-se, neste quadro, que é essencial, no atual desenvolvimento do direito antitruste nacional, a especial preocupação na aplicação da legislação concorrencial em situações onde a infração à ordem econômica esteja de qualquer forma surgindo de alguma ação do próprio Estado, no caso, por meio da atuação de suas empresas. Neste contexto, as empresas públicas justificam um tratamento diferenciado na aplicação das normas concorrenciais no Brasil? E, em última análise, em caso de aplicação de sanções às empresas públicas pela autoridade antitruste, quem estaria realmente arcando com ônus dessa penalidade?

2. Regime jurídico das empresas públicas e a interface com o direito da concorrência

As empresas estatais surgem no desenvolvimento de função de integração capitalista – na medida em que sua atuação está vocacionada à preservação dos mercados – justificando-se a sua existência, fundamentalmente, pelo atendimento imediato, cumulativo ou não, dos seguintes objetivos: supressão de incapacidade ou falta de interesse econômico momentâneo do setor privado na exploração da atividade;

[12] PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal*. São Paulo: Altas, 2010, p. 221.

supressão da insuficiência da oferta; coibição de situação de monopólio de fato; implementação da função social da propriedade e promoção do pleno emprego.[13]

A empresa estatal no mercado "contribui para o fortalecimento da concorrência, com consideráveis ganhos para o conjunto da sociedade"[14] conquanto atua em serviços nem sempre aparentemente lucrativos para a iniciativa privadas, corrigindo falhas de mercado e práticas abusivas dos demais players. O papel da empresa estatal, desde que tenha poder de mercado suficiente, é "ser o planejador e direcionador de desenvolvimento setorial" permitindo-se assim melhor conhecimento da realidade e, eventualmente, a mudança de rumo do planejamento.[15]

O título VII e o Capitulo I da Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar respectivamente da Ordem Econômica e Financeira e dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, de forma precisa e objetiva estrutura o tema afeto às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

O art. 173 dispõe que ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica[16] pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo,[17] remetendo à lei estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas

---

[13] GRAU, 1984, p. 52 in: PSCHEIDT. Kristian Rodrigo. *Revista de Direito Brasileiro*. São Paulo, SP. v. 15. n. 6. set./dez. 2016, p. 298.

[14] PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal*. São Paulo: Altas, 2010, p.259

[15] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 52.

[16] "O tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre *serviços públicos*, especialmente os de conteúdo econômico e social, e *atividades econômicas*, distinção que tem fundamento na própria Constituição, respectivamente art. 21, XI e XII, e arts. 173 e 174. Atividade econômica, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime de livre iniciativa sob a orientação de administradores da empresa privada. (...) O serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 782.

[17] CF, art. 173, *caput*: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, a qual disporá sobre sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Observa-se, então, que as empresas estatais são marcadas por um hibridismo, uma vez que, apesar de adotarem formas do direito privado, são criadas pelo Estado para a satisfação do interesse público, mesmo quando esta deriva de sua atuação na seara econômica, regendo-se, por isso, em parte, também por normas de direito público, muitas dessas com assento constitucional.

É interessante notar que o Estado, em regra, publiciza toda relação da qual participa. Ainda que o Estado utilize modelos privados na execução de suas tarefas, jamais será total e irrestrita sua subsunção ao regime privatista. Desse modo, os princípios que informam o Direito Administrativo, sobretudo aqueles explicitados no *caput* do artigo 37 da CF/88 - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência - devem ser observados.

Sob essa perspectiva, o mais correto em relação ao regime jurídico das empresas estatais é afirmar que não é propriamente nem de Direito Privado, nem de Direito Público, nem tampouco de direito privado com derrogações de direito público:[18] trata-se de outro regime jurídico, híbrido e atípico, decorrente da junção de elementos de ambos,[19] elementos

---

[18] Vittorio Dominichelli denota que, “uma vez que a característica fundamental do sujeito privado é a autonomia, (...) empresas como GEPI e a RAI, que recebem orientações de centros de poder externos a elas, não podem ser consideradas empresas no sentido do Código Civil. A essência deste último é, com efeito, a autonomia privada, a autonomia contratual, incompatível com uma heterogestão pública. A partir de um desvio significativo em relação à disciplina legal geral das empresas, foi mitigada a necessária prevalência da substância de ente público para a forma de sociedade anônima". DOMINICHELLI, Vittorio. *La società ‘pubblica’ tra diritto privato e diritto amministrativo*, p. 183.

[19] A existência de uma disciplina privatista concorrente, todavia, pode trazer uma questão aplicativa complexa, sempre que esta não se disponha paralelamente, mas

estes que, depois de colocados no mesmo ambiente, se modificam recíproca e intrinsecamente, de modo que, nem o elemento de direito privado o será como se estivesse sendo aplicado a um particular qualquer, nem os elementos de direito público que continuarem sendo aplicáveis às estatais o serão como incidem de modo geral sobre os organismos públicos.

Em 2016, com o intuito de regulamentar o parágrafo 1º do artigo 173 da Constituição Federal, foi promulgada a Lei nº 13.303/2016, a chamada Lei Geral das Estatais que estabeleceu uma série de regras sobre governança corporativa, transparência e mecanismos de controle de atividade empresariais.

Consigna-se no artigo 6º da referida Lei que os atos estatutários das empresas públicas, mistas e suas subsidiárias devam observar os ditames de governança corporativa, transparência e estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno e proteção acionária, agora trazidos pela nova lei.[20]

Nesta mesma toada, o artigo 8º prevê uma série extensa e severa lista de requisitos de transparência a serem seguidos pelas empresas públicas e sociedades de economia mista. São diversos itens de exigências formais e materiais compulsórias. Chama-se atenção para (alínea I do citado artigo) a novidade de uma "carta anual", a qual de resto terá que ser objeto de "ampla divulgação" (alínea VIII) ao público em geral, onde serão explicitados os compromissos de atingimento de políticas públicas em atendimento ao interesse coletivo ou ao ditame de segurança nacional, e onde os recursos alocados terão definição clara bem como os impactos econômico financeiros da consecução de tais objetivos.[21]

---

se entrelace ou se sobreponha a uma questão pública. Nestes casos, é preciso ver se o ordenamento postula, necessariamente, uma relação de conformidade entre a ordem das apreciações públicas e privadas; ou fornecendo ‘normas de conflito’, substanciais ou meramente procedimentais, permitindo a prevalência de um ou de outro”. NAPOLITANO Giulio. *Pubblico e privato nel diritto amministrativo, p. 120.*

[20] “Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei. ”

[21] “Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

Quanto ao importante controle interno, o §1º do artigo 9º cria um compulsório "Código de Conduta e integridade" a ser elaborado e divulgado pela estatal, com diversos elementos formais e materiais ali na lei listados, devendo a auditoria interna da empresa ser vinculada ao Conselho de Administração de modo direto ou através de um Comitê estatutário de auditoria.[22]

I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;

III- divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;

IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;

V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;

VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente é aprovada pelo Conselho de Administração;

VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;

IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.”

[22] “Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam: (...)§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre: (...)”

Interessa frisar também que o parágrafo 2º do artigo 8º ordena que obrigações e responsabilidades que tais estatais assumam de modo diverso ou em condições distintas de outras empresas puramente privadas que exerçam atividade econômica **terão que ser definidas em lei ou regulamento, previstas em convênio ou contrato com o ente público competente e serem amplamente divulgadas, inclusive com custos e receitas publicados.** Tal previsão visa a evitar que essas estatais em concorrência econômica se entreguem a práticas privilegiadas que não atendam a um interesse público de origem formalmente e publicamente exposto. Ou seja, ressalvado o interesse público bem especificado, real e bem divulgado, a empresa estatal explorando atividade econômica vai ter que se pautar pelos iguais parâmetros da concorrência.[23]

No que diz respeito a esta ampla necessidade de divulgação de dados e à necessidade de obediência ao princípio da publicidade há que se mencionar a possibilidade da aplicação irrestrita deste princípio prejudicar a atuação concorrencial das estatais no mercado. Quanto a este aspecto, observa-se que a Lei de Acesso à Informação –LAI (Lei 12.527/2011) deixa claro, em seu art. 1º, II, incidir sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, mas o dispositivo que mais relevância tem para eventuais atenuações da incidência do princípio da publicidade nas empresas estatais é o seu art. 22, que dispõe:

> "Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público".

---

[23] "Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: (...)

§ 2º Quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão:

I - estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos;

II - ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil."

Por sua vez, o art. 5º do Decreto 7.724/2012[24] dispõe que as estatais e suas subsidiárias não se sujeitam à LAI quanto às informações cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos, bem como àquelas protegidas por sigilo fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e de segredo de justiça

Não se pode olvidar, portanto, que o cumprimento irrestrito de parâmetros gerais estabelecidos para a Administração Pública podem representar um problema na atuação do mercado das estatais, pois a revelação ampla das informações estratégicas pode fornecer vantagem competitiva aos concorrentes[25] e até poderia incitar eventual infração à

---

[24] "Art. 5º Sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da Administração Direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

§ 1º A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários.

§ 2º Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.

Art. 6º O acesso à informação disciplinado neste Decreto não se aplica:

I − às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça;[72] e

II – omissis."

[25] No Parecer 2.191/13. Processo nº 99902.000909/2013-94, a Controladoria-Geral da União decidiu que CAIXA, na medida em que atua concorrencialmente, tem total liberdade para definir as regras e estratégias que bem entender quanto a dívidas imobiliárias e comerciais", de modo que "divulgar tais estratégias de fato compromete o caráter concorrencial, haja vista os demais sujeitos competidores poderem se utilizar de tais informações para integrar seus próprios processos ou ainda apresentar propostas mais atrativas, comparativamente, aos possíveis clientes". Disponível em

ordem econômica, considerando a troca de informações e a divulgação de dados sensíveis.

Outra questão no aspecto do regime jurídico das estatais que merece destaque por influenciar o âmbito concorrencial é carga tributária a que estão sujeitas estas empresas. Como se sabe, em termos tributários, as empresas públicas **que desempenham atividade econômica** não gozam de nenhum benefício. A imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, "a" da Constituição, sempre suscitada nessa temática, vem sendo reiteradamente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal.[26]

Ocorre que, muitas vezes, essas empresas públicas também são criadas sob um escopo social e são obrigadas a direcionar seus recursos para alguns projetos sociais[27], reduzindo a possibilidade de maximizar os lucros frente a livre competição com os demais agentes do mercado, ao mesmo tempo em que sofrem a mesma carga tributária de qualquer outro agente privado, gerando, nesses casos, um déficit competitivo.[28]

<http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-acgu/mf/cef/pa21912013.pdf>. Mantendo essa linha, no Processo nº 99909.000070/2013-24, tendo por objeto a divulgação da tabela remuneratória de diversos cargos de nível superior e de gerência da Petrobras, a CGU entendeu que o acesso a tais informações não era garantido pela LAI e violaria o regime jurídico de direito privado dessa sociedade. A CGU acolheu o argumento da Petrobras de que a informação era sigilosa e que a sua divulgação poderia afetar a sua competitividade: "a divulgação dos dados requeridos pode prejudicar as iniciativas da Companhia que objetivam a retenção destes profissionais, permitindo ações mais eficazes de assédio por parte de concorrentes. Assim, uma saída não planejada desses profissionais poderia prejudicar as operações da Petrobras por meio da perda de conhecimentos desenvolvidos ao longo de anos de atuação"). Alegara ainda a estatal que, de acordo com a Instrução 480/2009 da CVM, já divulgava a remuneração individual máxima, mínima e média de Conselheiros de Administração, Conselheiros Fiscais e Diretores. (Despacho 6.816/13. Processo 99909.000070/2013-24. Disponível em <http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-acgu/mme/petrobras/dp68162013.pdf>.

[26] Ex: STF. ACO 1460 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 07/10/2015, DJe-249 DIVULG 10-12-2015 PUBLIC 11-12-2015.

[27] Cite-se como exemplo a Caixa Econômica Federal- CEF e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social –BNDES que são instrumentos se execução da política de investimento do Governo Federal.

[28] PSCHEIDT. Kristian Rodrigo. *Revista de Direito Brasileiro*. São Paulo, SP. v. 15. n. 6. set./dez. 2016, p. 297.

Realça-se, ainda, o entendimento já pacificado no âmbito do Direito Constitucional e Administrativo brasileiro, de imposição às empresas públicas da mesma disciplina aplicável à Administração Pública como um todo, em especial no que diz respeito à necessidade de concurso público para contratação de seus empregados, submissão ao controle de cortes e contratação de serviços e obras por licitação, entre outras burocracias que podem mitigar o princípio da eficiência, gerando uma desvantagem competitiva que macula a possibilidade de lucros maiores serem obtidos.

Inquestionável, deste modo, o regime diferenciado a que estas empresas estão sujeitas. Neste contexto, o que se pretende ora ponderar é em que medida a apreciação de tais peculiaridades (regime diferenciado e interesse público envolvido em sua instituição) devem ser consideradas aplicação da legislação concorrencial pela autoridade antitruste, principalmente no que diz respeito à prática de condutas unilaterais por parte destas empresas. A possível resposta parece perpassar pelo estudo das hipóteses de isenção e tratamento diferenciado no regime concorrencial.

3. Regime jurídico internacional de isenção de controle concorrencial

Considerando que a criação de uma empresa pública parte de uma decisão político-administrativa, já que depende de autorização para a sua instituição, nos termos do art. 37, inciso XIX da Constituição Federal[29] e que o particular interesse público existente na atividade conduziu à criação de determinada pessoa jurídica para atuar no setor, resta evidente a relevância do serviço/atividade. Logo, para o deslinde da questão aqui posta é necessário estabelecer a relação entre o exercício do poder regulador e as regras concorrenciais, já que estas empresas atuam em setores regulados.

A situação de conflito entre uma atuação das empresas públicas e a legislação antitruste está longe de ser uma realidade exclusivamente brasileira, sendo extremamente vital uma breve análise das doutrinas estadunidenses e europeias utilizadas para tentar elucidar estes casos.

---

[29] CF, art. 37, "XIX – somente por lei específica poderá ser criada e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;"

3.1. Action Doctrine e Pervasive Power Doctrine[30] [31]

A atuação do Poder Público Estadual como agente regulador da economia em contradição com os dispositivos do direito concorrencial foi abordada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Parker vs. Brown* (317 U.S. 341 (1943)). Nessa oportunidade, questionou-se uma lei do Estado da Califórnia que instituíra um programa governamental de sustentação de preços de uma *commodity* agrícola via restrição da concorrência entre os produtores; a decisão esclareceu que a edição do *Sherman Act* não tivera por objetivo cercear competências dos Estados membros, os quais manteriam a faculdade de afastar a concorrência em face de outros objetivos regulatórios.

Assim, foi reconhecida aos Estados uma imunidade às disposições concorrenciais federais quando suas ações fossem veiculadas estritamente na formulação e execução de uma política pública (317 U.S. 341, 350-352). Tal imunidade, contudo, não permite ao Estado liberar um particular da aplicação do direito concorrencial simplesmente autorizando uma prática restritiva, ou declarando-a válida; é necessária a presença ativa do Estado exercendo e supervisionando uma determinada política pública.

Posteriormente, os requisitos necessários para reconhecimento da *Parker imunitty* para ações governamentais foram elaborados de forma mais clara no caso *California Liquor Dealers vs. Midcal Aluminium* (445 U.S. 97 (1980)). Nesse caso, questionou-se uma lei, também do Estado da Califórnia, que exigia dos produtores e distribuidores de vinho o registro de *fair trade contracts* e de tabelas de preços cujo descumprimento acarretaria penalidades. Os juízes que analisaram o caso reconheceram na iniciativa do governo da Califórnia na formulação e a execução de uma política pública; todavia, entenderam ausente qualquer supervisão ativa, o que acarretava a sujeição da iniciativa às disposições do *Sherman Act* (em particular, não havia qualquer controle sobre os documentos arquivados, bem como não havia ainda monitoramento do mercado ou avaliação da política governamental).

---

[30] Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002.

[31] PEREIRA NETO, Caio Mário; PRADO FILHO, José Inácio Ferrz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e direito da concorrência: posição do CADE. *Revista Direito GV*. v.12, n. 1, p. 13-48, jan.abr.2016. p.20-23.

Dessa maneira, a Suprema Corte norte-americana esclareceu que a *State Action Doctrine* formulada em *Parker vs. Brown* exigia uma intervenção estatal qualificada para excluir a aplicação do direito concorrencial num caso concreto, a ser aferida por meio de dois requisitos essenciais: (i) a restrição deve ser expressão clara e direta de uma política governamental destinada a substituir o sistema concorrencial pela regulação; e (ii) deve haver supervisão ativa do Estado sobre a política governamental veiculada.

Quanto à atuação do Poder Público Federal em oposição aos dispositivos do direito concorrencial, a Suprema Corte norte-americana adotou um caminho interpretativo um tanto distinto: no caso *U.S. vs. Cooper Corp*. (312 U.S 600 (1941)), foi decidido que a redação do *Sherman Act*, ao falar apenas em "pessoas", deveria ser interpretada de forma que as autoridades públicas federais não fossem contempladas em sua aplicação (U.S. vs. Cooper Corp., 312 U.S 604-605 e 607 (1941)). Essa mesma posição foi posteriormente repetida no caso U*.S. Postal Service vs. Flamingo Industries* (540 U.S. 736 (2004) 302 F.3d 985), em que a empresa pública acusada foi considerada parte do governo federal, e não uma "pessoa" sujeita à aplicação do *Sherman Act*. (U.S. Postal Service vs. Flamingo Industries 540 U.S. 736 (2004)).

Outra questão que surgiu nos Estados Unidos diz respeito à interação entre autoridades regulatórias federais e os órgãos antitruste. Como a *State Action Doctrine* referia-se especificamente à imunidade antitruste em setores regulados por estados federados, surgiu uma discussão análoga com vistas a esclarecer quais os requisitos necessários para afastar a aplicação do direito antitruste em setores regulados por agências regulatórias federais.

No caso *U.S.* vs. *National Association of Securities Dealers* (422 U.S. 694 (1975)) estabeleceu-se que existe uma imunidade ao direito concorrencial sempre que os poderes conferidos ao agente regulador federal forem extensos o suficiente para tornar o marco regulatório incompatível com o direito concorrencial.

Dessa forma, surgiu a *Pervasive Power Doctrine*, que determina: (i) uma imunidade antitruste implícita, quando os poderes conferidos à agência reguladora sejam extensos o suficiente (i.e., conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial); ou (ii) um deslocamento da competência para aplicar o direito antitruste para o regulador, quando os poderes conferidos a ele forem profundos o suficiente (i.e., apesar de não

afastar o direito antitruste, as competências já incluem a aplicação das regras concorrenciais).

Em resumo, tais doutrinas apontam para (i) a excepcionalidade do afastamento da análise concorrencial; (ii) a capacidade de efetiva e ativa supervisão do mercado; (iii) a especificidade da norma regulatória em relação à norma concorrencial; e (iv) o enquadramento da determinada política pública como manifestação de um poder soberano do Estado.

Estas teorias fornecem as bases e permitiram introduzir no direito comparado concorrencial a ideia de que, excepcionalmente, algumas jurisdições possam aceitar a validade de uma isenção antitruste, em razão dos princípios da autonomia estatal, da subsidiariedade, da certeza jurídica e da legítima expectativa do administrado.

3.2. Regime jurídico europeu

Tais conflitos também podem ser observados no direito europeu. A análise dos casos demonstra que o critério determinante para a aplicação do Direito Antitruste é a possibilidade de atuação autônoma do agente econômico. A isenção à incidência das normas concorrenciais, portanto, exige que se avalie se a conduta praticada se refere ao mero cumprimento de um dever legal e/ou decorre da livre manifestação de vontade do sujeito.[32]

Quanto às regras aplicáveis às empresas, os artigos 101. °, 102. ° e 106. ° TFUE (Tratado de Funcionamento da União Europeia) delimitam a noção de práticas anticoncorrenciais. Martha Asunción Enríquez Prado ressalta que as referidas regras têm como destino todas as empresas, independentemente de seu porte, de sua nacionalidade, de serem públicas ou privadas ou de serem associação de empresas com atividades próprias ou de empresas associadas – todas estão submetidas à proibição de práticas que visem impedir, limitar ou falsear a concorrência ou de utilizar sua posição dominante para restringir a concorrência no âmbito da União Europeia. A autora destaca ainda que o conceito de empresa adotado na TFUE é amplo e funcional, sendo considerada empresa toda pessoa física ou jurídica, entidade de direito público ou privado, monopólios comerciais e financeiros (mesmo quando integrados a um ministério) que representam

[32] Vejam-se casos C-359-95 e C-379-95 em FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 336.

um conjunto uniforme, destinado a um objeto de direito determinado, com fatores pessoais, materiais e imateriais, que se destinam a alcançar um fim econômico determinado.[33]

Ressalta-se que há previsão expressa no art. 106 do TFUE acerca da expansão da aplicação das regras de concorrência às empresas públicas, entidades detentoras de direitos especiais ou exclusivos e às empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral e aos monopólios fiscais. Este dispositivo proíbe que os Estados-membros adotem regulações que sejam contrárias a qualquer norma contida nos Tratado, como a criação de privilégios ou direitos de exclusividade em benefício de um único agente no mercado. O artigo 106.2 prevê, contudo, que quando a criação de exclusividade ou privilégio for necessário para o "cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular" que foi confiada à empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenha a natureza de monopólio fiscal, não será contrária ao tratado. Veja-se:

> "1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros **não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18º e 101º a 109º, inclusive.**
>
> 2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, **na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da União.**
>
> 3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas. " (Grifei)

Nesse caso, a aplicabilidade integral das regras da concorrência "cede" quando tal aplicação ponha em causa obrigações de serviço de

---

[33] PRADO, Martha Asunción Enríquez. *Aplicação do Direito da Concorrência na União Europeia e o Protocolo de Fortaleza para o Mercosul.* SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 12, p. 117-138, 2008. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4157/3610>. Acesso em 04 de jun. 2018.

interesse económico geral. Há que acrescentar que essa "derrogação" deve ser justificada, necessária e proporcional ao cumprimento da missão de serviço público, o que pressupõe uma apreciação casuística.

Relativamente aos que desempenham serviço econômico geral pode equacionar-se a sua prestação num contexto concorrencial, o que permite compreender a consagração de um princípio geral de subordinação às normas de defesa da concorrência, acompanhado da possibilidade de criação de regimes derrogatórios especiais e da previsão normativa da inaplicabilidade integral da disciplina da concorrência quando tal se afigure necessário ao cumprimento das missões e obrigações de serviço de interesse geral. [34]

De fato, a Corte entende que esta exceção ao princípio da competitividade deve ser interpretada de forma restrita.[35] Ademais, para que se apliquem essas exceções, não importa se as empresas que se beneficiam do privilegio ou exclusividade são empresas públicas ou privadas. Javier Vician Pastor entende que "o importante é a missão que desempenham. O preceito é, portanto, uma aplicação concreta do princípio da neutralidade".[36]

Assim, os artigos 101 e 102 do TFUE não isentam expressamente do controle concorrencial o comportamento de uma empresa que foi pautado na regulação nacional. Contudo, de acordo com a jurisprudência da União Europeia, as normas de defesa da concorrência estabelecidas no Tratado não podem ser aplicadas contra as empresas se a conduta questionada for exigida pela legislação nacional (seja por meio de lei nacional ou decisão administrativa) sem deixar à empresa qualquer margem de escolha autônoma.[37] Assim sendo, uma empresa pode invocar

---

[34] FREIRE, Paula Vaz. *Empresas Municipais e Direito da Concorrência*. p.9,10 e11. Disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1125-2453.pdf>. Acesso em 04 de jun. de 2018.

[35] Comissão Europeia. Caso no 127/73. BRT v. SABAM (1974).

[36] PASTOR, Javier Vician. El concepto de servicio de interés económico general como limite al concepto de empresa en el ámbito de la ley de defensa de la competencia, p. 211. *Apud*: SAMPAIO, Patrícia R. P. *Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

[37] Comissão Europeia. Caso C-280/08 P, Deutsche Telekom v Commission (2010); Tribunal de Primeira Instancia, Caso T-271/03, Deutsche Telekom v Commission (2008): "Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os artigos 81 CE e 82 CE só não são aplicáveis se às empresas for imposto um

a defesa de "conduta regulamentada" se a sua conduta anticompetitiva for efetivamente exigida por legislação ou regulamento nacional de forma a privar a empresa de qualquer autonomia na forma como se comportou no mercado.

3.3. Isenção antitruste no cenário do comércio internacional

Na esfera do comércio internacional, não se pode olvidar que com a abertura comercial e seus efeitos há um movimento natural de protecionismo. De acordo com Becker, o incentivo dos governos utilizarem esses instrumentos protecionistas é explicado pela teoria do comércio estratégico – *Strategic Trade Theory* (STT), que adota a premissa de que a intervenção governamental no livre comércio pode propiciar oportunidades aos setores industriais selecionados para expandir mercados, e, consequentemente aumentar a renda nacional.[38]

Essa teoria sustentou o que se chama de "protecionismo seletivo"[39] e questiona os pressupostos da teoria liberal que baseia o comércio internacional, o modelo de concorrência perfeita e a suposta inexistência de externalidades. Ou seja, defende-se que os governos deveriam intervir mais e desenvolver políticas industriais em determinados setores e até mesmo adotar políticas protecionistas.[40]

Assim, o Direito Antitruste não deve ficar adstrito a uma suposta neutralidade valorativa, que reduz o Direito a um esquema simplista e matemático, no qual há apenas um único meio para atingir um objetivo estritamente determinado. Pelo contrário, esta visão pressupõe que a

---

comportamento anticoncorrencial por uma legislação nacional, ou se essa legislação criar um quadro jurídico que, por si só, elimina qualquer possibilidade de comportamento concorrencial da sua parte. Com efeito, numa situação deste tipo, como resulta das referidas disposições, a limitação da concorrência não é causada por comportamentos autónomos das empresas. Em contrapartida, os artigos 81º CE e 82º CE podem ser aplicáveis se se verificar que a lei nacional deixa subsistir a possibilidade de uma concorrência susceptível de ser impedida, restringida ou falseada por comportamentos autónomos das empresas".

[38] BECKER, Florian. *The case of export cartel exemptions: between competition and protectionism*. Jounal of Competition Law and Economics. 2007, p. 98.

[39] GUIMARÃES. Maria Helena. Economia política do comércio internacional: teorias e ilustrações. Portugal. São João Estoril: Principia, 2005, p. 60.

[40] *Ibidem*, p.61.

realidade econômica diz respeito a um emaranhado de interesses políticos que são mediados e compreendidos, muitas vezes, à luz de técnicas interpretativas específicas, baseadas em complexos modelos teóricos.[41]

Uma visão neutra da concorrência é, pois, muito questionada, em dimensão internacional. Deve-se reconhecer que há sérias dificuldades para identificar e punir práticas internacionais como tarifas de importação elevadas e subsídios nacionais, com evidente caráter protecionista. Também, é difícil separar o que é uma prática protecionista do que é um subsídio aceitável do ponto de vista comercial e concorrencial. De todo modo, o protecionismo é uma realidade do Estado nacional moderno. Do ponto de vista concorrencial, há vários países que aceitam condutas (via cartéis de exportação) ou estruturas concentradas (por meio de certos "campeões nacionais") que, em tese, seriam anticoncorrenciais, podendo até lesar primordialmente consumidores de outros países.[42]

É importante, pois, a utilização de mecanismos de regulação, ou aplicação de regras da concorrência para o atendimento das necessidades do equilíbrio dos mercados, possibilitando-se, o alcance do desenvolvimento em um contexto mais amplo, que podem trazer benefícios ao bem-estar social. Nesta conjuntura, menciona-se que já existem regras estabelecidas em âmbito multilateral que procuram fornecer base para um tratamento diferenciado às economias mais sensíveis, justamente para permitir o desenvolvimento dentro de um mercado global em que se busca a eliminação de qualquer tipo de barreira comercial. [43]

Assim, no contexto de apoiar o desenvolvimento, o conceito de "tratamento especial e diferenciado-TED" tem sido tratado no âmbito da Organização Mundial de Comércio-OMC no sentido de facilitar a integração em desenvolvimento no sistema multilateral de comércio, através, principalmente, de um sistema de exceções e isenções.[44]

---

[41] CARVALHO, Vinicios; CASTRO, Ricardo. *Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: uma avaliação crítica*. Brasília, 2011. p.5.

[42]*Ibidem*, p.5.

[43] DOMINGUES, Juliana O. *Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste*. 2010. Tese. (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 118.

[44] KROLL, Daniela. *Toward multilateral competiton law? – after Cancún: reevaluating the case for additional competition rules under special*

A observação da concorrência sob o enfoque do desenvolvimento deverá aprofundar estudos sobre as implicações na distribuição dos ganhos de eficiência entre os Estados e sociedades, respeitando as diferenças dos atores envolvidos no comércio internacional.

4. Neutralidade concorrencial e possibilidade de tratamento diferenciado no Brasil

Visto o panorama internacional, observa-se a possibilidade de aplicações de isenções ou tratamento diferenciados das regras de defesa da concorrência, sejam pelas características específicas dos setores regulados (*state action* e *persasive doctrine do direito americano*), como pelas peculiaridades da atividade desenvolvida pelo agente (casos de serviços de interesse de interesse econômico geral previsto na União Europeia) e, até mesmo, pela política de protecionismo e desenvolvimento econômico adotada pelo Estado (isenções no âmbito do comércio internacional).

No caso do Direito Antitruste brasileiro, pode-se falar de modo geral que não se verifica no texto constitucional qualquer incompatibilidade ou prevalência entre as competências regulatória e concorrencial. Pelo contrário, ambas são consagradas no capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, o que corrobora sua complementariedade.

Entretanto, apesar de a Constituição brasileira não prever prevê qualquer imunidade expressa à aplicação do direito antitruste, como afirma Calixto Salomão Filho, assim como no *Sherman Act*, o autor admite que pode haver uma permissão implícita às imunidades. Como nos Estados Unidos há a *Persuasive Power*, pode-se presumir, também no Brasil, que o legislador quis isentar determinado setor da economia da aplicação da lei antitruste quando *"for possível determinar que a delegação de poderes regulamentares feita à agência ou órgão governamental é tão ampla a ponto de tornar aquela determinada atividade econômica incompatível com o sistema concorrencial."*[45]Também no entender de Paula Forgioni*:*

---

consideration of WTO agrément. Frankfurt am Main: New York: Peter Lang, 2007. p. 174.

[45] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 168 e ss.

> "Assim, as (aparentes) antinomias com que nos deparamos hão de ser resolvidas: para tanto, manda nosso ordenamento que a lei específica prevaleça sobre a lei geral. Como vimos, a Constituição Federal pressupõe que a livre concorrência deva imperar, de forma geral, nos mercados. Mas também reconhece possível, para atingir os fins maiores positivados no art. 170, o sacrifício total ou parcial da competição em certos setores, submetendo-os a regramento diverso, que arrefece a pressão concorrencial. " [46]

Neste sentido, no Brasil, dentre as doutrinas sobre a restrição à concorrência decorrente de regulação, a que mais repercutiu nas decisões do CADE foi a doutrina do *State* Action.[47] Convém citar os esclarecimentos do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao analisar o Processo Administrativo n. º 08012.007443/99-17:

> É evidente que a atividade judicante do CADE – que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso de poder econômico (artigo 173, §4º da CR/88) não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao CADE não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados pelo poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor. Não é o CADE um "revisor" de políticas públicas, porque, em agindo assim, estaria atentando contra os postulados básicos da legalidade e de toda a doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever da autoridade antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei n.º 8.884/94, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente. Assim, é irrelevante para o aplicador do direito antitruste, perquirir se tal ou qual edital de licitação ou se tal ou qual contrato preveem, expressa ou implicitamente, certa conduta ou atividade, as quais deverão ser analisadas, neste Conselho, sob o prisma da lei da concorrência.

---

[46] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste* – 6. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

[47] SAMPAIO, Patrícia R. P. *Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 155.

Conforme apontado no caso BHTRANS, a regulação deixa espaço de liberdade para atuação privada e, nesses espaços, pode haver incidência das normas de defesa da concorrência. De acordo com precedentes do CADE, a sua competência não se restringe aos casos de omissão, mas engloba também os casos em que há falha do regulador.

> A jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento.[48]

No processo administrativo nº 08012.006504/2005-29, o CADE apontou que "no caso dos setores regulados, é necessário avaliar, caso a caso, se a regulação confere ou não imunidade à aplicação do direito antitruste e, ainda, qual o alcance dessa imunidade."[49]

Já no Processo nº 080120015/2006-37, esclareceu-se que Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico-OCDE sintetizou o assunto sob o termo "*regulated conduct defense*"[50] e pontuaram-se os seguintes pressupostos a) autonomia (ou não) da empresa na conduta, de modo que a isenção estaria justificada caso o comportamento tenha sido imposto pela regulação setorial; b) a necessidade de efetiva supervisão do regulador setorial para que a competência das autoridades da concorrência seja afastada; e c) clara política pública setorial de imunidade antitruste, ou seja, a isenção antitruste deve ser justificada como uma verdadeira escolha de política pública, que implica, naturalmente, em um dever, ainda mais reforçado, de motivação dos atos administrativos.[51]

Como se observa, a isenção antitruste decorrente da regulação se aplica tanto às empresas privadas quanto às empresas estatais. Portanto, é somente nos espaços deixados pela regulação que a atuação das sociedades de economia mista e empresas públicas reguladas será sujeita ao controle do CADE. A conduta da estatal que não é protegida pela imunidade

---

[48] Representação nº 07/1993 *apud* Processo Administrativo nº 08012.006207/1998-48.

[49] CADE. Processo Administrativo nº 08012.006504/2005-29. Rel. Conselheiro João Paulo Resende.

[50] OCDE. *Policy roundtables: regulated conduct defence*. Paris, 2011.

[51] CADE. Processo Administrativo nº 080120015/2006-37. Rel. Conselheiro Paulo Burnier.

concorrencial decorrente da regulação aplicável será sujeita ao controle de conduta pelo CADE. Não, há, por conseguinte, diferença em relação às empresas estatais meramente em virtude do fato de serem estas controladas pelo Estado e entidades integrantes da administração pública indireta.

Todavia, a submissão irrestrita das estatais ao controle concorrencial pode implicar uma limitação ao poder das estatais de exercer suas atividades e atuar em prol do interesse público que justificou a sua criação. A aplicação das normas de defesa da concorrência, de forma absoluta e sem exceções, às empresas estatais pode prejudicar a condução das atividades voltadas à persecução de relevantes interesses coletivo ou na preservação da segurança nacional. Em decorrência de tal prática, poder-se-ia dizer que o interesse público que justificou a criação da estatal seria preterido em favor da preservação do bem jurídico protegido pelo direito concorrencial em todo e qualquer caso em que houvesse um conflito entre esses dois interesses.[52]

Tendo isso em vista, há quem afirme que a incidência do direito antitruste à conduta das estatais não deve ser absoluta, mas comporta alguma exceção. Nesse sentido, Mario Engler Pinto Júnior escreve sobre a possibilidade de mitigar os princípios concorrenciais para privilegiar a promoção do interesse público perseguida pelas empresas estatais. Nesse sentido, afirma:

> A obediência à legislação antitruste por parte das empresas estatais **não significa**, porém, que a identificação e o sancionamento das situações potencialmente infringentes da ordem econômica, bem como o controle das estruturas, **devam seguir os mesmos critérios aplicados ao setor privado**. Não se deve perder de vista que, muitas vezes, as empresas públicas ou sociedade de economia mista funcionam como instrumentos de execução de políticas públicas. Nesse caso, a mitigação dos princípios concorrenciais pode ser justificada em face de objetivos redistributivistas, notadamente quando estiver em causa a garantia da continuidade da prestação ou da universalização do acesso a bens ou serviços públicos considerados essenciais para a coletividade.[53] (Grifei)

---

[52]AFONSO, Marjorie Gressler. *O controle concorrencial das condutas unilaterais das empresas estatai*s. Dissertação (mestrado)- Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas-2017, p.58.

[53] PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O antitruste e as empresas estatais*. Revista de Direito Mercantil, n. 138, abr. 2005. p. 192.

Alexandre Santos de Aragão também reconhece que a análise da legalidade das condutas das estatais pela autoridade antitruste "deve levar em consideração o papel da empresa estatal na ordem econômica, bem como o fato de ser ela controlada pelo Poder Público e estar agindo, em muitos dos casos, como instrumento do Estado na Economia."[54]

Nesta seara, cite-se que na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 46, o Supremo Tribunal Federal admitiu uma certa relativização da busca da concorrência a qualquer custo no que tange ao envio de cartas, permitindo que os Correios se utilizem de uma estrutura monopolística como forma de garantir subsídios entre regiões ricas e pobres do Brasil. São os lucros de monopólios em regiões densas que permitem a universalização do envio de cartas a regiões isoladas e pobres. Trata-se aqui de uma concepção redistributiva, em que se admite que certos consumidores tenham prejuízos se outros forem beneficiados.

Também, o fortalecimento de empresas públicas via fusões poderia ser alvo de análises diferenciadas, se estiverem corretas as teorias de que tais empresas nem sempre agem de forma egoística, como os modelos racionais fazem suposições.[55]

Ora, não se pode negar que as empresas estatais podem se utilizar de sua posição junto ao Estado para, por exemplo, impedir a entrada de concorrentes em mercados relacionados para extrair melhores benefícios de sua posição privilegiada. Considerando os riscos da utilização da empresa estatal para a promoção de interesse privados, eventual isenção total concorrencial poderia ser extremamente prejudicial, pois agravaria os prejuízos causados em decorrência desta captura. E é evidente que condutas anticoncorrencias como estas esta não podem deixar de ser reprimidas pela autoridade antitruste. Como, então, conciliar essas duas realidades?

A possível resposta dependeria de um estudo ainda mais aprofundado sobre o tema, entretanto, em nível ainda incipiente, de acordo com o que foi desenvolvido neste artigo, pode-se vislumbrar solução por meio da aplicação conjunta no Brasil das doutrinas acima estudadas com a

---

[54] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Novas estratégias de atuação direta do estado na economia através das empresas estatais*. Tese, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2015. p. 369.

[55] CARVALHO, Vinicios; CASTRO, Ricardo. *Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: uma avaliação crítica*. Brasília, 2011. p.12.

consideração acerca do objetivo específico desenvolvido no caso concreto pela estatal, ou seja, a consideração do interesse social envolvido em sua instituição.

Como visto, em se tratando de empresas estatais da esfera estadual dos Estados Unidos, aplica-se a doutrina da *State Action*, que afasta a incidência da lei antitruste para as condutas anticoncorrenciais impostas pelos Estados como "atos do governo".[56]A aplicação da doutrina da *State Action* para as entidades estaduais como as agências e as empresas detidas pelo governo, depende de se a restrição concorrencial em questão é realizada de acordo com uma política de estado "expressa e claramente articulada".

No Brasil, a mesma lógica poderia ser proposta. O exercício do controle é relevante pois, quando a conduta concorrencial da empresa é determinada diretamente pelo Estado, o mesmo argumento que justifica a isenção do controle das condutas do Estado poderia se aplicar. Se houver controle de fato da conduta das estatais, pode-se, em tese, presumir que, considerando que a conduta é tomada pela Administração Pública, ela é tomada em benefício do interesse público.[57]

Ademais, na ausência de uma isenção especifica aplicável somente às empresas estatais, para que determinada conduta sua seja isenta do controle realizado pelo CADE, ela deve encontrar respaldo em alguma norma exarada pelo poder público. Essa norma poderia vir da própria lei que autorizou a constituição da empresa estatal em questão, ou de alguma outra lei ou algum ato regulamentar posterior.[58]

Neste ponto, observa-se o já mencionado parágrafo 2º do artigo 8º da Lei nº 13.303/2016 - ao ordenar que obrigações e responsabilidades que tais estatais assumam de modo diverso ou em condições distintas de outras empresas puramente privadas que exerçam atividade econômica terão que ser definidas em lei ou regulamento, previstas em convênio ou contrato com o ente público competente e serem amplamente divulgadas, inclusive com custos e receitas publicados - serve de baliza para a análise

---

[56] EUA. City of Columbia v. Omni Outdoor Adver. (1991).

[57]AFONSO, Marjorie Gressler. *O controle concorrencial das condutas unilaterais das empresas estatais.* Dissertação (mestrado)- Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas-2017, p.70.

[58] JORDÃO, Eduardo F. *Restrições Regulatórias à Concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, *2009. p. 46.*

da justificativa da conduta praticada a ser considerada pela autoridade antitruste.

Por outro lado, entende-se que a autoridade antitruste poderia levar em consideração as peculiaridades da atuação da estatal no mercado, observando, por exemplo, os benefícios não-econômicos das condutas investigadas, no caso, as condutas das empresas estatais voltadas à promoção de políticas públicas poderiam ser consideradas lícitas, ainda que causassem prejuízo à concorrência, desde que os benefícios auferidos fossem superiores a eventual dano concorrencial. Isso conferiria às empresas estatais um maior grau de liberdade na atuação em prol do interesse público que justificou a sua criação,[59] sem que isso significasse necessariamente uma ausência total de controle concorrencial.

A antiga lei da concorrência (Lei nº 8.884/94) continha uma "cláusula de interesse geral" que previa expressamente uma exceção da aplicação da legislação antitruste aos atos que limitem a livre concorrência "quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum".[60] Atualmente, a Lei nº 12.529/2011 não traz nenhuma exceção expressa nesse sentido. O item 3.3 do roteiro de análise da Resolução nº 20/1999 do CADE propõe que sejam levados em consideração "possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta".

Diante da lacuna, sabe-se dos riscos e dificuldades de se fazer uma análise de custo-benefício de políticas públicas,[61] a despeito disso,

---

[59]AFONSO, *Marjorie Gressler. O* controle concorrencial das condutas unilaterais das empresas estatais. Dissertação (mestrado)- Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas-2017, p.113.

[60] "Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.(...) § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final."

[61] "No mais das vezes, o formulador de políticas públicas deve trabalhar não com eventos determinados, mas sim com leques de potenciais resultados decorrentes de suas decisões. No mundo das políticas públicas, uma análise de custo-benefício bem-feita, em geral, não é determinística, mas sim probabilística". (MARTINEZ, Ana Paula. Analise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios

considerar ilícito antitruste qualquer conduta da empresa estatal que gere prejuízo à concorrência, ainda que gere benefícios de outra natureza, não econômicos, parece ir de encontro ao interesse que justificou a própria criação da estatal. A aplicação da sanção, nesse caso, parece penalizar a própria sociedade, já que o Estado é acionista único e majoritário dos recursos empregados pelas empresas estatais, gerando ainda mais fragilidade e descrédito das instituições que deveriam promover o desenvolvimento do país.

5. Considerações finais

Nota-se que as empresas estatais são importantes instrumentos de atuação Estatal. Afinal, para que ser criada, a empresa pública ou sociedade de economia mista precisa atender aos requisitos constitucionais vistos acima.

Como visto, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, a criação de uma empresa estatal apenas se justifica nos casos em que estiver presente um relevante interesse coletivo ou em decorrência de imperativo de segurança nacional. O interesse coletivo e imperativo de segurança nacional que justificou sua criação deve ser indicado na Lei que autorizar a sua constituição, conforme exigência do artigo 2º, §1º e do art. 27, caput, da Lei das Estatais.

A Lei das Estatais também especifica os objetivos que devem orientar a realização do interesse coletivo, quais sejam: (i) o alcance do bem-estar econômico e a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela estatal, (ii) a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, e (iii) o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.[62]

---

impostos ao seu formulador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 29-59, mai. 2009.

[62]AFONSO, Marjorie Gressler. *O controle concorrencial das condutas unilaterais das empresas estatais*. Dissertação (mestrado)- Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas-2017, p.59.

Diante de todo esse controle rígido e do regime jurídico detalhadamente diferenciado a que estão submetidas, resta claro que, apesar de as empresas estatais estarem sujeitas ao controle concorrencial de condutas exercido pela autoridade antitruste, não se pode negar a possibilidade de tratamento diferenciado a essas empresas decorrente da regulação, assim como já ocorre no direito comparado e como se aplica também, em alguns casos, às empresas privadas, conforme doutrinas supramencionadas.

Questão mais tormentosa, em que não se visualiza *a priori*, uma resposta definitiva, seria a consideração do interesse público envolvido para justificar eventual tratamento diferenciado concorrencial na averiguação de determinada conduta.

Ao mesmo tempo em que se sabe que eventual isenção concorrencial irrestrita poderia incentivar abusos por parte dos administradores dessas sociedades, o que geraria a promoção de interesses privados, além de lesão à concorrência, a desconsideração total dos possíveis benefícios sociais advindos das condutas das empresas públicas voltadas à promoção de políticas públicas, não se coaduna com os objetivos institucionais que justificaram a criação dessas empresas.

Ao contrário do contexto anterior à Lei nº 13.303/2016, em que, na prática, as estatais eram geridas de forma mais "frouxa" do que as companhias privadas, após a nova Lei, as primeiras passaram a ser submetidas a regime mais rígido do que o das segundas, na medida em que o regime das estatais restringe consideravelmente a discricionariedade da gestão, especialmente em se tratando de liberalidades e de outras atividades não vinculadas diretamente ao objeto social.[63]

Faz-se primordial, então, um exame acurado para que se verifique se na conduta perpetrada a função social da empresa está vinculada à consecução de objetivo específico constante da lei autorizadora que justificou sua criação. Isso evita com que o objeto social ou o interesse social da estatal seja indevidamente flexibilizado. Do mesmo modo, há que se analisar o grau de independência da empresa em relação ao ente público que a criou, questionando-se o que se estar a controlar e averiguar não é a conduta do próprio Estado, implementada por meio de uma empresa estatal.

---

[63] FRAZÃO, Ana. Função social das estatais. Portal Jota. 19.04.2017. Disponível em: <*https://www.jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-funcao-social-dasempresas-estatais*-19042017>.Acesso em 11 de jun. de 2018.

Dessa forma, a diretriz que que merece ser seguida é propiciar liberdade de atuação possível às estatais no que elas necessitarem para atuarem com eficiência no mercado, mas sem olvidar de mecanismos que evitem que essa liberdade seja desviada, mecanismos que, todavia, não podem corresponder ao mero retorno ou fortalecimento dos controles típicos da Administração Pública Tradicional através de um processo administrativo punitivo com único viés sancionatório.

Referências Bibliográficas

AFONSO, Marjorie Gressler. *O controle concorrencial das condutas unilaterais das empresas estatai*s. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas-2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Novas estratégias de atuação direta do estado na economia através das empresas estatais*. Tese, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2015.

BECKER, Florian. *The case of export cartel exemptions: between competition and protectionism*. Jounal of Competition Law and Economics. 2007.

CARVALHO, Vinicios; CASTRO, Ricardo. *Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: uma avaliação crítica*. Brasília, 2011.

DOMINICHELLI, Vittorio. *La società 'pubblica' tra diritto privato e diritto amministrativo*. Padova: CEDAM, 2008.

DOMINGUES, Juliana O. *Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste*. 2010. Tese. (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2009.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

FRAZÃO, Ana. Função social das estatais. Portal Jota. 19.04.2017. Disponível em: <*https://www.jota.info/colunas/constituicao-*

empresa-e-mercado/a-funcao-social-dasempresas-estatais-19042017>.Acesso em 11 de jun. de 2018.

_____. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste* – 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FOX, Eleanor M.; HEALEY, Deborah. When the State Harms Competition — The Role for Competition Law (April 14, 2014). *NYU Law and Economics Research Paper No. 13-11*; UNSW Law Research Paper No. 2013-31.

FREIRE, Paula Vaz. *Empresas Municipais e Direito da Concorrência*. p. 9,10 e11. Disponível em *<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1125-2453.pdf>*. Acesso em 04 de jun. de 2018.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JONES, Alison; DAVIES, John. Merger Control and the Public Interest: Balancing EU and National Law in the Protectionist Debate (December 22, 2014). [2014] 10(3) *European Competition Journal 453; [2014]*; TLI Think! Paper 24/2016; King's College London Law School Research Paper No. 2015-12.

JORDÃO, Eduardo F. *Restrições Regulatórias à Concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KROLL, Daniela. *Toward multilateral competiton law? – after Cancún: reevaluating the case for additional competition rules under special consideration of WTO agrément.* Frankfurt am Main: New York: Peter Lang, 2007.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação setorial e órgão antitruste: a importância do regulador. In: CAMPILONGO, Celso; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral; LESSA MATTOS, Paulo Todescan (org). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARTINEZ, Ana Paula. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 29-59, mai. 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: RT, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NAPOLITANO, Giulio. *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Policy roundtables: regulated conduct defence*. Paris, 2011.

PEREIRA NETO, Caio Mário; PRADO FILHO, José Inácio Ferrz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e direito da concorrência: posição do CADE. *Revista Direito GV*. v.12, n. 1, p. 13-48, jan.abr.2016.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal*. São Paulo: Altas, 2010.

PRADO, Martha Asunción Enríquez. Aplicação do Direito da Concorrência na União Europeia e o Protocolo de Fortaleza para o Mercosul. SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 12, p. 117-138, 2008. Disponível em *<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4157/3610>*. Acesso em 04 de jun. 2018.

PSCHEIDT. Kristian Rodrigo. *Revista de Direito Brasileiro*. São Paulo, SP. v. 15. n. 6. set./dez. 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros: 2013.

_____. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMPAIO, Patrícia R. P. *Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PARTE 2 - TÓPICOS ESPECIAIS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

8. O INTERESSE PÚBLICO E AS MEDIDAS *ANTIDUMPING*: ANÁLISE QUANTITATIVA DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA (1995-2017)

8. PUBLIC INTEREST AND ANTIDUMPING MEASURES: QUANTITATIVE ANALYSIS OF THE BRAZILIAN EXPERIENCE (1995-2017)

Adelmar de Miranda Tôrres

Resumo: Este artigo pretende examinar empiricamente, aplicando-se metodologia quantitativa, o uso da cláusula de interesse público no âmbito de processos *antidumping* instaurados pelo Governo brasileiro, com vistas a verificar se essa cláusula é capaz de reduzir o viés protecionista e anticompetitivo do *antidumping*. Partindo do pressuposto de que o *antidumping*, pelo menos a nível teórico, pode ser entendido, sob certas condições, como uma efetiva barreira à entrada de bens importados para afastar eventual concorrência ao produtor nacional, analisa-se a hipótese de que a referida cláusula possa ser instrumento robusto para frear tal protecionismo, tendo como referência à experiência brasileira de 1995 a 2017. Constata-se, entretanto, que o interesse público foi afirmado em pouquíssimos casos (vinte e três) ao longo desse período e a criação do Grupo Técnico de Avaliação do Interesse Público em 2012 não modificou essa tendência.

Palavras-chave: Interesse público. Protecionismo. Medidas *antidumping*.

Abstract: This article intends to examine empirically, using a quantitative methodology, the use of the public interest clause in antidumping proceedings initiated by the Brazilian Government. The core objective is to verify whether this clause is capable of reducing the protectionist and anti-competitive bias of the antidumping. On the assumption that antidumping, at least theoretically, can be understood, under specific conditions, as an effective barrier to the entry of imported goods in order to exclude any competition from the domestic producer, the hypothesis tested is that the public interest clause may be a robust instrument to curb such protectionism, having as reference the Brazilian experience from 1995 to 2017. However, it was noted that the public interest was affirmed in very few cases (twenty-three) during this period and the creation of the

Technical Group for Public Interest Evaluation in 2012 did not change this trend.

Keywords: Public interest. Protectionism. Antidumping measures.

1. Introdução

De forma simples, pode-se definir o termo *dumping* como sendo a situação em que uma empresa fixa o preço de um bem no mercado externo menor do que o praticado no mercado doméstico ou quando exporta esse bem abaixo dos custos de produção. O *dumping* pode significar um impacto danoso no mercado de destino do bem, colocando pressões negativas no nível de preços e lucros dos ofertantes domésticos.[1]

Com vistas a proteger a indústria doméstica dos efeitos nocivos do *dumping* provocados por empresas estrangeiras em seus países, estes começaram a produzir normas jurídicas *antidumping* (AD), prática iniciada pelo Canadá em 1904 e seguida por Nova Zelândia (1905), Austrália (1906), África do Sul (1914) e Estados Unidos (1916).[2] No Brasil, a primeira norma AD é de 1995, embora o país tenha sido signatário do Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio e do Código *Antidumping* da rodada Tóquio (1973-1979), recepcionando em sua ordem normativa o GATT-94, referendado por meio do Decreto Legislativo 30/94, e promulgando-o mediante o Decreto 1.355/94.[3]

Em 2004 celebrou-se os cem anos da introdução da primeira norma AD, tendo sido constatado que o *leit motiv* para a adoção do pioneiro normativo – instrumento inovador, embora inconveniente, de política comercial para combater o dumping – tenha dado lugar ao entendimento atual de que o AD é instrumento poderoso e útil das

---

[1] BLONIGEN, Bruce A.; PRUSA, Thomas J. Dumping and antidumping duties. In: **Handbook of Commercial Policy**. North-Holland, 2016. p. 1.

[2] Ibidem.

[3] LÔBO, Marcelo Jatobá. **Direitos antidumping (crítica de sua natureza jurídica)**. 2004. Disponível em: < file:///C:/Users/atorres/Downloads/direitos_antiduping-marcelo_jatoba%20(1).pdf >. Acesso em: 30 mai. de 2018. p. 3.

empresas de diversos países para demandar e obter proteção comercial de seus governos.[4]

A literatura econômica moderna sobre AD também reconhece que este instrumento frequentemente possui viés protecionista, embora descreva também algumas normas antitruste como tendo esse mesmo *bias*. Contudo, entendendo o AD como uma barreira ao comércio internacional, então é cristalino que a norma antitruste não possuirá caráter protecionista quando envolver ofertantes domésticos.[5]

Embora exista o entendimento de que o AD possa proporcionar equilíbrio nas condições concorrenciais, pois evitaria a importação de produtos abaixo de seu custo, há estudos que contrastam esta visão. De um lado, apontam que o uso desse instrumento pode levar exportadores a abandonar o mercado nacional, o que traria como consequência de longo prazo redução na competição e preços mais elevados, ou seja, surgimento da face anticompetitiva do AD.[6] De outro, afirmam que o impacto das medidas AD reduz a produtividade e provoca o aumento do poder de mercado das firmas beneficiárias deste instrumento, o que desestimularia a eficiência e a concorrência da economia nacional.[7]

Além disso, o Brasil vem sendo um dos maiores usuários desse instrumento no Mundo. Levantamento recente mostra que o país tinha, em 1995, uma participação de apenas 3,2% (5/157) do total de investigações AD instauradas pelos países membros da OMC, enquanto no ano de 2015 essa participação alcançou 16,5% (38/230), ou seja, um aumento na participação de mais de cinco vezes em vinte anos.[8]

---

[4] ZANARDI, Maurizio. Antidumping: A problem in international trade. **European Journal of Political Economy**, v. 22, n. 3, 2006, p. 1.

[5] BENEDETTO, John B. Placing economists' analyses of antidumping in an antitrust context. **real-world economics review**, 2014, p. 142.

[6] BESEDEŠ, Tibor; PRUSA, Thomas J. **Antidumping and the Death of Trade**. National Bureau of Economic Research, 2013. p. 48.

[7] JÚNIOR ET AL. Antidumping e Concorrência no Brasil: uma análise empírica. **Documento de Trabalho nº 001/2017**. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Departamento de Estudos Econômicos. 2017. p. 35.

[8] ARAUJO JR, José Tavares de. Anatomia da Proteção Antidumping no Brasil. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Ano XXXI, Nº 130, jan.-mar. de 2017. p. 51.

Diante dessa perspectiva de que o AD possui viés anticompetitivo e, portanto, indo de encontro as linhas gerais das normas antitruste, aliada ao crescimento do uso do AD no Brasil, esse trabalho procura examinar empiricamente o interesse público como instrumento para reduzir o aparecimento desse caráter nocivo do AD no país, sob um prisma quantitativo.

Assim, prestigia-se um ambiente econômico mais alinhado com uma visão intencional, que enxerga o mercado como um vetor tensionado ao monopólio, resultando, portanto, em coerção aos consumidores e às empresas de menor porte.[9]

No âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), a eventual não aplicação do direito AD pode ser alegada em face do interesse público, considerada uma expressão infeliz por Cordovil (2009, p. 13) em razão de que:

(1) desperta uma carga muito expressiva, que demandaria de a autoridade comercial reconhecer o interesse indiscutível maior da nação, ou seja, de todos os cidadãos, com vistas a dar uma resposta definitiva do país sobre as importações que realiza; e

(2) exige do negociador e da autoridade pública discutir o bem comum, que vai muito além da simples questão econômica, envolvendo aspectos políticos e sociais.

Para essa autora, seria melhor que a OMC adotasse a expressão balanço econômico ou teste de proporcionalidade em vez de interesse público.

Neste contexto, procura-se investigar empiricamente, aplicando-se metodologia quantitativa, se a adoção da cláusula de interesse público (interesse nacional) pelo Brasil em 1995 e revista em 2013 é fator mitigador do viés protecionista do AD, admitindo-se, por hipótese, que a resposta é positiva.

Para tanto, divide-se o trabalho em quatro partes, além desta breve introdução. Na seção 2, descreve-se a conceituação do AD e os seus principais objetivos e efeitos, explorando traços semelhantes e distintos entre o AD e o antitruste. A seção 3 examina a expressão interesse público e sua adoção normativa no Brasil como instrumento

---

[9] BENEDETTO, John B. Placing economists' analyses of antidumping in an antitrust context. **real-world economics review**, 2014, p. 143.

redutor do eventual protecionismo decorrente de processos AD. A seção 4 analisa quantitativamente a adoção do interesse público como mitigador de AD no período 1995-2017. Por fim, apresenta-se considerações finais, explorando novas investigações que possam avançar no exame mais robusto dos impactos de cláusula de interesse público.

2. *Antidumping*: conceito, objetivos e efeitos

> No matter how refined and how elaborate the analysis, if it rests solely on the short view it will still be ... a structure built on shifting sands.[10]

A literatura sobre AD foi iniciada pelo economista Jacob Viner, quando este definiu dumping como sendo "[...] *price discrimination between domestic and foreign markets* [...]". Com efeito, esse autor estabeleceu as situações em que o dumping poderia ocorrer e analisou em quais delas poder-se-ia afirmar que houve dano econômico a nação importadora, por intermédio do seu impacto no bem-estar do país. Embora não reconhecesse que o dumping seria nocivo em todas as circunstâncias, Viner expressava que ele seria danoso à nação importadora quando envolvesse a prática de preço predatório e o desestímulo ao investimento da indústria residente no país importador.[11] Interessante notar o alcance que Viner dava aos termos preço predatório e investimento, senão veja-se:

> In defining predatory dumping, he includes not only eliminating competitors but also changing the behavior of competitors and/or weakening them. As for investment, Viner also discusses how sporadic, unpredictable dumping may affect domestic producers' decisions about capital.[12]

É curioso notar que as normas AD e antitruste têm uma origem comum: elas objetivam proteger o mercado de práticas injustas de

---

[10] < http://www.econlib.org/library/Enc1/bios/Viner.html >.

[11] BENEDETTO, John B. Placing economists' analyses of antidumping in an antitrust context. **real-world economics review**, 2014, p. 127.

[12] Ibidem.

comércio que restringem a competição. Entretanto, essas normas são oriundas de traços conceituais distintos. As normas de AD estão focadas nas trocas comerciais de bens e serviços presentes no comércio internacional, tendo como objetivo proteger a indústria doméstica de eventuais preços predatórios praticados por produtores alienígenas. Por sua vez, as normas antitruste têm como alvo o mercado doméstico, com vistas a proteger o interesse geral da sociedade, promovendo uma competição saudável que potencialmente possa ofertar aos consumidores bens e serviços de melhor qualidade e a preços mais reduzidos.[13]

Com efeito, essas normas divergem também em termos jurídicos e econômicos. Do ponto de vista jurídico, o AD permite, de um lado, a utilização do *price-undertaking* e de restrições quantitativas, visando o cumprimento de uma obrigação imposta pela investigação *antidumping*, enquanto as normas antitruste as proíbem. De outro lado, as normas AD punem certas discriminações de preços, as quais são admitidas (justificáveis) pelas regras de antitruste.[14] Sob o prisma econômico, as leis antitruste tem como meta a busca da eficiência, tentando solucionar questões relacionadas à concentração do poder econômico, ao passo que o AD seria uma forma popular de fornecer proteção à indústria doméstica sem qualquer preocupação com a formação de monopólios.[15]

As medidas AD são implementadas quando se constata, após minuciosa investigação, que houve efetivamente prática de dumping, ou seja, "[...] quando uma empresa exporta para o país importador um produto a preço de exportação inferior àquele que pratica para o produto similar nas vendas para o seu mercado interno (valor normal)."[16]

De fato, a legislação AD tem como objetivo nuclear possibilitar que a indústria nacional possa se recuperar de uma prática comercial desleal e danosa decorrente de importações objeto de *dumping*. Assim, evita-se a ocorrência de desemprego maciço na indústria doméstica, estabelecendo-se medida *antidumping* por meio da fixação de uma alíquota especifica ou *ad valorem* incidente sobre o produto importado que

---

[13] KHAN, Mr Owais Hasan. Interface between Antidumping and Competition Law: a critical analysis. **INTERFACE**, v. 123, 2016, p. 123.

[14] Ibidem, p. 123-124.

[15] Ibidem, 124.

[16] SILVA, Dario Zani da. Adoção das medidas antidumping e o princípio da livre concorrência. **Revista Jurídica da UniFil**, v. 6 , n. 6, 2009, p. 72.

implicará o aumento deste no mercado interno e, portanto, garantindo a recuperação do desempenho da indústria doméstica.[17]

Neste sentido, essas medidas são verdadeiros instrumentos de defesa comercial ao lado das salvaguardas e das medidas compensatórias, visando dar suporte, contraditoriamente, ao princípio do livre comércio entre as nações ao combater o comércio desleal e para garantir as trocas internacionais a preços e volumes razoáveis. Contudo, a prática indiscriminada do AD com o nítido propósito de proteger a indústria doméstica - mesmo que os ganhos dos produtores nacionais sejam menores que as perdas sofridas pela economia -, em vez de combater o dumping predatório, ensejou a discussão do teste público como instrumento para reduzir esse uso indevido e inapropriado do AD.[18]

Verifica-se também que o uso das medidas AD desperta inexoravelmente controvérsia no país investigador. De fato, essas medidas, objetivando frear importações a baixo preço, podem desestimular importações, provocar aumentos de preços, diminuir a concorrência, reduzir o número de ofertantes e afetar a qualidade e a variedade de produtos. Sendo assim, o principal dilema do AD é o balanceamento pelas autoridades competentes entre os efeitos positivos e negativos das medidas dele decorrentes. Constata-se, de um lado, que as medidas AD podem reduzir a concorrência, porém podem salvar empregos na indústria doméstica e reduzir um número considerável de postos de trabalho na indústria consumidora (usuária do produto importado). De outro lado, a não aplicação de medidas *antidumping* podem salvar empregos na indústria consumidora, contudo levar a falência a indústria doméstica, muitas das vezes estratégica para o desenvolvimento do país.[19]

Uma das principais críticas às medidas AD é a de que elas podem oportunizar o surgimento de comportamentos discricionários por parte das autoridades investigadoras. Essa discricionariedade tem como origem a

---

[17] CRUZ, Tatiana Lins. **O uso de medidas antidumping como mecanismo de barreira à entrada no mercado brasileiro**. 2014. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p.33.

[18] CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O interesse público no antidumping.** 2009. 345 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Direito Internacional Econômico) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 17.

[19] CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O interesse público no antidumping.** 2009. 345 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Direito Internacional Econômico) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 12-13.

existência de pontos controvertidos fixados no Acordo da OMC sobre o AD, os quais fornecem aos países investigadores margem de interpretação para adotarem um posicionamento mais ou menos protecionista.[20] Dessa forma, há severas censuras ao uso de conceitos enviesados de produto similar e de dano e sua ameaça, os quais intentam privilegiar os produtores nacionais e, consequentemente, afastam a realização de uma avaliação dos objetivos investigativos mais equilibrada e mais próxima do interesse público. Ademais, constata-se por inúmeras vezes desrespeito ao princípio da transparência nessas investigações, subtraindo dos investigados a possibilidade de produzir uma defesa mais robusta.[21]

De outro prisma, há literatura robusta[22] que defende o efeito perverso do AD sobre os objetivos das leis antitruste, pois "[...] *Antidumping law artificially increases prices by prohibiting many low cost suppliers from participating in many markets*."[23] Mais grave ainda, é a possibilidade de o AD facilitar a formação de mercados cartelizados. Esse efeito perverso torna-se possível por meio, entre outros, dos seguintes mecanismos: (1) é mais fácil obter sucesso numa investigação AD em mercados de produtos homogêneos do que em mercado de bens heterogêneos, pois os dispositivos normativos de AD são melhores aplicados em mercados particularmente suscetíveis a uma cartelização efetiva;[24] (2) uma investigação *antidumping* bem-sucedida pode reduzir o

---

[20] Exemplo dessa margem interpretativa seria o uso da expressão causa do dano, a qual pode incluir fatos além das próprias importações investigadas. (CORDOVIL, 2009, p. 33).

[21] CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O interesse público no antidumping.** 2009. 345 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Direito Internacional Econômico) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 33-34.

[22] Richard Pierce (1999, p. 1) cita como exemplos desta literatura, entre outras, as seguintes obras: *Gabrielle Marceua: Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas (1994); Bernard Hoekman & Michael Leidy, Antidumping and Market Disruption: The Incentive Effects of Antidumping Laws in The Multilateral Trading System: Analysis and Options for Change 155 (Robert Stern ed., 1993); Keith Anderson, Antidumping Laws in the United States: Use and Welfare Consequences, J. World Trade, Apr. 1993, at 99; Alan Deardorf, Economic Perspectives on Antidumping Law, in Antidumping Law and Practice (John Jackson & Edwin Vermulst ed., 1991.*

[23] PIERCE JR, Richard J. Antidumping Law as Means of Facilitating Cartelization. 1999, p. 1.

[24] Os cartéis proliferam ou são mais bem-sucedidos quando os produtos por eles ofertados possuem um grau de homogeneização elevado, pois o mercado de

número de ofertantes de determinado produto e, consequentemente, aumentar substancialmente o grau de concentração de mercado desse bem; (3) a ação *antidumping* pode facilitar a formação de cartéis por meio da redução do número de membros de participantes de negociações necessárias à configuração do acordo ilícito; (4) uma ação *antidumping* ou a sua simples ameaça pode se tornar uma barreira de entrada a não membros do cartel no mercado cartelizado. [25]

No caso brasileiro, verifica-se o uso exacerbado das medidas AD nos últimos anos, acompanhado também de efeitos distorcivos, tais como "[...] renovação automática, [...] aplicação de direitos sobre importações inexistentes, [...] proteção a grandes corporações com níveis elevados de competitividade internacional, [...] incentivo a condutas anticompetitivas, etc."[26]

Com efeito, as investigações *antidumping* brasileiras, incluindo casos novos e revisões quinquenais de direitos em vigor, cresceram 135% entre 1994-2005 (177 investigações) e 2006-2017 (416 investigações).[27] No período mais recente, nota-se que a média anual de investigações mais do que dobrou em relação aos doze anos imediatamente anteriores, ou seja, enquanto a média do período 2006-2017 foi de 35, a de 1994-2005 alcançou somente 15. Entre 1995 e 2015, a participação brasileira no total das investigações AD iniciadas pelos membros da OMC passou de 3,2% (5 em 157) para 16,5% (38 em 230), isto é, a participação aumentou em 418%.[28]

Para além desse crescimento explosivo, seja em relação a si mesmo como em relação ao resto do mundo (membros da OMC), as

---

produtos homogêneos pode ser administrado eficientemente por um único e relativamente simples conjunto de produção e regra de preços. (PIERCE JR, 1999, p. 18).

[25] PIERCE JR, Richard J. Antidumping Law as Means of Facilitating Cartelization. 1999, p. 22-23.

[26] ARAUJO JR, José Tavares de. Anatomia da Proteção Antidumping no Brasil. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Ano XXXI, Nº 130, jan.-mar. de 2017, p. 50.

[27] Os dados foram obtidos do trabalho de Araújo Jr. (2017) e do sítio do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/defesa-comercial/854-medidas-em-vigor >)

[28] ARAUJO JR, José Tavares de. Anatomia da Proteção Antidumping no Brasil. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Ano XXXI, Nº 130, jan.-mar. de 2017, p. 50-51.

medidas AD aplicadas pelo Brasil apresentam frequentemente cinco distorções: (1) protecionismo frívolo: quando as restrições a bens importados não sustentam o crescimento da indústria doméstica, porém prejudicam o resto da economia, principalmente os consumidores e a indústria à jusante; (2) renovação sistemática de direitos AD: cria uma espécie de cartão fidelidade AD para monopólios e oligopólios nacionais existentes na indústria de bens intermediários dos setores químico e siderúrgico; (3) elevação dos custos dos rivais: a medida *antidumping* beneficia duplamente a indústria doméstica, pois, de um lado, reduz a pressão competitiva do produto importado e, de outro, torna mais elevado os custos de produção da indústria à jusante, caso a produção nacional seja insumo para esta; (4) desobediência ao parágrafo 3.7 do Acordo AD da OMC: frequentemente o país infringe, na renovação dos direitos AD, a norma internacional que fixa: "[...] a ameaça de dano material [condição necessária para aplicação dos direitos AD] será baseada em fatos, e não apenas em alegações, conjecturas ou possibilidades remotas"; e (5) desconsideração de impactos econômicos e sociais negativos: as investigações AD concentram-se sobretudo nos interesses das empresas peticionárias, esquecendo-se de avaliar os eventuais danos "[...] causados a outras indústrias, consumidores finais, programas sociais e demais políticas públicas [...]", muita das vezes superiores aos benefícios auferidos pelos peticionários.[29]

Em razão do crescimento das medidas AD no Brasil e dos possíveis efeitos nefastos supramencionados, torna-se imperativo discutir-se mecanismos que possam reduzir tais distorções, destacando-se o interesse público como aquele previsto na própria norma supralegal da OMC. Sendo assim, examina-se esse instrumento na próxima seção.

3. A cláusula de interesse público: descrição e evolução de sua prática no Brasil

Uma solução radical para os efeitos nefastos do AD seria aquela proposta pela Professora Gabrielle Marceau: substituir a legislação *antidumping* pela a do antitruste. Na visão desta autora, existiria uma ação *antidumping* somente quando esta fosse equivalente à prática de preço

[29] ARAUJO JR, José Tavares de. Anatomia da Proteção Antidumping no Brasil. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Ano XXXI, Nº 130, jan.-mar. de 2017, p. 52.

predatório tal como definido pela legislação anticoncorrencial. Contudo, sabe-se que dificilmente os governos tomariam tal decisão até porque nem um deles resiste indefinidamente a pressões protecionistas oportunistas dos barões da indústria doméstica.[30] Assim, deve-se procurar uma solução *second best* dentro dos marcos normativos em vigor.

Dentro do marco legal do acordo da OMC sobre o AD, é facultado aos membros desta organização a aplicação de medidas *antidumping* mesmo preenchidos seus pré-requisitos (identificação do dumping, dano e nexo causal).[31] A utilização dessa faculdade está alicerçada no teste do interesse público, o qual poderia ser inclusive avocado pelos países membros da OMC, conforme práxis de alguns países, mesmo antes da abertura do processo de investigação.[32]

Além disso, esse Acordo da OMC prevê no seu art. 6.12 que "[...] o direito de consumidores e de usuários industriais do produto sob investigação submeterem comentários relativos a dumping, dano e nexo de causalidade." Contudo, esse dispositivo não prevê manifestações

---

[30] PIERCE JR, Richard J. Antidumping Law as Means of Facilitating Cartelization. 1999, p. 26.

[31] O acordo antidumping da OMC prevê na primeria parte do seu artigo 9.1*: **The decision whether or not to impose an antidumping duty in cases where all requirements for the imposition have been fulfilled**, and the decision whether the amount of the antidumping duty to be imposed shall be the full margin of dumping or less, are decisions to be made by the authorities of the importing Member. It is desirable that the imposition be permissive in the territory of all Members, and that the duty be less than the margin if such lesser duty would be adequate to remove the injury to the domestic industry*. Tradução: **São da competência das autoridades do Membro importador a decisão sobre a imposição ou não de direito antidumping, quando estiverem preenchidos os requisitos necessários**, e a decisão sobre se o montante do direito antidumping a ser imposto será a totalidade da margem de dumping ou menos do que esse valor. É desejável que o direito seja facultativo no território de todos os Membros e que seu montante seja menor do que a margem de dumping, caso tal valor inferior seja suficiente para eliminar o dano à indústria nacional. < http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/07%20Acordo%20sobre%20Anti-Dumping%20%28Acordo%20sobre%20a%20Implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Artigo%20VI%20do%20GATT%201994%29.pdf >. (grifou-se).

[32] CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O interesse público no antidumping.** 2009. 345 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Direito Internacional Econômico) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 48-49.

consumerista e dos empresários sobre os efeitos da aplicação da medida *antidumping*.[33]

Importante destacar que não há um acordo entre os membros da OMC sobre uma redação explícita e formal de uma cláusula ou teste de interesse público, com vistas a mitigar os efeitos do AD. De toda sorte, alguns países adotaram legislações específicas sobre a aplicação de uma cláusula de interesse público, tais como o Canadá, o Brasil e a Comunidade Europeia, embora ela seja pouca e erraticamente aplicada, tendo em vista a inexistência de apoio em regras multilaterais.[34]

Pode-se definir o interesse público como sendo algo impessoal e em oposição a fornecer privilégios a interesses privados, considerando os vários interesses do país e o somatório dos interesses individuais de todos os cidadãos ao se analisar o direito AD. Em outras palavras, o interesse público seria a soma de todos os interesses econômicos privados de uma nação. O interesse público visa a detectar os efeitos adversos das medidas AD na economia nacional que afetariam a estrutura de custos das importações e o abastecimento das indústrias.[35] Em síntese, o interesse público seria o instrumento para evitar o *antidumping* que, ao frear importações de baixo preço, pode produzir aumento de preços, redução da concorrência, diminuição da oferta de produtos e da qualidade e variedade de produtos.[36]

Ressalte-se que a noção de interesse público é reconhecida doutrinariamente como sendo um conceito indeterminado, embora bastante empregado no âmbito do Direito Administrativo, no qual assume o estatuto de um princípio: supremacia do interesse público, entendido como uma regra de prevalência do interesse público sobre os interesses privados. Mesmo sofrendo ataques de corrente doutrinária minoritária, que

---

[33] HEES, Felipe. Interesse público e a aplicação de medidas antidumping no Brasil. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, p. 4-11, 2013, p. 8.

[34] CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O interesse público no antidumping.** 2009. 345 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Direito Internacional Econômico) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 48-49, p. 70.

[35] CRUZ, Tatiana Lins. **O uso de medidas antidumping como mecanismo de barreira à entrada no mercado brasileiro**. 2014. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 86-87.

[36] CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O interesse público no antidumping.** 2009. 345 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Direito Internacional Econômico) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 12.

considera existir o supra princípio da supremacia dos direitos fundamentais, ainda subsiste a supremacia do interesse público (inclusive para a garantia dos direitos fundamentais), a despeito de mitigado pela razoabilidade e proporcionalidade em face de conflitos entre o interesse público e o privado.[37]

Reconhece-se também que o interesse público possa ser analisado sob dois aspectos: o político e o jurídico. Sob o prisma político, o interesse público é visto como sendo aquele que vai além dos interesses individuais, embora estes sejam peças fundamentais para a definição última do interesse coletivo. O Estado seria o porta-voz contratual da vontade popular, delineando o interesse público como um interesse distinto da mera soma de interesses individuais. Por outro lado, pode-se interpretar politicamente o interesse público como manifestação democrática do povo ou fruto do exercício de sua cidadania. O aspecto jurídico do interesse público destaca o seu caráter de princípio, como visto anteriormente, que justificaria a aplicação ou não de uma regra precisa.[38]

Embora o interesse público seja reconhecido como instrumento conceitual e normativo para coibir efeitos diversos de medidas AD, sua aplicação ainda é bastante reduzida em virtude do fato de que ele falha por não considerar efetivamente os interesses dos consumidores e das industrias à jusante (dependente dos bens importados) e pelo seu uso em circunstâncias muito excepcionais.[39]

O Canadá é um bom exemplo dessa baixa eficiência na aplicação da cláusula de interesse público. Esse país é considerado um líder mundial no reconhecimento de outros interesses além dos da indústria doméstica quando do uso de medidas *antidumping*. Mesmo assim, constata-se o limitado uso real dessa cláusula (Seção 45 da legislação *antidumping* do

---

[37] NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. In: DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

[38] CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O interesse público no antidumping.** 2009. 345 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Direito Internacional Econômico) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 112;132.

[39] FREEDMAN, Eric. Canadian Anti-Dumping Provisions: Has the Use of the Public Interest Clause Helped Curb Protectionism. **Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L.**, v. 16, p. 27-43, 2016, p. 29.

Canadá – SIMA)[40] pelo Tribunal canadense responsável pela imposição das medidas *antidumping*. Com efeito, esse tribunal levou em conta o interesse público em apenas sete casos dos cinquenta e três julgados entre 2000 e 2016, ou seja, meros 13,2% do total de casos submetidos ao seu escrutínio, sendo que somente em dois houve redução da tarifa *antidumping* imposta ao produto importado (3,7%). [41]

A experiência canadense mostra que a aplicação da cláusula do interesse público torna-se efetiva (redução de tarifas *antidumping*) em função de apenas uma razão, conforme se depreende do texto a seguir: "[...] *Therefore it seems that despite the Regulations,* ***the only situation in which duties may be reduced is when they create a clear monopoly for the domestic producer by pricing out the competitor***."[42] (grifou-se).

No Brasil, a cláusula de interesse público foi introduzida no §3º do art. 64 do Decreto 1.602/95.[43] Segundo Felipe Hees:

---

[40] *If, as a result of an inquiry referred to in section 42 arising out of the dumping or subsidizing of any goods, the Tribunal makes an order or finding described in any of sections 3 to 6 with respect to those goods,* ***the Tribunal shall, on its own initiative or on the request of an interested person that is made within the prescribed period and in the prescribed manner, initiate a public interest inquiry if the Tribunal is of the opinion that there are reasonable grounds to consider that the imposition of an anti-dumping or countervailing duty, or the imposition of such a duty in the full amount provided for by any of those sections, in respect of the goods would not or might not be in the public interest***. (FREEDMAN, 2016, p. 34). (grifou-se).

[41] FREEDMAN, Eric. Canadian Anti-Dumping Provisions: Has the Use of the Public Interest Clause Helped Curb Protectionism. **Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L.**, v. 16, p. 27-43, 2016, p. 29;36.

[42] Ibidem, p. 39. Tradução Livre: Portanto, parece que, apesar dos Regulamentos, a única situação em que os direitos antidumping podem ser reduzidos é quando eles criam um monopólio claro para o produtor doméstico, ao expulsar os concorrentes do mercado por meio da fixação dos preços destes.

[43] Art. 64. .....
.....
.....

§ 3º Em circunstâncias excepcionais, mesmo havendo comprovação de *dumping* e de dano dele decorrente, as autoridades referidas no art. 2º poderão decidir, <u>por razões de interesse nacional</u>, pela suspensão da aplicação do direito ou pela não homologação de compromissos de preços, ou, ainda, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 42, pela aplicação

> Apesar de a disciplina ser sintética, a simples inclusão dessa regra no regulamento fez do Brasil um dos poucos países do mundo a contemplar uma regra explícita de interesse público associada à aplicação de medidas *antidumping*.[44]

Importante destacar que a expressão utilizada no Decreto nº 1.602/95 é "interesse nacional", a mesma contida em propostas circuladas no âmbito da Rodada Doha. O debate suscitado por essas propostas sugere "[...] existir uma distinção não desprezível entre "interesse nacional" e "interesse público".[45] Para Hees:

> Enquanto as questões de "interesse nacional" incluem quase sempre aspectos relativos à "segurança nacional", as reflexões relacionadas ao "interesse público" encontram-se associadas fundamentalmente às consequências econômicas para o país como um todo da aplicação de uma medida *antidumping*.[46]

Em face do §3º do art. 64 do supracitado decreto, a Câmara de Comércio Exterior – CAMEX criou tardiamente o Grupo Técnico de Avaliação do Interesse Público – GTIP por meio da Resolução CAMEX Nº 13, de 29 de fevereiro de 2012. Ao GTIP compete: "[...] analisar o impacto da medida aplicada sobre a economia como um todo, buscando identificar seus efeitos sobre outros agentes econômicos que não a indústria doméstica peticionária." A análise é realizada pelo GTIP durante ou após a conclusão do processo investigativo do AD, tendo até seis meses (Parágrafo único do art. 12 da Resolução CAMEX 29/2017), prorrogáveis, para finalizar o trabalho analítico.[47]

Em que pese a inexistência de uma definição formal de critérios para a análise do interesse público, a criação do GTIP forçou a elaboração de um:

> [...] o roteiro a ser preenchido para o pedido de análise de interesse público, publicado na Resolução CAMEX no 50, de 5 de julho de 2012, [que] traz algumas indicações. Primeiramente,

---

de direito em valor diferente do que o recomendado, e, neste caso, o ato deverá conter as razões que fundamentaram tal decisão. (grifou-se).

[44] HEES, Felipe. Interesse público e a aplicação de medidas antidumping no Brasil. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, p. 4-11, 2013, p. 5.

[45] Ibidem, p. 6.

[46] Ibidem.

[47] MACERA, Andrea Pereira. Interesse público e defesa comercial: considerações gerais. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, p. 4-11, 2013, p. 18.

> há a preocupação de se identificar o(s) elo(s) da cadeia produtiva supostamente afetado(s) pela medida de defesa comercial, bem como definir suas condições de mercado. Em seguida, são solicitadas informações que permitam avaliar as condições de acessibilidade ao produto objeto da medida de defesa comercial, ou seja, se há disponibilidade de produtos iguais ou substitutos de origens não investigadas e, em caso afirmativo, se haveria custos adicionais de importação. Finalmente, pede-se que sejam trazidas informações relativas a preços que permitam avaliar sua evolução, bem como a possível relação de causalidade com a medida adotada.[48]

Recentemente esse roteiro foi revisto pelas Resoluções CAMEX nºs 27/2015 e 29/2017. Esta última resolução estabelece os procedimentos administrativos para a análise de pleitos junto ao GTIP. Pode-se resumir os procedimentos em nove etapas, de acordo com a Tabela 1 abaixo.

ETAPAS	DESCRIÇÃO
Etapa 1 - Apresentação do pleito	Entrega de formulário e documentação no protocolo da Sain/MF
Etapa 2 - Recebimento	Secretaria do GTIP avalia informações (prazo: 10 dias). Caso haja necessidade de informações complementares, o requerente deve apresentar no prazo (até 10 dias).
Etapa 3 - Avaliação de admissibilidade:	avaliação da secretaria do GTIP sobre a admissibilidade do pleito (30 dias). Em caso positivo, essa análise é submetida à CAMEX.
Etapa 4 - Instauração do processo	Em caso de acolhimento do requerimento, a CAMEX publica resolução para instauração do processo.
Etapa 5 - Apresentação da habilitação e manifestações	Os interessados devem apresentar a habilitação e manifestação sobre o caso (prazo: 45 dias). O processo de instrução se encerra 90 dias após a resolução. Neste período, poderão ser solicitadas informações adicionais e verificações in loco.
Etapa 6 - Manifestações:	Após o prazo de 90 dias, os interessados poderão se manifestar sobre o conjunto probatório (prazo: 10 dias).
Etapa 7 - Nota técnica	Secretaria do GTIP apresenta nota técnica aos membros do grupo com as conclusões sobre o processo (prazo: 30 dias do fim da instrução).

[48] MACERA, Andrea Pereira. Interesse público e defesa comercial: considerações gerais. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, p. 12-19, 2013, p. 19.

Etapa 8 - Recomendação GTIP	Reunião do GTIP em até 30 dias após a nota técnica para elaborar recomendação a ser encaminhada ao Conselho da CAMEX ou ao Gecex.
Etapa 9 - CAMEX/Gecex:	Decisão sobre a recomendação do GTIP após a análise do pleito.

Fonte: MF (< http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/comercio-exterior/avaliacao-de-interesse-publico-em-defesa-comercial/avaliacao-de-interesse-publico-em-defesa-comercial >).

O Decreto 1.602/95 foi revogado pelo Decreto 8.058/2013, este utilizando taxativamente a expressão "interesse público" no seu art. 3º. Se não, veja-se:

> Art. 3º Em circunstâncias excepcionais, o Conselho de Ministros poderá, **em razão de interesse público**:
>
> I - suspender, por até um ano, prorrogável uma única vez por igual período, a exigibilidade de direito *antidumping* definitivo, ou de compromisso de preços, em vigor;
>
> II - não aplicar direitos *antidumping* provisórios; ou
>
> III - homologar compromisso de preços ou aplicar direito *antidumping* definitivo em valor diferente do que o recomendado, respeitado o disposto no § 4º do art. 67 e no § 2º do art. 78.
>
> § 1º Os direitos *antidumping* ou os compromissos de preços suspensos com base no inciso I do caput poderão ser reaplicados a qualquer momento, por decisão do Conselho.
>
> § 2º Os direitos *antidumping* ou os compromissos de preços serão extintos ao final do período de suspensão previsto no inciso I do caput, caso não tenham sido reaplicados nos termos do § 1º ou caso o ato de suspensão não estabelecer expressamente a reaplicação ao final do período de suspensão.
>
> § 3º Os setores industriais usuários do produto objeto da investigação e as organizações de consumidores poderão fornecer informações julgadas relevantes a respeito dos efeitos de uma determinação positiva de dumping, de dano e de nexo de causalidade entre ambos.
>
> § 4º As informações fornecidas nos termos do § 3º deverão ser endereçadas à Secretaria-Executiva da CAMEX e serão consideradas no processo de tomada de decisão relativo a interesse público.

> § 5º A análise de interesse público deverá observar os procedimentos estabelecidos em ato específico publicado pela CAMEX.
>
> § 6º As decisões do Conselho de Ministros, inclusive as amparadas em interesse público, deverão sempre se fazer acompanhar da fundamentação que as motivou.

Chama-se atenção para o fato de que a nova norma exige a obrigatoriedade de motivação das decisões do Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior - CAMEX, inclusive as que se referirem ao interesse público, além de permitir que setores industriais e as organizações consumeristas possam manifestar-se sobre os efeitos das medidas *antidumping*, incluindo sobre o dano e o nexo de causalidade.

Ressalte-se, ainda, que a suspensão dos direitos *antidumping* prevista no inciso I do caput do art. 3º do supracitado decreto, "[...] somente será possível pelo período de um ano, prorrogável por igual período, sendo que na legislação anterior (Decreto 1.602/95) tal suspensão não era limitada temporalmente [...]".[49]

Todavia, não há no Decreto 8.068/2013, bem como na regulação do GTIP, uma definição operacional robusta de interesse público, ou seja, do conteúdo do interesse público no AD a ser investigado. Neste sentido, recomenda-se que esse o conteúdo seja dotado das seguintes características: (1) ser instrumento não discriminatório por meio da fixação de critérios formais de análise do interesse público envolvido na investigação AD; (2) limitado em seu escopo; (3) revestido de transparência, especificando as partes interessadas que serão ouvidas; (4) previsível em termos de procedimentos; e (5) provido dos seguintes elementos econômicos obrigatórios de análise: (5.1) impactos sobre a defesa da concorrência: análise concorrencial; (5.2) efeitos nos níveis de emprego e salário; e (5.3) influências sobre o desenvolvimento tecnológico e industrial.[50]

Com efeito, a realização do teste do interesse público, preferencialmente antes do início das investigações AD (e novamente

---

[49] CRUZ, Tatiana Lins. **O uso de medidas antidumping como mecanismo de barreira à entrada no mercado brasileiro**. 2014. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 53.

[50] CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O interesse público no antidumping**. 2009. 345 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Direito Internacional Econômico) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 133;136-139;230-231;301.

antes de aplicar as medidas definitivas AD) e permeado pelos critérios conteudistas supramencionados, restringiria a margem de discricionariedade e as incertezas que uma cláusula abstrata possui e permitiria uma análise mais técnica, objetiva e transparente.[51]

Entendendo que a legislação referente ao interesse público no Brasil deva evoluir no sentido de estabelecer os critérios conteudistas exemplificados acima, é imperativo a realização de uma avaliação empírica da aplicação da cláusula de interesse nacional, de 1995 até 2013, e de interesse público, entre 2013 e 2017, com vistas a verificar se elas foram um instrumento efetivo de mitigação do protecionismo gerado pelas medidas protecionistas AD que cresceram de forma acelerada nesses períodos. É o que será visto na próxima seção.

4. O interesse público como mitigador do protecionismo: análise quantitativa da experiência brasileira (1995-2017)

Com vistas a avaliar o interesse público como mitigador das medidas protecionistas do AD, realizou-se levantamento dos casos em que foram aprovadas medidas *antidumping*, porém que tiveram seus efeitos reduzidos, suspensos ou derrogados no período de 1995 a 2017, em razão do interesse nacional (até 2011) ou em função do interesse público (pós 2011).

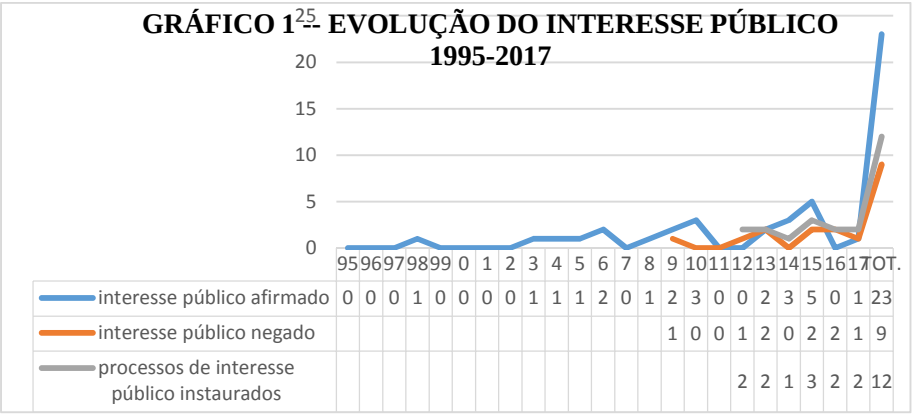
Os casos foram selecionados examinando-se as Resoluções da Câmara de Comércio Exterior (< http://www.CAMEX.gov.br/resolucoes-CAMEX/resolucoes >) que contivessem a expressão “interesse público” ou “interesse nacional” e fossem relacionados efetivamente ao exame de uma cláusula dessa natureza. Com efeito, contabilizou-se anualmente: o número de casos em que o interesse nacional ou público se afirmou, ou seja, que de alguma forma mitigou a aplicação das medidas AD; o número de casos em que a existência do interesse público superveniente foi negado pelo GTIP; e o número de processos que foram instaurados com vista ao exame pelo GTIP do interesse público. A Tabela 2 e o Gráfico 1 abaixo mostram o resultado desse levantamento.

[51] Ibidem, p. 134;257.

Tabela 2: Números totais sobre o interesse público no período 1995-2017

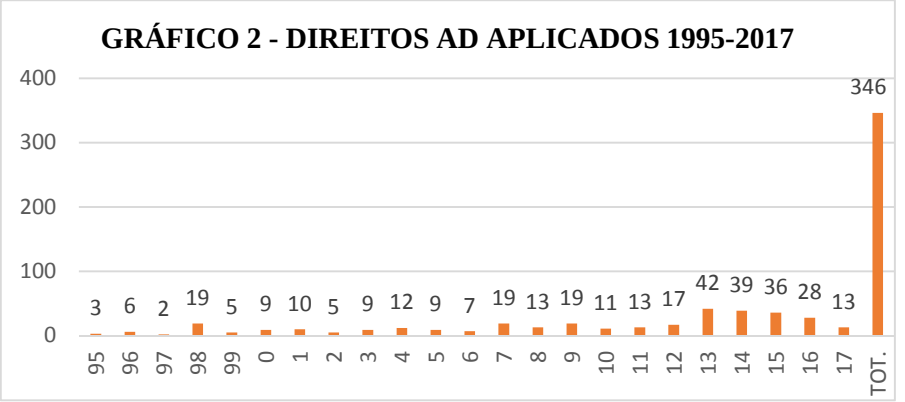
ITENS	Nº DE CASOS/PROCESSOS
INTERESSE PÚBLICO AFIRMADO	23
INTERESSE PÚBLICO NEGADO	9
PROCESSOS DE INTERESSE PÚBLICO INSTAURADOS	12

Fonte: MDIC (http://www.CAMEX.gov.br/resolucoes-CAMEX/resolucoes)



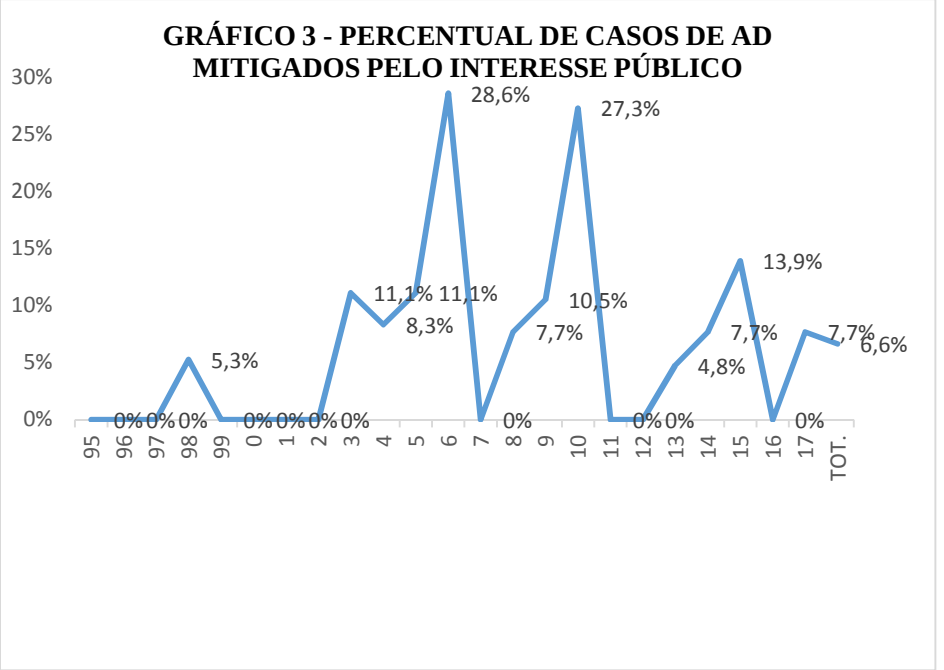
Fonte: MDIC (http://www.CAMEX.gov.br/resolucoes-CAMEX/resolucoes)

Em sequência, confrontou-se com o número de investigações anual que culminaram com a aplicação dos direitos AD nesse mesmo período (veja o Gráfico 2 a seguir).



Fonte:MDIC (<http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/secex/decom/Relat%C3%B3rios_DECOM/Relat%C3%B3rio_2017_final.pdf >).

A confrontação foi feita calculando o percentual anual de casos afirmados pelo interesse públicos vis-à-vis os casos em que houve a aplicação de medidas AD. No período 1995-2017 esse percentual foi em média de apenas 6,6% (vide Gráfico 3). Antes da criação do GTIP, esse percentual médio foi de 6,5% enquanto foi de 5,7% após a criação deste grupo.



Destaca-se dos gráficos elaborados que o interesse público foi afirmado em poucos casos (vinte e três) ao longo do período examinado (1995-2017). O GTIP foi instado a se pronunciar em apenas 12 casos entre 2012 e 2017 (6,9% do total de casos de AD aplicados nesse mesmo período), tendo negado o interesse público em nove deles (75%). Por fim, nota-se que há picos (1998, 2006, 2010) e elevação (2014) expressivos nos anos eleitorais.

Por outro lado, analisou-se a distribuição de probabilidade que melhor representaria os dados coletados, supondo serem esses representativos do fenômeno em exame. A partir disso, construiu-se modelos de regressão que pudessem explicar quantitativamente a variável

dependente: afirmação anual do interesse público sobre as medidas AD aplicadas (Y).

Admitindo-se que os casos afirmativos de interesse público possam ser analogamente comparados, em face dos dados coletados, ao número de acidentes com pessoas vitimadas no trânsito, então poder-se-ia admitir que aqueles (Y) seguiriam uma distribuição de Poisson, correspondendo a uma distribuição aleatória dos casos afirmativos no tempo. Além disso, assumir-se-ia também que os casos afirmativos seriam proporcionais ao número de medidas AD aplicadas. Ou seja, a média (μ_i) seria igual a um coeficiente de proporcionalidade (κ) multiplicado pelo número de medidas AD aplicadas (x_i).[52]

Sendo assim, considerou-se um modelo linear generalizado ou próximo com *offset* dado pelo logaritmo natural (ligação canônica) do número de medidas AD aplicadas (variável independente) e com apenas um termo (o intercepto).[53] Ademais, examinou-se a eventual mudança de padrão no fenômeno com a introdução do GTIP em 2012, construindo uma variável dicotômica para testar a existência ou não de efeito no modelo decorrente dessa mudança institucional referente ao interesse público (na análise gráfica constatou-se que não). Os Quadros 1 e 2 apresentam as variáveis (e estatísticas descritivas) e os modelos de regressão, respectivamente.

Quadro 1 – Variáveis/Estatísticas Descritivas

VARIÁVEIS	DESCRIÇÃO	Média	Variância	Max/Mín.
Dependente: **Y**	Número anual de casos de AD em que foi levado em conta afirmativamente o interesse público	1,00	1,73	5/0
Independente: **X**	Número anual de casos de AD em que foi aplicado medidas protetivas	15,04	127,04	42/2
Variável *dummy*: **D**	Identifica eventual mudança de padrão da variável dependente em função da criação do GTIP	-	-	1/0

[52] MADSEN, Henrik; THYREGOD, Poul. Introduction to General and Generalized Linear Models. CRC Press. 2011, p. 123.

[53] Ibidem.

Quadro 2 – Modelos de regressão

MODELO	FÓRMULA
Modelo 1: Poisson	$Y \sim Pois(\mu_i) \Rightarrow \frac{\mu^y e^{-\mu}}{y!}$
Modelo 2: Binomial-Negativa	$Y \sim Bin.neg(\mu_i, \alpha) = \frac{\Gamma(y+\alpha)}{y!\,\Gamma(\alpha)} \left(\frac{\alpha}{\alpha+\mu}\right)^{\alpha} \left(\frac{\mu}{\alpha+\mu}\right)^{y}$
Estrutura de modelagem	$Y_1 = lnX$ $Y_2 = lnX + D$

Adotou-se a distribuição binomial negativa em função de seu melhor ajuste aos dados do que a Poisson,[54] sendo ambas adequadas para examinar dados de contagem, decorrente da existência de um número elevado de zeros (caso de sobredispersão, quando se observa que a variância dos dados, considerando um modelo de Poisson, é superior à média).[55] Os dados brutos, a contagem e as frequências dos dados coletados e das fornecidas pela aproximação dos dados pela distribuição de Poisson e pela Binomial Negativa são mostrados na Tabela 3 abaixo.

Tabela 3 – Ajuste das distribuições aos dados coletados

Contagem	Frequências		
Y	Dados Coletados	Poisson	Binomial Negativa
0	11	8,5	10,9
1	6	8,5	6,3
2	3	4,2	3,1
3	2	1,4	1,5
4	0	0,4	0,7
5	1	0,1	0,3

Os resultados da modelagem adotada (binomial negativa), utilizando-se o *software* R (vide **ANEXO**), mostram que: (1) a média e a variância encontradas nos valores observados (Y) são iguais aos fornecidos pela modelagem binomial-negativa (**Parâmetros da distribuição binomial negativa**) (2) os dados não contradizem as hipóteses subjacentes ao modelo adotado (**Teste do Qui-Quadrado**); (3) a proporção média de casos afirmativos no período 1995-2017 em relação as medidas de AD

[54] A distribuição de Poisson possui a funcional propriedade de que E(Y) – média – é igual a Var(Y) – variância.

[55] Os dados coletados sobre a afirmação do interesse público mostram que a média é 1 e a variância é 1,73 entre 1995 e 2017 (Quadro 1).

aplicadas fornecida pelo modelo, 6,64%, é bem próxima da média simples encontrada, 6,65%, e, mais importante, não se pode aceitar estatisticamente a hipótese de que houve seguramente uma mudança institucional positiva com a criação do GTIP em 2012 (**Estimativa dos Parâmetros das regressões modeladas**). O Quadro 3 a seguir apresenta resumidamente esses resultados.

Quadro 3 – Principais resultados

RESULTADOS	DESCRIÇÃO	
(1) Parâmetros da distribuição binomial negativa	$E(Y) = \mu = 1$ $V(Y) = \mu + \frac{\mu}{\alpha} = 1{,}74$	$\alpha = 1{,}3567$
(2) Teste Qui-quadrado	$\chi^2_{(22gl)} = 24{,}456 < \chi^{2crítico}_{(22gl)} = 33{,}9244$	Aceita-se H_0, ou seja, as frequências observadas não são diferentes das frequências esperadas (fornecidas pelo modelo binomial-negativa) a um grau de significância de 95%.
(3) Estimativa Parâmetros das regressões modeladas[56]	$Y_1 = lnX \Longrightarrow -2{,}712\ (EP = 0{,}217; Valor\ de\ P = 2x10^{-6}; proporção\ média = e^{-2{,}712} = 0{,}0664 = 6{,}64\%$	$Y_2 = lnX + D \Longrightarrow -2{,}655\ (EP = 0{,}2959; Valor\ de\ P = 10^{-6}; D = -0{,}1206\ (EP = 0{,}4364; Valor\ P = 0{,}782)$[57]

Fonte: **ANEXO**

[56] Valores de P menores ou iguais a 0,05 mostram que os parâmetros têm significância estatística. Por sua vez, valores superiores a 0,05 demonstram a não significância dos parâmetros.

[57] **Tendo em vista que a variável *dummy* D tem p-valor bem superior a 0,05 (0,782), ela não possui significância e, portanto, a hipótese de que a criação do GTIP tenha modificado o comportamento dos casos afirmativos referentes ao interesse público não pode ser aceita estatisticamente falando**.

5. Considerações finais

> Through the years, some men have discovered how to satisfy their wants at the expense of others without being accused of theft: they ask their government to do the stealing for them. (W.M. Curtiss, 1953, p. 19).[58]

Em que pese o Brasil ter uma legislação moderna sobre a aplicação do teste do interesse público nas práticas AD, a seção anterior mostrou que ela é afirmativa em muitos poucos casos, quando se compara com o universo de medidas AD acionadas pelo Governo brasileiro. Ademais, as normas referentes ao interesse público devem evoluir no sentido de fixar uma definição operacional robusta desse importante parâmetro de análise.[59]

As evidências empíricas detectadas no presente trabalho mostram que o interesse público é afirmativo em 6,64% dos casos em que foram impostas medidas *antidumping* ao longo de 23 anos (1995-2017), existindo um aumento sistemático dos casos em anos eleitorais. Tanto do ponto de vista descritivo como estatístico, nota-se que a criação do GTIP ainda não proporcionou a confirmação das hipóteses otimistas de estudiosos do tema sobre o relevante papel desse grupo para regular e gerenciar robustamente a análise do interesse público em matéria *antidumping*.[60]

---

[58] MCGEE, Robert; YOON, Yeomin. **Antidumping Laws Should Be Consigned to the History Books**. 2016, p. 1.

[59] Sugere-se que a análise de interesse público ou do próprio DECOM incorpore o prescrito no parágrafo 3.4 do acordo AD da OMC, realizando o que hoje já é regularmente efetuado pelo CADE "[...] ao tratar de questões antitruste, sobretudo em relação a quatro tópicos: i) grau de concentração da indústria; ii) natureza das barreiras à entrada; iii) estratégias de competição em vigor; e iv) poder de mercado das irmãs líderes." (ARAUJO JR, 2017, p. 61).

[60] Cita-se, como exemplo, as seguintes afirmações (1) "Embora não haja uma metodologia definida no Brasil para a análise do interesse público, a criação deste Grupo representa um primeiro passo no sentido de regulamentá-la. Define-se um lócus para apresentação de informações relativas à matéria, cujas conclusões, em bases mais objetivas, serão levadas à consideração do Conselho de Ministros no âmbito da Câmara de Comércio Exterior. Diante da necessidade de tornar pública sua decisão, com a devida explicação dos fatos relevantes analisados, o processo

Neste contexto, deve-se refutar, pelo menos preliminarmente e até o presente momento, a hipótese de que o interesse público seja instrumento relevante para o combate das eventuais medidas protecionistas do AD. Sendo assim, talvez as autoridades governamentais devessem estudar hipótese mais radical, tal como eliminar as medidas *antidumping*, concentrando-se apenas nos efeitos concorrenciais das importações predatórias.[61]

Entretanto, persistindo-se na ideia de que o interesse público possa ser mitigador das medidas protecionistas proporcionadas pelas investigações AD, sugere-se a obrigatoriedade da análise prévia do GTIP antes de qualquer análise investigatória por parte do Departamento de Defesa Comercial (DECOM) do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), convocando-se terceiros interessados para participarem do processo de avaliação. Além disso, recomenda-se a inclusão de representante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no GTIP ou, alternativamente, a subordinação deste a àquele conselho.

Por fim sugere-se uma agenda futura de pesquisa no sentido de aperfeiçoar os modelos empregados, verificando, por exemplo, se há alguma relação dos casos afirmativos de interesse público com o nível de inflação anual e/ou com o grau concorrencial do setor envolvido. Ademais, poder-se-ia aprofundar as pesquisas sobre os efeitos econômicos reais das

---

decisório ganha transparência. Por fim, a criação do GTIP vai ao encontro da jurisprudência internacional." (MACERA, 2013, p. 19); (2) "Podemos concluir que com a constituição do GTIP, o Brasil avança na consideração do interesse público e no estabelecimento de elementos que serão considerados em sua análise, conforme estabelecido no roteiro, antes da aplicação de uma medida antidumping, ainda que tal análise, na forma como prevista, não seja obrigatória." (CRUZ, 2014, p. 97).

[61] Defende essa radicalidade Yoon e W. MacGee (2016, p. 12) com a seguinte argumentação*: Antidumping laws increase costs, decrease efficiency and violate utilitarian ethics because the result is a negative sum game. A few special interests benefit at the expense of the great majority. They also must necessarily violate property and contract rights because they prohibit individuals from trading what they have for what they want. There is no way to reform the antidumping laws to eliminate these ethical deficiencies. The only way to end this special interest legislation is repeal.*

medidas AD, incluindo eventuais efeitos nocivos sobre o bem-estar da sociedade, no caso brasileiro.[62]

Referências Bibliográficas

ARAUJO JR, José Tavares de. Anatomia da Proteção *Antidumping* no Brasil. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Ano XXXI, Nº 130, jan.-mar. de 2017.

BENEDETTO, John B. Placing economists' analyses of antidumping in an antitrust context. **real-world economics review**, p. 119, 2014.

BESEDEŠ, Tibor; PRUSA, Thomas J. **Antidumping and the Death of Trade**. National Bureau of Economic Research, 2013.

BLONIGEN, Bruce A.; PRUSA, Thomas J. Dumping and antidumping duties. In: **Handbook of Commercial Policy**. North-Holland, 2016. p. 107-159.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O interesse público no antidumping**. 2009. 345 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Direito Internacional Econômico) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

CRUZ, Tatiana Lins. **O uso de medidas antidumping como mecanismo de barreira à entrada no mercado brasileiro**. 2014. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

FREEDMAN, Eric. Canadian Anti-Dumping Provisions: Has the Use of the Public Interest Clause Helped Curb Protectionism. **Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L.**, v. 16, p. 27, 2016.

HEES, Felipe. Interesse público e a aplicação de medidas antidumping no Brasil. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, p. 4-11, 2013.

JÚNIOR ET AL. Antidumping e Concorrência no Brasil: uma análise empírica. **Documento de Trabalho nº 001/2017**. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Departamento de Estudos Econômicos. 2017. p. 35.

KHAN, Mr Owais Hasan. Interface between Antidumping and Competition Law: a critical analysis. **INTERFACE**, v. 123, 2016.

[62] O estudo de Júnior et al (2017) é pioneiro neste sentido.

LÔBO, Marcelo Jatobá. **Direitos antidumping (crítica de sua natureza jurídica)**. 2004. Disponível em: < file:///C:/Users/atorres/Downloads/direitos_antiduping-marcelo_jatoba%20(1).pdf >. Acesso em: 30 mai. de 2018.

MACERA, Andrea Pereira. Interesse público e defesa comercial: considerações gerais. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, p. 12-19, 2013.

MADSEN, Henrik; THYREGOD, Poul. Introduction to General and Generalized Linear Models. **CRC Press. Boca Raton, FL**. 2011.

MCGEE, Robert; YOON, Yeomin. **Antidumping Laws Should Be Consigned to the History Books**. 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. In: DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

PIERCE JR, Richard J. Antidumping law as a means of facilitating cartelization. **Antitrust LJ**, v. 67, p. 725, 1999.

SILVA, Dario Zani da. Adoção das medidas antidumping e o princípio da livre concorrência. **Revista Jurídica da UniFil**, v. 6 , n. 6, 2009.

ZANARDI, Maurizio. Antidumping: A problem in international trade. **European Journal of Political Economy**, v. 22, n. 3, p. 591-617, 2006.

ANEXO

1. SCRIPT SOFTWARE R

```
> library(readxl)
> artigo <- read_excel("artigo.xlsx")
> View(artigo)
> attach(artigo)
> Y1=c(0,1,2,3,4,5)
> round(dpois(Y1,lambda=1)*23,digits=1)
[1] 8.5 8.5 4.2 1.4 0.4 0.1
> library("fitdistrplus", lib.loc="~/R/win-library/3.4")
> fitdistr(Y,"Negative Binomial")
    Size (α)       mu (μ)
    1.3567016     1.0000042
```

```
   (1.1470168)    (0.2748198)
> round(dnbinom(Y1,size=1.3567,mu=1)*23,digits=1)
[1] 10.9  6.3  3.1  1.5  0.7  0.3
> z=glm.nb(Y~offset(log(X)))
> summary(z)

Call:
glm.nb(formula = Y ~ offset(log(X)), init.theta = 18.34226828,
   link = log)

Deviance Residuals:
   Min       1Q   Median       3Q      Max
-1.8819  -0.9861  -0.4667   0.3487   1.9178

Coefficients:
            Estimate Std. Error z value Pr(>|z|)
(Intercept)   -2.712      0.217   -12.5   <2e-16 ***
---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

(Dispersion parameter for Negative Binomial(18.3423) family taken to be 1)

   Null deviance: 24.456  on 22  degrees of freedom
Residual deviance: 24.456  on 22  degrees of freedom
AIC: 58.945

Number of Fisher Scoring iterations: 1


              Theta:  18
          Std. Err.:  104

 2 x log-likelihood:  -54.945
> z1=glm.nb(Y~offset(log(X))+D)
> summary(z1)

Call:
glm.nb(formula = Y ~ offset(log(X)) + D, init.theta = 16.86165852,
   link = log)

Deviance Residuals:
   Min       1Q   Median       3Q      Max
-1.8222  -1.0137  -0.3726   0.3721   1.8468
```

```
Coefficients:
            Estimate Std. Error z value Pr(>|z|)
(Intercept)  -2.6550     0.2959  -8.972   <2e-16 ***
D            -0.1206     0.4364  -0.276    0.782
---
Signif. codes:  0 ‘***’ 0.001 ‘**’ 0.01 ‘*’ 0.05 ‘.’ 0.1 ‘ ’ 1

(Dispersion parameter for Negative Binomial(16.8617) family taken to be 1)

    Null deviance: 24.359  on 22  degrees of freedom
Residual deviance: 24.282  on 21  degrees of freedom
AIC: 60.868

Number of Fisher Scoring iterations: 1


              Theta:  16.9
          Std. Err.:  87.0

 2 x log-likelihood:  -54.868
```

2. DADOS (artigo)

ANO	Y	X	D
1995	0	3	0
1996	0	6	0
1997	0	2	0
1998	1	19	0
1999	0	5	0
2000	0	9	0
2001	0	10	0
2002	0	5	0
2003	1	9	0
2004	1	12	0
2005	1	9	0
2006	2	7	0
2007	0	19	0
2008	1	13	0
2009	2	19	0

2010	3	11	0
2011	0	13	0
2012	0	17	1
2013	2	42	1
2014	3	39	1
2015	5	36	1
2016	0	28	1
2017	1	13	1

Fonte: (CLODOVIL, 2009, p. 320-321); MDIC (<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/defesa-comercial/854-medidas-em-vigor >). http://www.CAMEX.gov.br/resolucoes-CAMEX/resolucoes

9. A CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA E A SUA INTERPRETAÇÃO PELO ICSID

9. THE MOST FAVORED NATION CLAUSE AND ITS INTERPRETATION BY ICSID

Ana Luiza Becker Salles

Resumo: O presente trabalho se propôs a analisar os padrões mínimos de proteção do investimento estrangeiro dos Tratados Bilaterais de Investimento (BITs) em relação aos Estados mediante a assinatura e a ratificação de acordos internacionais de investimento, buscando avaliar, a partir da estrutura desses acordos e dos padrões históricos de desenvolvimento de seus princípios, com foco na Cláusula de Nação Mais Favorecida (MFN), para buscar compreende-la como um padrão mínimo de proteção dos investimentos e verificar como é aplicada na prática. Para tanto, tratou-se do surgimento e evolução do padrão mínimo de proteção aos investimentos para se compreender como a cláusula da nação mais favorecida é interpretada pelo Centro Internacional de Controvérsias de Investimento (ICSID).

Palavras-chave: Cláusula da Nação Mais Favorecida (MFN). Tratado Bilateral de Investimento (BIT). Padrão Mínimo de Proteção de Investimentos.

Abstract: The present work aimed to analyze the minimum standards of protection of foreign investment of Bilateral Investment Treaties BITs in relation to the States through the signature and ratification of international investment agreements, seeking to evaluate, based on the structure of these agreements and the historical development of their standard principles, focusing on the Most Favored Nation Clause (MFN), to seek to understand it as a minimum standard of investment protection and to verify how it is applied in practice. In order to do so, it was analyzed the emergence and evolution of the minimum investment protection standard, in order to understand how the most favored nation clause is interpreted by the International Center for Investment Disputes (ICSID).

Keywords: Most Favored Nation (MFN) Clause. Bilateral Investment Treaty (BIT). Minimum Investment Protection Standard.

1. Introdução

Os países em desenvolvimento costumam possuir problemas nos âmbitos político, econômico e estrutural, resultando em dificuldades de prover sua infraestrutura de forma autônoma. Tal situação faz com que seus governos busquem capital externo para financiamento de suas atividades.

Este capital que se originava de instrumentos públicos de financiamento, devido às mudanças ocorridas na década de 90 (como esgotamento de créditos soberanos dos bancos, alterações nas políticas de empréstimos dos países desenvolvidos e a predominância do liberalismo econômico como filosofia utilizada pelas potências centrais) passa a ser proveniente de fontes privadas de investimento, principalmente, estrangeiros (VELOSO, 2006).

Nesse processo, países que originam investimentos e países que o recepcionam divergem sobre quais seriam os padrões mínimos de proteção que devem ser concedidos aos investimentos estrangeiros e de qual forma essas garantias devem ser estabelecidas (VALENTI, 2011).

Paralelamente, organismos internacionais passam a esboçar suas políticas de desenvolvimento e financiamento em função da quantidade de Investimentos que um Estado é capaz de atrair, surgindo a noção de que sem investimento não há crescimento econômico e sem crescimento econômico não há a possibilidade de existência de uma política econômica sustentável. Então, governos de países que necessitam de capital externo mobilizam-se no sentido de tornarem-se atraentes aos investimentos estrangeiros (VELOSO, 2006).

Isso resulta em reformas na normatização interna de muitos dos países e na aceitação do padrão mínimo de proteção ao investimento através da assinatura de Tratados Internacionais de Investimento,[1] especialmente em sua modalidade bilateral, os denominados BITs. Essa modalidade de tratado internacional é encarada como a solução dos problemas aos conflitos investidor-Estado receptor, uma vez que possui por objetivo a concessão da segurança jurídica necessária ao investidor e o incentivo aos investimentos nos países receptores. Assim, a quantidade de países signatários e de BITs assinados cresce exponencialmente dos anos 1990 ao 2000 (VALENTI, 2011).

[1] No presente trabalho os termos Acordo e Tratado foram considerados sinônimos.

Ademais, os Tratados Internacionais de Investimentos, em sua maioria, trazem a previsão da eleição da arbitragem internacional como método para solução de controvérsias sobre investimento e, por exemplo, nas cláusulas dos tratados latino-americanos, o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimento - ICSID é o principal foro eleito (DOLZER; SCHREUER, 2008).

No presente trabalho se analisa os padrões mínimos de proteção do investimento estrangeiro dos BITs em relação aos Estados mediante a assinatura e a ratificação de acordos internacionais de investimento, buscando avaliar, a partir da estrutura desses acordos e dos padrões históricos de desenvolvimento de seus princípios, com foco na Cláusula de Nação Mais Favorecida (MFN), para que se possa compreende-la como um padrão mínimo de proteção dos investimentos e verificar como é aplicada na prática.

Importante apontar que, recentemente, autoridades antitruste de diversos países tem focado esforços e atenção quanto às cláusulas de MFN e seus possíveis efeitos sobre o Direito da Concorrência. O presente trabalho, contudo, busca compreender a referida cláusula dentro do contexto de tratados de investimento e arbitragem internacional especializada sobre a matéria.

Nesse sentido, o presente trabalho buscará analisar os padrões mínimos de proteção do investimento estrangeiro dos Tratados Bilaterais de Investimento (BITs) em relação aos Estados mediante a assinatura e a ratificação de acordos internacionais de investimento, analisando a partir da estrutura desses acordos e dos padrões históricos de desenvolvimento de seus princípios, com foco na Cláusula de Nação Mais Favorecida (MFN), para compreender o padrão mínimo de proteção dos investimentos e verificar como é aplicada na prática. Para tanto, inicialmente será tratado o surgimento e evolução do padrão mínimo de proteção aos investimentos, para assim se compreender como a cláusula da nação mais favorecida é interpretada pelo Centro Internacional de Controvérsias de Investimento (ICSID).

2. A Evolução do Padrão Mínimo de Proteção aos Investimentos

De acordo com VALENTI (2011) as potências dominantes determinavam as regras relativas aos investimentos internacionais. Conforme se deu a solidificação de novos Estados no cenário internacional, mais complexas tornaram-se as negociações relativas ao

capital circulante, uma vez que, paralelamente ao crescimento desses novos Estados houve o fortalecimento de interesses divergentes à ordem estabelecida. No entanto, como a atração de capital externo é fundamental a economia global, principalmente aos países não desenvolvidos, buscou-se uma solução nos tratados bilaterais de investimento.

Quanto ao surgimento dos modernos tratados sobre investimentos estrangeiros, Dolzer e Schreuer (2008) define a assinatura do acordo entre Estados Unidos da América (EUA) e França, em 1778, como primeiro comercial sobre a matéria. Apesar do objetivo do acordo permear questões de ordem comercial, ele continha normas que visavam à compensação do estrangeiro em caso de expropriação.

Durante o século XIX, a prática costumeira entre os Estados era firmar tratados que estabeleciam a proteção da propriedade estrangeira em consonância com a legislação interna do país receptor. Acreditava-se que cada Estado, no âmbito de sua legislação nacional, protegeria a propriedade privada e essa proteção se estenderia ao proprietário estrangeiro. Isso se observa, por exemplo, no Tratado de 1850 firmado entre Suíça e EUA, em seu artigo 2(3):

> Em caso de (...) desapropriação para fins de utilidade pública, os cidadãos de um dos países contratantes, residente em outro, deve ser colocado em pé de igualdade com os cidadãos do país de residência no que diz respeito a indenizações por danos que possam ter sofrido (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 12; tradução nossa).[2]

Além do tratamento igualitário ao nacional nos casos de expropriação, para Valenti (2011), nesse primeiro período de evolução do direito internacional dos investimentos, entendia-se que o país receptor também deveria conceder ao estrangeiro total proteção e segurança e tratá-lo em equivalência em relação aos nacionais sob as leis domésticas.

Então, três princípios eram considerados: proteção e segurança totais ao estrangeiro, tratamento justo e igualitário ao nacional e respeito à propriedade privada, principalmente no que tange às expropriações, que só poderiam ocorrer condicionadas a determinadas exigências, entre as quais

[2] Tradução livre de: *In case of (...) expropriation for purposes of public utility, the citizens of one of the two countries, residing in other, shall be placed on an equal footing with the citizens of the country in which they reside in respect to indemnities for demages they may have sustained.*

o pagamento de indenização ao proprietário (DOLZER; SCHREUER, 2008).

A regra de proteção e segurança total ao estrangeiro, basicamente, significava que o Estado deveria disponibilizar os meios necessários à prevenção e ao processamento de possíveis lesões, ou seja, a disponibilização normal do policiamento e acesso ao judiciário, o tratamento justo e equitativo, nada mais é do que a garantia do mesmo tratamento ao estrangeiro daquele oferecido ao nacional e a proteção contra a expropriação que só poderia ocorrer quando existente interesse público, não discriminação, devido processo legal e, acima de tudo, a indenização devida (VALENTI, 2011).

Contrário a essa noção, o jurista argentino Carlos Calvo publicou em 1868 um estudo apresentando uma nova perspectiva relativa à proteção dos investimentos, o que deu início ao segundo período evolutivo. Para Calvo (apud DOLZER; SCHREUER, 2008), deveria ser permitido ao Estado receptor do investimento reduzir a proteção da propriedade alienígena quando também reduzisse as garantias das propriedades de nacionais, o que permitiria diversos graus de garantias nacionais aos investimentos estrangeiros, variando de alto nível de proteção à total ausência.

Além disso, importante ressaltar que a doutrina Calvo baseia-se na visão de que os estrangeiros devem fazer valer os seus direitos perante os tribunais nacionais e eles não têm o direito à proteção diplomática de seu estado de origem ou acesso aos tribunais internacionais (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Ou seja, para o autor, seria necessário que os investidores resolvessem seus litígios internamente, sob a jurisdição do país receptor do investimento. Para Costa (2006) isso se justifica pelo fato de Calvo ter elaborado sua teoria em um contexto da diplomacia da força, muito utilizada pelos países exportadores de capital, que impunham seu ponto de vista do direito internacional aos governos estrangeiros.

Nessa mesma conjuntura, motivado principalmente pela crise venezuelana de 1902[3], o Ministro das Relações Exteriores da Argentina,

---

[3] A Crise da Venezuela de 1902-1903 foi um bloqueio naval, que durou de dezembro de 1902 a fevereiro de 1903, imposto pela Grã-Bretanha, Alemanha e Itália contra a Venezuela, como resultado da recusa do presidente da Venezuela, Cipriano Castro em pagar as dívidas externas e os prejuízos sofridos pelos cidadãos europeus em uma guerra civil recente no país.

Luis Maria Drago, realizou um manifesto de descontentamento das nações latino-americanas em relação às práticas abusivas dos Estados exportadores na utilização da proteção diplomática.

A doutrina Drago foi exposta e defendida pelo general norte-americano Horace Porter na Segunda Conferência de Paz de Haia, em 1907. Ao final, a doutrina foi adotada e a Convenção Drago-Porter passou a proibir o recurso da força para a cobrança de dívidas contraídas por um país em favor de nacionais de outros Estados, somente com exceção de duas situações: quando o Estado devedor se recusasse a submeter a controvérsia à arbitragem, ou, após aceitá-la, o Estado recusasse a participar do procedimento ou se negasse a cumprir o laudo arbitral eventualmente proferido (PUCCI apud COSTA, 2006).

No entanto, diferentemente da tese sustentada por Calvo, a Doutrina Drago-Porter nada menciona a respeito da jurisdição exclusiva e plena dos Estados sobre o seu território e da competência *prima facie* dos tribunais nacionais para a solução de controvérsias envolvendo investimento estrangeiro. Pelo contrário, a fim de contribuir para a diminuição dos conflitos internacionais de origem econômica, privilegia a solução pacífica de controvérsias por meio da arbitragem entre Estados e reconhece o recurso à força apenas em última instância (COSTA, 2006).

A ideia de reorientação das regras internacionais, desse segundo período evolutivo do direito internacional dos investimentos, iniciada pela doutrina Calvo, foi utilizado pela União Soviética após a Revolução Russa de 1917 e como justificativa para as nacionalizações ocorridas no México em 1938 (DOLZER; SCHREUER, 2008).

No caso da União Soviética, a prática corriqueira era expropriar empresas nacionais sem compensação. Então de acordo com a ideia trazida por Carlos Calvo, uma vez que o tratamento concedido aos nacionais é baixo, também será aquele concedido aos estrangeiros, é a flexibilização do nível de tratamento dos investimentos estrangeiros balizada pelos nacionais (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Entretanto, a justificativa de baixo nível de proteção doméstica da URSS não prevaleceu na arbitragem resultante dos atos expropriatórios. E, por exemplo, no caso *Lena Goldfields Arbitration*[4], a URSS foi

[4] Em 12 de Fevereiro de 1930 uma empresa inglesa começou um processo de arbitragem contra a URSS sob uma cláusula de arbitragem *ad hoc* contida no contrato de concessão por escrito assinado por ambas as partes. A concessão, concedida pela União Soviética em 1925, era em relação a mineração de ouro e

condenada a pagar compensação à requerente estrangeira com base no conceito de enriquecimento ilícito (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Com as mudanças no cenário internacional, a partir dos anos de 1940, os acordos assinados pelos Estados Unidos passaram a tratar não só de clausulas de compensação em caso de expropriação, como também do direito de estabelecer determinadas modalidades de negócio ou empreendimentos no país contratante. E entre 1945 e 1966, os investimentos passaram a ser regulado em tratados específicos e mais detalhados (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Nos anos de 1950, os europeus iniciam a assinatura de acordos que têm como objetivo primordial a proteção dos investimentos estrangeiros. Em 1959, Alemanha e Paquistão assinaram um tratado de investimento, que entrou em vigor em 1962, e deu início a era dos modernos tratados bilaterais de investimento (BITs) (DOLZER; SCHREUER, 2008).

O governo alemão possuía especial interesse em acordos que visassem à proteção do investidor. Isso se dava pelo fato que, devido à violação ao Direito Internacional cometida pela Alemanha na Segunda Guerra Mundial, nas negociações do pós-Guerra, o país perdera grande parte de seus investimentos anteriormente realizados, mesmo aqueles privados. Por esse motivo, a política do país passou a se direcionar no sentido de promover a proteção dos investimentos externos a partir de então (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Em 1962, foi apresentado o primeiro esboço de um tratado multilateral de investimentos, realizado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), fórum de países exportadores de capital, com objetivo de estabelecer padrões mínimos de proteção ao investimento estrangeiro. E, em 1967, foi apresentado o projeto da Convenção de Proteção à Propriedade Estrangeira. No entanto, pelo fato

---

outras propriedades anteriormente operado por filiais russas da empresa inglesa, antes da sua desapropriação pelo governo soviético russo em 1918, após a Revolução de Outubro de 1917. Em maio de 1930, após três meses do início da arbitragem, a União Soviética retirou-se abruptamente do processo de arbitragem, abandonando tanto a defesa quanto a sua reconvenção e instruindo seu árbitro nomeado para não participa mais no processo. Quatro meses depois, em 2 de setembro de 1930, a empresa inglesa obteve um enorme resultado monetário em seu favor, assinado em Londres por dois árbitros apenas (VEEDER,1998).

de ambos alcançarem Estados não signatários, e não membros da OCDE, sem sucesso, não prosperaram (DOLZER; SCHREUER, 2008).

A partir dos anos 70, a OCDE passou a focar-se nos recorrentes conflitos entre países exportadores e importadores de capital, especialmente no que tange aos princípios de Direito do Investimento Estrangeiro (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Além dos debates ocorridos no âmbito da OCDE, as principais discussões relativas aos conflitos países investidores *versus* países receptores se dava no seio da Organização das Nações Unidas - ONU. Os conflitos resumiam-se a dois pontos principais: (a) a utilização de um padrão mínimo de tratamento, defendido pelos países exportadores de capital, contra o princípio do padrão nacional de proteção, requerido pelos países receptores de capital; e (b) a importância da compensação da expropriação (VALENTI, 2011).

O chamado padrão mínimo de tratamento, buscado pelos países exportadores de capital, era a garantia de que, mesmo que a legislação nacional do país receptor entendesse cabível proteção inferior ao piso considerado aceitável no país de origem, a este seria garantido um alto nível de proteção. Por sua vez, os países importadores de capital consideravam tal princípio uma injustificada interferência nas atividades econômicas de seu território (VALENTI, 2011).

A Resolução nº 1803, de 1962, da Assembleia Geral da ONU, conhecida como Declaração de Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais evidencia os distintos posicionamentos dos Estados-Membros no período. Inicialmente, os países desenvolvidos conseguiram consagrar seus padrões mínimos de proteção, no entanto, na mesma resolução, é conferido espaço às necessidades dos países hospedeiros, reconhecendo sua soberania para admitir, restringir ou proibir o capital externo necessário, por exemplo, à exploração dos recursos naturais (VALENTI, 2011).

Nos anos 70, uma série de resoluções que afirmam o posicionamento legal dos países receptores de investimento foram aprovadas pela Assembleia Geral da ONU, em sua maioria, com a abstenção dos países desenvolvidos. Esse conjunto de resoluções restou conhecido como a “Nova Ordem Econômica Internacional”[5] (VALENTI, 2011).

---

[5] São exemplos das referidas resoluções: Resolução 3.201 (1º de Maio de 1974), "Declaração de Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial",

Paralelamente à essas disputas, a prática entre os Estados desenvolvidos seguiu na direção do exemplo alemão. Estados europeus[6] passaram a concluir tratados bilaterais de investimentos com países em desenvolvimento, dando início ao terceiro período evolutivo (DOLZER; SCHREUER, 2008).

É nesse contexto internacional que em 1961, o Banco Mundial exerceu um papel proeminente, entre as organizações econômicas internacionais, abordando a estrutura emergente do investimento estrangeiro, direcionando sua liderança para a ligação existente entre o desenvolvimento econômico, a cooperação internacional e o papel do investimento privado internacional (COSTA, 2006).

Devido à dificuldade em concretizar um consenso global sobre o conteúdo das regras de investimento, Aron Broches, membro do então Conselho Geral do Banco Mundial, propôs que a instituição providenciasse mecanismos eficientes para soluções das controvérsias sobre os investimentos, o que resultou na Convenção de Washington de 1965, que criou o Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre investimento – ICSID a quinta organização junto ao Banco Mundial (COSTA, 2006). Para Costa (2006, p. 07):

> Este tratado {Convenção de Washington} foi elaborado sob o patrocínio do Banco Mundial com a intenção de fornecer aos investidores e aos Estados um mecanismo internacional de solução de controvérsias neutro e imparcial, que despolitizasse as disputas envolvendo investimentos estrangeiros e contribuísse para o aumento do fluxo de aportes de capital para os países menos desenvolvidos.

Além do mais, por conta do elemento de estraneidade na relação jurídica, formada por Estado e um investidor estrangeiro, a jurisdição internacional, que seria o fórum natural para a solução desses litígios, “não estava disponível” (STERN, 2003).

Tanto a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPIJ) quanto a Corte Internacional de Justiça (CIJ) recusaram-se a submeter a arbitragem em seu âmbito um contrato entre um Estado e uma parte privada ao Direito Internacional. Para exemplificar, dois importantes casos

---

Plano de Ação para o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial" — Resolução 3.202 (1º de Maio de 1974) e "Carta de Direitos e Deveres dos Estados" — Resolução 3.281 (12 de Dezembro de 1974).

[6] Suíça assinou seu primeiro tratado em bilateral em 1961 e a França em 1972.

citados por Stern (2003): a) no primeiro, *Serbian Loans,* envolvendo um investidor internacional de nacionalidade francesa e a Sérvia, a CPJI declarou que um contrato, em cujas as partes não eram Estados submetidos ao direito internacional, esta sujeito a jurisdição interna do país em questão (COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE,1928); b) no caso anglo-iraniano, *Anglo Iranian Oil Co.,* a CIJ afirmou que um contrato firmado entre um Estado e um contratante estrangeiro não é um tratado, e se descumprido, não se trata de uma violação internacional, portanto sua competência não é possível (COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, 1951).

Portanto, é possível afirmar que a criação do ICSID foi de fundamental importância à cooperação relativa ao papel da proteção dos investimentos externos. A referida jurisdição combina cinco características pertinentes: investidores não estatais podem acionar a jurisdição diretamente contra Estados receptores de investimento; a imunidade estatal é restrita; o direito internacional pode ser aplicado a relação investidor e Estado hospedeiro, a princípio os recursos legais locais são excluídos e as decisões do ICSID são auto-executáveis nos territórios signatários da convenção (DOLZER; SCHREUER, 2008).

Paralelamente, o número de tratados de investimento concluídos nos últimos anos é exponencial, e não só entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, mas também entre países em desenvolvimento. Além dos tratados bilaterais de investimento, a partir dos anos de 1990, tratados internacionais estabelecendo áreas de livre comércio e uniões aduaneiras surgem de forma contundente e passam também a regular os movimentos e tratamentos dado ao capital (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2018).

Como o investimento estrangeiro implica na relação entre investidor, geralmente um ente privado estrangeiro, e Estado, onde o investimento deverá ser aplicado e desenvolvido, conflitos provenientes dos interesses diversos das duas partes são comuns. Para tanto, as cláusulas prevendo a solução desses litígios são uma constante em tratados internacionais de investimento (COSTA, 2006).

Em caso de conflito, as opções concedidas ao estrangeiro variam. Pode se submeter à legislação do Estado com o qual foi instaurado o conflito, pleitear junto ao sistema judiciário do seu país de origem que

julgue o caso, solucionar a disputa por meio da arbitragem, negociação ou mediação ou recorrer à proteção diplomática[7] (VALENTI, 2011).

As cláusulas que tratam da solução das disputas de investimentos são variáveis. No entanto, a cláusula típica define o meio diplomático, ou amigável[8], como primeiro método de solução de controvérsias entre investidores e, em caso de insucesso, que a disputa poderá ser tanto analisada pelo judiciário do país receptor do investimento quanto submetida a um tribunal arbitral internacional (VALENTI, 2011).[9]

---

[7] O recurso da proteção diplomática torna a divergência em um conflito entre os Estados. No entanto, a Corte Internacional de Justiça entendeu que não seria competente para decidir esse tipo de litígio entre investidor não estatal e um Estado.

[8] Como exemplo o Art. 9º do Bit Chile-Grécia: *"Arreglo de Diferencias entre un Inversionista y una Parte Contratant 1. Las diferencias entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativas a una obligación de esta última en virtud del presente Acuerdo, que se relacione con una inversión de la primera, deberán ser resueltas, si fuera posible, en forma amigable entre las partes en la diferencia. 2. Si tales diferencias no pudieren ser resueltas dentro de tres meses a contar de la fecha en que cualquiera de las partes haya solicitado un arreglo amigable, el inversionista afectado podrá someter la diferencia ya sea a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión o a arbitraje internacional."*

[9] O Artigo 7 do BIT assinado entre Itália e Líbano serve como exemplo: *1- In case of disputes regarding investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, consultations will take place between the Parties concerned with a view to solving the case, as far as possible, amicably. 2- If these consultations do not result in a solution within six months from the date of written request for settlement, the investor may submit the dispute, at his choice, for settlement to: a) the competent court of the Contracting Party in the territory of which the investment has been made; or b) the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) provided for by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of the other States, opened for signature at Washington, on March 18, 1965, in case both Contracting Parties have become members of this Convention; or c) an ad hoc arbitral tribunal which, unless otherwise agreed upon by the Parties to the dispute, shall be established under the arbitration rules of the UnitedNations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) The choice made as per subparagraphs a, b, and c herein above is final. 3- The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this Agreement and the applicable rules and principles of international law. The awards of arbitration shall be final and binding on both parties to the dispute. Each Contracting Party shall carry out*

Apesar de a previsão de o litígio ser submetido a um tribunal arbitral internacional não ser recepcionada na integralidade dos acordos internacionais de investimento, sua contínua e progressiva presença tem se tornado um importante mecanismo aos investidores estrangeiros. Isso levou tribunais arbitrais a questionar se o sistema não estaria desequilibrado em favor do estrangeiro em detrimento do Estado Receptor (JULLIARD, 1994).

No entanto, na atualidade, Estados que originam investimentos são também receptores, e ao definir as cláusulas dos acordos eles podem restringir os benefícios ao estrangeiro e possibilitar ao Estado contratante mais flexibilidade no exercício de seu poder regulatório. Inclusive, alguns Estados têm retirado as cláusulas que fazem referência à arbitragem do ICSID, ou até encerrado os BITs que estipulam a arbitragem internacional como solução de controvérsias, objetivando não mais se sujeitar à jurisdição internacional (VALENTI, 2011).

3. O posicionamento adotado pelo Centro Internacional de Controvérsias de Investimentos

De acordo com PEREZ-AZNAR (2018), a origem da previsão de Nação Mais Favorecida (MFN) surgiu no séc. XI e atualmente as cláusulas que tratam dessa proteção são utilizadas nas diversas áreas do direito internacional, podendo ser encontradas em Acordos de Navegação e Amizade (*FCN Treaties*) e na maior parte dos BITs. Ela estava presente no primeiro BIT firmado entre a Republica Federativa da Alemanha e a Federação Malaia, em 1960. E, de acordo com o mapeamento realizado pela UNCTAD em 2017, dos 2.575 BITs, apenas 38 não incluem cláusulas MFN.

Genericamente, a existência de cláusulas MFN em BITs serve para proteger os investidores estrangeiros do Estado que origina investimento, de um tratamento menos favorável concedido à investidores nacionais de qualquer outro Estado, em situações análogas, pelo Estado

---

without delay any such award and such award shall be enforced in accordance with domestic law. 4- The Contracting Party which is a party to the dispute shall, at no time whatsoever during the procedures involving investment disputes, assert as a defense its immunity or the fact that the investor has received compensation under an insurance contract covering the whole or part of the incurred damage or loss.

que recebe os investimento (REINISCH, 2009). Elas possuem como limitações as exceções previstas em acordos de integração como áreas de livre comércio, uniões aduaneiras, uniões econômicas ou similares.[10]

A redação das cláusulas de MFN variam nos diferentes Tratados Internacionais de Investimento. Elas podem conter expressões como "circunstâncias similares"[11] ou "em situações semelhantes"[12], estender o alcance da cláusula de MFN a todas as matérias abrangidas pelo Tratado[13] ou expressamente limitar a determinados aspectos do acordo (REINISCH, 2009).

A previsão possui um duplo efeito: interno e externo. O efeito interno garante que será concedido tratamento igualitário ao investidor do Estado de origem dos investimentos, com base nas normas internas do Estado receptor dos investimentos, assemelhando-se com a previsão de Tratamento Nacional, que também é um *standard* de proteção aos investimentos. Por sua vez, o efeito externo da cláusula concede uma garantia de tratamento igualitário, com base em todos os tratados firmados pelo Estado receptor. Na prática, tal garantia de tratamento pode trazer consequências como (i) alterar os limites relativos às soluções de

---

[10] Artigo IV do BIT assinado entre Argentina e Espanha: "*3. — Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una parte conceda a los inversores de un tercer Estado en virtud de su participación en: una zona de libre cambio; una unión aduanera; un mercado común; un acuerdo de integración regional; o una organización de asistencia económica mutua en virtud de un acuerdo firmado antes de la entrada en vigor del presente Acuerdo que prevea disposiciones análogas a aquellas que son otorgadas por esa Parte a los participantes de dicha organización.*"

[11] Artigo 10.3 do Acordo de Livre Comércio EUA- Chile: "*Article 10.3: Most-Favored-Nation Treatment 1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.*"

[12] Artigo II do BIT assinado entre Paquistão e Turquia: "*Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, which ever is the most favourable.*"

[13] Artigo IV do BIT firmado entre Argentina e Espanha: "*2. - En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.*"

controvérsias de investimentos dos tratados-base; (ii) incorporar previsões substantivas ou direitos materiais que não constam no tratado base; e/ou (iii) modificar conceitos de direitos já existentes no tratado-base (PEREZ-AZNAR, 2018).

Tradicionalmente, a premissa geral era no sentido de que cláusulas de MFN somente abrangeriam somente *standards* gerais de tratamento. No entanto, o caso *Maffezini vs. Spain*[14], trazido à arbitragem do ICSID por um investidor argentino contra o Estado espanhol, modificou o entendimento dominante. O BIT assinado pelos dois países continha uma cláusula que tratava de resoluções de conflitos sobre investimentos, prevendo que após um período de seis meses do desentendimento, caso não resolvido, o tribunal competente seria o da Parte Contratante no qual foi realizado o investimento.[15] Apesar da previsão, o tribunal arbitral entendeu que seria permitido ao investidor argentino usufruir da solução de litígios mais favorável contida no BIT assinado entre Espanha e Chile e para assentar sua competência, o ICSID baseou sua decisão na cláusula da Nação Mais Favorecida contida no Acordo Bilateral assinado entre Espanha e Argentina.[16]

Todavia, a prática jurisprudencial nessa matéria é inconsistente. Da mesma forma que o caso *Maffezini*, muitos outros foram julgados com o entendimento de que as cláusulas MFN se estenderiam as diversas previsões contidas nos acordos[17], como a resolução de litígios de investimento, e em tantos outros casos não[18]. De acordo com REINISCH (2009), a jurisprudência do tribunal estabeleceu um limite no sentido de

---

[14] *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 Jan 2000. Disponível em: < https://icsid.worldbank.org>.

[15] Artigo X do BIT firmado entre Argentina e Espanha: "*2. -Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.*"

[16] Artigo IV do BIT firmado entre Argentina e Espanha: "*2. - En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.*".

[17] Vide: ICSID Case No. ARB/03/10; ICSID Case No. ARB/03/19 e ICSID Case No. ARB/02/8

[18] Vide: ICSID Case No. ARB/03/24 e ICSID Case No. ARB/04/15.

que se em um tratado internacional de investimentos há uma cláusula de resolução de conflitos, com base no princípio da Nação Mais Favorecida (desde que acordado entre as partes), este pode ser substituído por outro mais favorável, entretanto se não há previsão alguma, esta cláusula não pode ser estabelecida.[19]

PEREZ-AZNAR (2018) critica a interpretação concedida pelo ICSID, principalmente quanto à prática de importar previsões substantivas outros tratados e de autoconceder jurisdição para solucionar as controvérsias de investimentos, utilizando-se da referida cláusula. De acordo com o autor (PEREZ-AZNAR, 2018), há uma diferença entre estar obrigado à uma garantia e estar obrigado à uma jurisdição internacional que decida sobre a violação dessa garantia. Nesse sentido, tanto a Corte Internacional de Justiça, quanto outros tribunais internacionais já reiteraram que só pode existir jurisdição a partir do consentimento do Estado contratante. Esse consentimento é fundamental para que uma corte arbitral possa analisar e julgar as possíveis violações aos tratados.

Tem-se que a oferta para arbitrar é o consentimento previsto nos tratados de investimentos. Em conflitos envolvendo Estados e investidores, a oferta é unilateral e será aceita pela investidor no momento que acionar a corte arbitral. Ela é prevista nas cláusulas relativas à resolução de conflitos sobre investimentos. Em muitos caso, as cláusulas que possuem previsão de arbitragem internacional para a solução de controvérsias, restringem a atuação dos tribunais nas violações do próprio tratado. Portanto, as arbitragens decorrentes não poderiam analisar violações de regras importadas de outros tratados. Tampouco, a oferta para a arbitrar deve ser estendida à outros tratados através de cláusulas MFN. Salvo se expressamente previsto (PEREZ-AZNAR, 2018).

Ainda, de acordo com PEREZ-AZNAR (2018), o enquadramento necessário para a interpretação das cláusulas MFN é concedido pelas regras gerais de direito internacional, o que inclui as regras consuetudinárias, como previsto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, e deve observar: (i) texto e contexto da obrigação; (ii) observância ao consentimento à jurisdição; (iii) natureza das cláusulas MFN (materiais e comparativas).

---

[19] *Plama Consortium Limited v. Republico f Bulgária*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 Feb 2005. Disponível em: < https://icsid.worldbank.org>.

Assim, compreende-se que é necessário o preenchimento de certos requisitos para que uma garantia prevista em outro tratado seja utilizada através de uma cláusula MFN. É preciso que haja um tratamento, em situações análogas, menos favorecido do que aquele concedido à investidores de um terceiro país. Além disso, o reclamante tem a ônus de provar a existência de tais circunstâncias. Somente após averiguar o cumprimento dos requisitos e a efetiva ocorrência da violação, o tribunal pode identificar as medidas compensatórias nos casos de prejuízos averiguados através de cláusulas MFN (PEREZ-AZNAR, 2018).

Em contrapartida, SCHILL (2018), ao analisar as Cláusulas sugeridas pela Comissão de Direito Internacional (ILC) 1978, conclui que para o funcionamento ou utilização da cláusula MFN, é irrelevante a forma como o tratamento mais benéfico é estendido ao terceiro Estado - seja por meio de um acordo internacional, baseado em lei interna ou tratamento de fato. Além disso, também não importa saber se o terceiro Estado, ou os seus nacionais, se beneficiaram efetivamente do tratamento em questão, ou se lhes foi dado apenas o direito ou a possibilidade de fazer uso desse privilégio.

Para o referido autor (SCHILL, 2018), os investidores do Estado beneficiário podem invocar tratamento mais privilegiado, utilizando-se da cláusula MNF do tratado de base. O que significa que as cláusulas MFN permitem que os investidores cobertos se baseiem em melhores padrões substantivos de tratamento concedidos em tratados de investimentos de países terceiros, firmados com o Estado receptor de investimentos, salvo se o texto da cláusula sugira o contrário. Assim, tal importação pode ocorrer independentemente de um caso concreto, ou seja, não é necessária a existência de um investidor ter efetivamente se beneficiado do melhor tratamento em questão.

SCHILL (2018) aponta ainda que a análise deve ser realizada de cada acordo individualmente, uma vez que os antigos tratados previam “tratamento mais favorecido” de forma genérica. Porém o autor evidencia que os padrões mínimos de proteção, incluindo as cláusulas MFN, não buscam somente maximizar a proteção do investimento, mas garantem a aplicação de regras uniformes para as relações entre investidor e Estado, independentemente da origem do investimento estrangeiro, mesmo que parcialmente. De acordo com SCHILL (2018), é em razão da existência desses mecanismos que se mantém uma competição igualitária, o que permite que o capital flua em direção a uma alocação mais eficientemente e que as economias nacionais se especializem em áreas onde eles desfrutam de mais vantagens comparativas. Além disso, a existência

dessas estruturas contribuem para a paz e a segurança internacionais porque desestimulam, ou até impossibilitam, qualquer comportamento de construção de blocos por estados que discriminem com base na nacionalidade dos investidores, pois seu efeito é aumentar a interdependência econômica em todo o mundo (SCHILL, 2018).

De todo modo, concorda-se com os argumentos apresentados PEREZ-AZNAR (2018) no sentido de que os tribunais de investimentos tem desvirtuado a natureza das cláusulas MFN. Observa-se que, comumente, a análise se restringe à observar previsões importadas de tratamentos mais favoráveis em outros tratados ao invés de violações às cláusulas MFN de fato. As cláusulas MFN não servem para importar garantias mais favoráveis de outros tratados, sejam elas relativas a direitos ou jurisdição. Tem-se que o papel das cláusulas MFN não é impor novas obrigações ao Estado receptor de investimentos, mas proteger o investimento de um tratamento discriminatório, dentro dos parâmetros estabelecidos no tratado de origem.

4. Considerações finais

O presente trabalho se propôs a analisar os padrões mínimos de proteção do investimento estrangeiro dos BITs em relação aos Estados mediante a assinatura e a ratificação de acordos internacionais de investimento, buscando avaliar, a partir da estrutura desses acordos e dos padrões históricos de desenvolvimento de seus princípios, com foco na Cláusula de Nação Mais Favorecida (MFN), para buscar compreende-la como um padrão mínimo de proteção dos investimentos e verificar como é aplicada na prática.

Para tanto, tratou-se do surgimento e evolução do padrão mínimo de proteção aos investimentos, sendo possível observar três momentos principais. Inicialmente, há um consenso entre as potências quanto às regras relativas a proteção dos investimentos internacionais, que concediam ao investimento estrangeiro total proteção e segurança, além do tratamento equivalente ao nacional.

Conforme se deu a solidificação de novos Estados no cenário internacional, mais complexas tornaram-se as negociações relativas ao capital circulante e o fortalecimento de interesses divergentes à ordem estabelecida. O conflito de posicionamentos quanto à proteção dos investimentos resumia-se a dois pontos principais: (a) a utilização de um padrão mínimo de tratamento, defendido pelos países exportadores de

capital, contra o princípio do padrão nacional de proteção, requerido pelos países receptores de capital; e (b) a importância da compensação da expropriação, que para os países exportadores deveria ser nos termos da fórmula hull, imediata, adequada e eficaz, em vez da compensação apropriada, defendida pelos receptores, que leva em consideração a conduta do estrangeiro e a possível ocorrência de enriquecimento ilícito.

A despeito da posição coletiva dos países receptores de capital adotada nos fóruns de discussão quanto à proteção dos investimentos, a atração de capital externo é fundamental para a economia dos países não desenvolvidos, que passaram a assinar tratados bilaterais de investimento, concordando, em sua maioria, com o standard mínimo de tratamento dos investimentos imposto pelos países investidores.

Todavia, a assinatura de tratados não impede a deflagração dos conflitos relativos ao investimento realizado na prática. É nesse contexto que o Centro Internacional de Soluções de Conflitos sobre Investimentos (ICSID) surge como foro internacional alternativo à jurisdição nacional para resolução dos conflitos de investimentos internacionais, de fundamental importância à cooperação relativa ao papel da proteção dos investimentos externos.

A referida jurisdição combina cinco características pertinentes: (i) investidores não estatais podem acionar a jurisdição diretamente contra Estados receptores de investimento; (ii) a imunidade estatal é restrita; (iii) o direito internacional pode ser aplicado à relação investidor e Estado hospedeiro; (iv) a princípio, os recursos legais locais são excluídos; e (v) suas decisões são auto-executáveis nos territórios dos países signatários da Convenção de Washington, que criou o ICSID.

Contudo, mesmo tendo ICSID se pronunciado sobre os mais diversos assuntos relativos à investimento, requerendo exames profundos sobre a atividade econômica nos variados setores, o que demonstra que o órgão firma-se cada vez mais como alternativa viável para a solução de controvérsias no que tange a investimentos internacionais, observa-se críticas quanto à sua atuação, dentre elas relativas à interpretação concedida pelo órgão no que toca à importação de previsões substantivas de tratados através da utilização da cláusulas de Nação Mais Favorecida (MFN).

Observou-se que a referida previsão, que detém um caráter de proteção à não discriminação quanto à origem do investimento, possui um duplo efeito. Um interno, que garante tratamento igualitário ao investidor do Estado de origem dos investimentos, com base nas normas internas do

Estado receptor dos investimentos. E outro externo, que concede uma garantia de tratamento igualitário com base em todos os tratados firmados pelo Estado receptor. No efeito externo da cláusula que residem as principais críticas quanto à sua utilização, uma vez que tal garantia de tratamento pode trazer consequências como (i) alterar os limites relativos às soluções de controvérsias de investimentos dos tratados-base; (ii) incorporar previsões substantivas ou direitos materiais que não constam no tratado base; e/ou (iii) modificar conceitos de direitos já existentes no tratado-base.

Apesar de compreender que o objetivo da cláusula é um tratamento não discriminatório e que portanto há lógica em garantir que o mesmo tratamento seja concedido a todos os Estados que firmem tratados de proteção a investimentos, com o mesmo Estado receptor de investimentos, é inegável que se extrapola tal garantia quando se utiliza, de uma cláusula de MFN, para estender a jurisdição de uma corte internacional de soluções de controvérsias não prevista no tratado-base. O consentimento a uma jurisdição é a flexibilização da soberania de um Estado e não deve ser presumida, mas sempre expressa.

Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, C.E. do Nascimento E. *Manual de Direito Internacional Público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, 537 p.

BRUM, Argemiro Luis; HECK, Cláudia Regina. *Economia internacional:* uma síntese da análise teórica. Ijui: UNIJUI, 2005. 364 p.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital.* São Paulo: Xamã, 1996. 335 p.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *O Investimento Estrangeiro Direto na América Latina e Caribe*, 2012. 13 p.

COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI):* uma análise sobre a autonomia do consentimento. 2006. 223 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, UFSC, Florianópolis, 2006.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Statut de la Cour.* Disponível em: <http://www.icj-cij.org/>. Acesso em: 19 maio 2018.

_____. *Anglo Iranian Oil Co. Case. 22 jul. 1952.* Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf >. Acesso em: 19 maio 2018.

_____. *Serbian Loans Case. 12 jul. 1929* Disponível em: < http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_20/62_Emprunts_Serbes_Arret.pdf>. Acesso em: 19 maio 2018.

DINH, Nguyen, DAILLER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito internacional público.* Lisboa: Calouste Gulbekian, 1999.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law . New York : Oxford University Press , 2008, 433 p.

DORNELLES, Bárbara. *Resolução de Litígios em Matéria de Investimentos Estrangeiros*: Impactos na América Latina do Laudo Pirâmides e *AAPL v. Sri Lanka*. A Questão do Consentimento do Estado na Arbitragem do ICSID. 2009. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, UFSC, Florianópolis, 2009.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ICSID Caseload - Statistics (Issue 2013-1)*, Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English41>. Acesso em: 01 jun. 2018.

_____. *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 Jan 2000. Disponível em: < https://icsid.worldbank.org>. Acesso em: 01 jun. 2018.

_____. *Plama Consortium Limited v. Republico f Bulgária*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 Feb 2005. Disponível em: < https://icsid.worldbank.org>. Acesso em: 01 jun. 2018.

JUILLARD, Patrick. *L'évolution des Sources du Droit des Investissements.* In: Collected Courses of the Hague Academy of International Law 250. Martinus Nijhoff Publishers, 1994. 216 p.

LUIS, Daniel Tavela. *Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas.* 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PÉREZ-AZNAR, Facundo. The use of Most-Favoured-Nation Clauses to import substantive treaty provisions in international investment agreements. *Journal of International Economic Law*, 2018, 0, 1-29.

RADI, Yannick. *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*. European Journal of International Law, Volume 18, Issue 4, 1 September 2007, Pages 757–774.

REINISCH, August. *Recent Developments in International Investment Law*. Paris: Pedone, 2009, 81 p.

SACERDOTI, Giorgio. *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investments Protection*. In: Recueil des Cours, 1997, pp. 251-460.

SCHILL, Stephan. MFN *Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Simon Batifort and J. Benton Heath*. 2018.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*, 3ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 524 p.

STERN, Brigitte. *O Contencioso dos Investimentos Internacionais*. Manole: Barueri, 2003. 142 p.

THE WORLD BANK. Disponível em: < http://www.worldbank.org/>. Acesso em: 20 mai. 2018.

TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional*. Lisboa: Europa-América, 1994.

UNITED NATIONS ON TRADE AND DEVELOPMENT. *About Unctad.* Geneva: 2012. Disponível em: http://unctad.org/en/Pages/AboutUs.aspx. Acesso em 12 maio 2018.

VALENTI, Mara. An Overview of the International Law of Foreign Investments. In: CICCHETTI, Anna; FROSINI, Justin O.; GOLA,

Marcella. *Public Law and Regulation:* Collected Essays. Dogana: Maggioli, 2011. Cap. 3, p. 43-58.

VANDENBORRE, Ingrid; FRESE, Michael J. *Most Favoured Nation Clauses Revisited.* 35(12) E.C.L.R. 588, 2014.

VEEDER, V. V. (1998) *The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas*. International and Comparative Law Quarterly, 47, pp 747-792.

VELOSO, Paulo Potiara. *Investimentos Estrangeiros Diretos Face à Ética da Responsabilidade de Hans Jonas: Os Paradoxos das Políticas de Atração***.** 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, UFSC, Florianópolis,

VELOSO, P. P.; SALLES, A. L.. *Jurisdições Internacionais Sobre Investimentos: O ICSID*. In: 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2011, Brasília. Direito Internacional: Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2011. v. 1. p. 104-114.

10. SALVAGUARDAS COMO MEDIDA DE PROTEÇÃO E EXPOSIÇÃO À CONCORRÊNCIA: DO INTERESSE PÚBLICO NA DEFESA COMERCIAL E NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

10. SAFEGUARDS AS A MEASURE OF PROTECTION AND EXPOSURE TO COMPETITION: THE PUBLIC INTEREST IN TRADE DEFENSE AND ANTITRUST LAW

Victor de Oliveira Leite e Zahra Faheina Gadelha

Resumo: O presente artigo tem como objetivo debater as medidas de salvaguardas como mecanismo atento à necessidade de estímulo à concorrência, buscando expor o potencial conflito e as interações desse instrumento de política comercial com a política antitruste. Em razão disso, discorre-se sobre o contexto histórico da criação do Acordo sobre Salvaguardas da OMC, os aspectos legais envolvendo a aplicação de medidas salvaguardas, suas diferenças para as demais medidas de defesa comercial e sua relação com a concorrência.

Palavras-chave: Comércio Internacional. Salvaguardas. Direito da Concorrência.

Abstract: This paper aims to discuss safeguards measures as a mechanism to stimulate competition, and seeks to expose the potential conflict and interactions of this trade policy tool with antitrust policy. As a result, the historical context of the creation of the WTO Agreement on Safeguards its legal aspects involving the application of safeguard measures, their differences to other trade defense measures and the relationship between safeguards and competition.

Keywords: International Trade. Safeguards. Competition Law.

1. Introdução

O sistema multilateral de comércio adota como premissa a liberalização do comércio internacional como fator de desenvolvimento. Consta do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC) que a liberalização do comércio se orienta pela redução substancial das tarifas aduaneiras e dos demais obstáculos ao comércio em bases

recíprocas, garantindo a eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais.

Como forma de promover a desgravação do comércio, foi adotada, a partir da Rodada Kennedy[1], a modalidade de corte linear tarifário, a partir da qual determinado redutor seria aplicado horizontalmente sobre toda a pauta tarifária de determinado país.[2] Além das tarifas efetivas, cada país apresentou lista de concessão com o estabelecimento de tarifas consolidadas, as quais representam tetos tarifários, os quais foram adotados como limites máximo de aplicação de direitos aduaneiros pelos países signatários.

Desde o início das negociações do GATT, havia uma preocupação com a autonomia de gestão de política de comércio exterior, de forma que foram criados mecanismos para garantir que o avanço dos compromissos de promoção do livre comércio não se daria às expensas do uso da soberania estatal para se intervir na economia para defender os interesses nacionais[3]. Nesse sentido, um país membro da OMC pode adotar uma medida de salvaguarda quando as importações de determinado produto em seu território tenham aumentado em quantidades tais, seja em termos absolutos, seja em proporção à produção nacional, e ocorram em condições tais que causem ou ameacem causar prejuízo grave ao setor nacional que produz bens similares ou diretamente concorrentes.

O presente trabalho busca analisar as características das salvaguardas e seu uso como instrumento de política econômica a partir da perspectiva de suas interações com os objetivos do direito antitruste. Ao longo dos tópicos 2 e 3, a pesquisa dedicou-se à revisão de trabalhos

---

[1] Rodada Kennedy corresponde à sexta rodada de negociações de comércio internacional no âmbito do GATT. A oitava rodada de negociações, conhecida como Rodada Uruguai, culminou com o estabelecimento da Organização Mundial do Comércio. Até a Rodada Kennedy, as negociações concentravam-se no corte de direitos aduaneiros de forma setorizada, enquanto a partir da Rodada Kennedy, adotou-se corte linear dos direitos aduaneiros.

[2] PERES, Ana Carolina Meneghetti. Salvaguardas no Sistema multilateral de comércio. In: HEES, F.; Valle, M. (Org.). **Dumping, subsídios e salvaguardas: revisitando aspectos técnicos dos instrumentos de defesa comercial**. 1ª ed. São Paulo: Editora Singular, 2012, v. 1, p. 171-200. p. 185

[3] RUGGIE, John Gerard. International regime, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order. In: **International Organization**, volume 36, no. 2, International Regimes, 379-415. Cambridge: MIT Press, 1982. p. 397

acadêmicos e à análise da experiência brasileira no que tange à relação entre medidas de salvaguardas/defesa comercial e defesa da concorrência.

No tópico 2 apresentar-se-ão conceitos fundamentais a respeito das medidas de salvaguardas e as principais diferenças entre as medidas de salvaguarda e as medidas antidumping e compensatórias. Ainda no mesmo tópico, serão analisados o histórico e o contexto da criação, no âmbito da OMC, do Acordo que as regulamenta.

O tópico 3 busca demonstrar que o Acordo sobre Salvaguardas prevê instrumentos que podem auxiliar as indústrias protegidas temporariamente por essas medidas a serem posteriormente expostas à competição internacional, e será analisada a experiência brasileira na adoção de medidas de salvaguardas e na instituição de análises de interesse público quando da aplicação de medidas de defesa comercial.

Este trabalho entende que as medidas de salvaguardas podem incluir em si mesmas os mecanismos de convergência entre a aplicação das salvaguardas e a política de defesa da concorrência. A salvaguarda seria medida de proteção temporária e exigiria um plano de ajustamento do setor protegido com vistas à reexposição à concorrência. Nesse sentido, o artigo buscar responder que a incorporação de análise de interesse público nas medidas de salvaguardas é um instrumento de compatibilizar a proteção da indústria doméstica e a defesa da livre iniciativa e da concorrência.

2. Salvaguardas

Salvaguardas são medidas, previstas no sistema multilateral de comércio, adotadas pelos governos, na forma de elevação de tarifas ou estabelecimento de quotas[4], com o objetivo de conferir proteção

[4] As quotas estabelecidas por salvaguardas são do tipo não tarifárias. Importações em montante superior aos definidos no contingenciamento são proibidas, diferentemente das quotas tarifárias, pelas quais é permitida a importação da mercadoria mesmo após o esgotamento da quota (nesse caso sem redução tarifária). No caso de quota decorrente de salvaguarda não é permitido importar além do que foi estabelecido. O Acordo sobre Salvaguardas também contém regras sobre a repartição de ações de restrições quantitativas aos países exportadores, geralmente exigindo que ações históricas sejam respeitadas, exceto quando determinados Membros exportadores são desproporcionalmente responsáveis pelo aumento do nível total de importações. Em todos os casos, no

temporária à indústria doméstica contra aumento significativo e inesperado de importações, por efeito das obrigações assumidas no âmbito do GATT 1994, inclusive concessões tarifárias, que causem ou ameacem causar um grave prejuízo a essa indústria.

São, tanto pela natureza das situações necessárias para sua adoção quanto pelo alcance e contrapartidas que ensejam, mais raramente aplicadas pelos países membros da OMC do que as medidas antidumping e as medidas compensatórias.

Dessa forma, a respeito das diferenças entre as salvaguardas e os dois instrumentos supracitados, podem ser destacadas como mais relevantes as seguintes:

Característica	**Acordo Antidumping**	**Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias**	**Acordo sobre Salvaguardas**
Conduta	Discriminação de preços (exportação a preço inferior ao praticado no mercado interno)	Concessão governamental de subsídios específicos	Não há atribuição de conduta, mas cenário de surto de importações
Resultado	Dano	Dano	Prejuízo grave
Sujeito ativo	Empresa	Governo	-
Abrangência da medida	Discricionária	Discricionária	Não seletiva
Possibilidade de compensação	Não	Não	Sim
Contrapartida	Não há	Não há	Compromisso de ajuste
Natureza da medida	Não tributária	Não tributária	Tributária ou restrição quantitativa
Vigência da medida	5 anos (não há limite previsto para o número de prorrogações)	5 anos (não há limite previsto para o número de prorrogações)	4 anos (possibilidade de prorrogação por até 8 ou 10 anos)

Fonte: Elaboração própria

---

entanto, as alocações de quotas devem ser equitativas para todos os fornecedores de exportação.

O principal elemento que diferencia as salvaguardas das medidas de defesa comercial é a atribuição de uma conduta desleal por parte de empresas, no caso da prática do dumping, e por parte de governos nacionais, no caso da concessão de subsídios proibidos ou acionáveis. Nesses casos, a medida de defesa comercial justifica-se como forma de remediar uma conduta de uma entidade pública ou privada que implica uma distorção nas condições de concorrência internacional[5].

No caso das salvaguardas, não há uma conduta desleal ou um agente que tenha atuado em desconformidade com os princípios e as regras multilaterais. A tomada de medida, em um caso de salvaguarda, relaciona-se a um escape temporário dos compromissos assumidos multilateralmente em razão de um despreparo da indústria doméstica frente a situações imprevistas que gerem um influxo comercial inesperado.

As demais características presentes nos acordos comentados se amoldam a essa premissa elementar. No caso das salvaguardas, como se verá adiante, o caráter temporário da aplicação da medida, a exigência de um plano de ajustamento e as eventuais contrapartidas aos países exportadores atingidos derivam do fato de que a aplicação da medida de salvaguarda prescinde a existência de uma conduta condenável.

2.1. Fundamento das salvaguardas

Quaisquer medidas de salvaguarda só podem ser aplicadas após a instauração de um procedimento administrativo para determinar a ocorrência de um surto de importações e de um grave prejuízo causado por essas mesmas importações à indústria doméstica. Esse procedimento deve obedecer aos princípios do devido processo legal, assegurando o direito ao contraditório e à ampla defesa das partes, cujos interesses podem ser atingidos por uma eventual aplicação de uma salvaguarda.

A administração do comércio exterior é de competência exclusiva da União e reflete o axioma básico das relações internacionais que identifica a soberania como uma das características de um Estado. A instituição de tributos aduaneiros ou a própria existência de fluxos

---

[5] THORSTENSEN, Vera. **OMC – Organização Mundial do Comércio – as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

comerciais com quaisquer outros países estrangeiros é uma prerrogativa do Estado, contra a qual um particular não pode opor uma pretensão.

A União pode, portanto, aumentar as alíquotas do imposto de importação da forma que lhe aprouver, desde que obedeça às regras constitucionais para alteração desse tributo. O aumento dos impostos de importação se baliza na persecução da agenda econômica do país, na defesa de setores estratégicos e de outras políticas públicas. Essa atuação encontra limitações nos compromissos internacionais assumidos pelo país, de forma que o aumento do tributo não pode sobrepor, por exemplo, as tarifas consolidadas acordadas no âmbito da OMC.

Em assim sendo, importa saber por que o Estado abriria mão de uma prerrogativa de exercício de sua soberania, podendo utilizar todos os mecanismos aduaneiros para pautar sua atuação de comércio exterior, ao decidir sobre a alíquota de imposto de importação ou outro mecanismo de barreira comercial, para condicionar essa atuação à constatação dos pressupostos de aplicação da salvaguarda. Sem a adesão às normas multilaterais, determinado país poderia instituir proibição de importações ou o aumento de tarifas externas em benefício de sua indústria em decisão não desafiável no plano externo.

A abdicação do exercício pleno do controle sobre o comércio exterior, no entanto, se faz acompanhar da adesão dos benefícios compartilhados pela comunidade internacional. A sujeição às regras multilaterais conforma a atuação do comércio exterior do país, mas confere mais segurança e previsibilidade das relações que este país mantém com os demais membros do sistema multilateral de comércio.

Ainda, é preciso qualificar a abdicação do exercício de controle sobre o comércio exterior. Os países membros da OMC acordaram, por meio de uma lista de concessões, os produtos e as tarifas máximas que deveriam ser praticadas no comércio internacional. A apresentação das listas de concessões veio ocorrendo nas rodadas de negociação do GATT, mas vieram a ser amplamente consolidadas na Rodada Uruguai, com a criação da OMC.

A consolidação das tarifas é um instrumento importante, porque determina limite para a cobrança de direitos aduaneiros de cada país membro. As tarifas incidentes no comércio exterior, no entanto, costumam estar abaixo do nível consolidado. Por essa razão, quando se afirma que um membro abdicou do exercício do controle tarifário sobre seu comércio exterior, está-se dizendo apenas que o exercício está limitado a um patamar máximo acordado em âmbito multilateral.

Dessa forma, os países ainda possuem amplo campo de discricionariedade e de exercício de sua capacidade tributária no comércio exterior, desde que respeite os limites acordados em suas listas de concessões.

Os países membros também acordaram em proibir a adoção de medidas de restrição quantitativa. A proibição geral de importações de determinado de produto ou a imposição de quotas de importação não é permitida como instrumento do comércio internacional. A utilização de uma quota de importação, portanto, só é justificável como medida de salvaguarda, situação na qual o país pode instituir uma quota como instrumento para remediar o grave prejuízo ou sua ameaça.

O campo de atuação do Estado, em razão dos limites impostos pela tarifa consolidada e pela proibição das restrições quantitativas, pode não corresponder à vontade de atuação dos dirigentes políticos. Em situações de crise, dessa maneira, os governos poderiam reclamar uma proteção a setores econômicos que iria além do patamar pactuado. Os países membros da OMC negociaram a salvaguarda como um mecanismo que permitisse a não observância temporária das obrigações assumidas multilateralmente.

Como bem nota Illy, as salvaguardas são "cláusulas de escape" que representaram avanço quando se compara às situações dos primeiros acordos bilaterais de comércio, visto que as concessões tarifárias negociadas podem levar a situações de crises agudas e que por meio das "cláusulas de escape" era possível a um país suspender temporariamente seus compromissos. Segundo o autor:

> "[t]he first bilateral trade liberalisation agreements, which go back to the middle of the eighteenth century, did not have such clauses, so that in the absence of any possibility to suspend commitments in adverse situations (periods of crisis for instance), countries breached the agreement or simply terminated it". [6]

[6] ILLY, Ousseni. **Trade Remedies in Africa: Experience, Challenges, and Prospects**. Disponível em: https://www.princeton.edu/~pcglobal/conferences/GLF/oilly.pdf. Acesso em 10 jun. 2018. Tradução livre: "Os primeiros acordos bilaterais de liberalização do comércio, que remontam a meados do século XVIII, não continham tais cláusulas, de modo que, na ausência de qualquer possibilidade de suspender compromissos

A pouca utilização das medidas de salvaguardas previstas no Artigo XIX do GATT 1947 decorria das dificuldades inerentes ao desenho das medidas de salvaguardas impostas pelo próprio Acordo. Em especial o fato de que as medidas deveriam ser adotadas de forma não discriminatória mesmo se apenas poucas Partes Contratantes fossem responsáveis pelo grave prejuízo da indústria doméstica e de que o país que aplicaria as medidas deveria compensar todos os países atingidos, sob o risco de sofrer retaliações caso não negociasse as compensações a contento.

Conforme sublinha Peres[7], antes da entrada em vigor do Acordo sobre Salvaguardas no âmbito do GATT 1994, as salvaguardas previstas pelo Artigo XIX do GATT 1947, que disciplinava medidas de emergência para importações de produtos especiais, também conhecidas como "cláusula de escape", eram por vezes deixadas de lado em favorecimento de soluções que ficaram conhecidas como "medidas de áreas cinzentas"[8]. Tais medidas eram negociadas, individualmente com cada Parte Contratante que seria afetada, de forma menos transparente e às margens das disposições do GATT, tendo em vista as complexidades para a aplicação *erga omnes* inerentes às salvaguardas conforme previstas no GATT.

Segundo Piani, a nova regulamentação, sob a égide da OMC e do Acordo sobre Salvaguardas, além de ter tornado as salvaguardas mais atraentes em alguma medida, porquanto foi negociado que seria permitido "*waiver* quanto à necessidade de oferta de compensação durante os três primeiros anos de vigência da medida de salvaguarda"[9], instituiu novas regras que também tornaram as salvaguardas menos protecionistas, uma vez que estabeleceu prazo máximo de aplicação e "exigência de

---

em situações adversas (períodos de crise, por exemplo), os países violariam o acordo ou simplesmente o encerrariam".

[7] PERES. Op. cit., p.178

[8] As medidas de área cinzenta englobam o que a doutrina convencionou chamar de Acordos de Comércio Ordenado (**Orderly Marketing Arrangements – OMA**), Acordos de Restrição Voluntária (**Voluntary Restraints Agreements – VRA**), Acordos de Restrições de Exportações (**Export Restraint Agreements – ERA**) ou Restrições Voluntárias de Exportações (**Voluntary Export Restraints – VER**).

[9] PIANI, Guida. **Medidas antidumping, anti-subsídios e de salvaguardas: experiência recente e perspectivas no MERCOSUL**. Rio de Janeiro: IPEA, 1998. (Texto para discussão n. 541), p.12

liberalização progressiva da medida, em intervalos regulares, durante períodos de aplicação superiores a um ano”[10].

No entanto, ainda que não se possa falar hoje, no âmbito da OMC, em adoção de medidas de área cinzenta, as dificuldades na aplicação do Acordo sobre Salvaguardas permanecem, visto que há dificuldade no estabelecimento de compensações, as quais devem ser negociadas com os países membros atingidos pela medida sob o risco de retaliação.

2.2. Experiência brasileira

No Brasil, a competência para conduzir a investigação que deverá preceder a aplicação de medidas de salvaguardas é do Departamento de Defesa Comercial (DECOM), parte integrante da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC).

O atual[11] decreto que regulamenta os procedimentos administrativos referentes à investigação e aplicação de medidas de salvaguardas no Brasil é o Decreto nº 1.488, de 11 de maio de 1995, que disciplina as normas do Acordo sobre Salvaguardas conforme aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 15 de dezembro de 1994.

O Brasil não é usuário frequente de medidas de salvaguardas[12]. Foram iniciadas apenas quatro investigações de salvaguardas (brinquedos, coco seco, CD/DVD graváveis e vinhos). Das quatro investigações, foram aplicadas medida de salvaguardas apenas no caso de brinquedos e de coco seco.

---

[10] PIANI. Op. cit., p.12

[11] A renovação pela qual passa o Decreto nº 1.488 foi objeto de consulta pública instituída pela Secretaria de Comércio Exterior para dar oportunidade ao setor privado se manifestar acerca da renovação do marco legislativo que regulamenta as medidas de salvaguardas, seguindo, assim o mesmo procedimento instituído quando da renovação dos decretos que regulavam as investigações e aplicações de medidas antidumping e medidas compensatórias.

[12] As medidas de salvaguarda tampouco são frequentes no âmbito multilateral. Segundo as estatísticas oficiais da OMC, apenas 166 medidas de salvaguardas foram aplicadas entre 1995 e 2017, enquanto, no mesmo período, foram aplicadas 3.604 medidas antidumping e 257 medidas compensatórias.

No caso de CD/DVD graváveis, a investigação foi encerrada com determinação negativa, porque se concluiu que a indústria doméstica não havia sofrido grave prejuízo.

No caso da investigação de vinhos, ela foi encerrada a pedido das peticionárias, que firmaram acordo extraprocessual com associação representante do mercado varejista[13].

Nos casos de brinquedos e coco seco[14], as medidas estiveram vigentes por um período de dez anos, prazo máximo permitido pelo Acordo sobre Salvaguardas para países em desenvolvimento, tendo sido acompanhadas de termo de ajuste necessário para a recuperação da indústria doméstica com consequente gradual reexposição do setor à livre concorrência.

2.3. Características das medidas de salvaguardas

Os acordos da OMC objetivam que a diminuição das barreiras comerciais implique a dinamização do comércio exterior, aumentando o fluxo de mercadorias entre os países. Os membros acordaram em fazer concessões no comércio internacional de acordo com a premissa genérica de que a liberalização comercial contribuiria para o desenvolvimento econômico e traria benefícios mútuos por meio do incremento do comércio internacional.

O aumento de importações é uma consequência da liberalização comercial, aumentando o bem-estar geral e contribuindo para a alocação mais eficiente dos recursos. Nesse sentido, deve-se partir do entendimento de que, a princípio, o aumento das importações não deriva de uma prática desleal de comércio, porque corresponde a uma consequência natural e desejada da liberalização comercial.

O aumento das importações, por si só, não pode ensejar a utilização dos mecanismos de salvaguarda. Quando o aumento das importações, no entanto, ocorre em quantidades tais, em termos absolutos ou em proporção à produção nacional, e ocorram em condições tais que causem ou ameacem causar prejuízo grave ao setor nacional que produz

---

[13] BRASIL. Circular SECEX nº 9, 14 de março de 2012, publicada no Diário Oficial da União em 15 de março de 2012.

[14] BRASIL. Resolução CAMEX nº 19, 30 de julho de 2002, publicada no Diário Oficial da União em 31 de julho de 2002

bens similares ou diretamente concorrentes, pode permitir a utilização de uma salvaguarda.

O aumento das importações deve ser recente, inesperado e substancial. A evolução imprevista da situação implicaria a dificuldade do setor econômico atingido de responder ao novo cenário de concorrência de forma efetiva e de forma a garantir sua viabilidade econômica e sua existência.

Peres aponta a crise financeira asiática e a queda na demanda do aço em razão da dissolução da União Soviética como exemplo de justificativa para a evolução imprevista das circunstâncias no caso *US-Steel*[15]**,** no qual a aplicação de medida de salvaguardas pelos Estados Unidos da América foi questionada e levada à apreciação do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. A Circular SECEX nº 9, de 2012, que iniciou a investigação para averiguar a necessidade de aplicação de medidas de salvaguarda sobre as importações brasileiras de vinho, apontou como circunstância imprevista do aumento substancial das importações a crise financeira mundial de 2008, a qual teria atingido de forma severa os países desenvolvidos, com queda na renda dos principais blocos consumidores de vinho e a consequente elevada estocagem de vinhos finos nos principais países produtores[16].

A Resolução CAMEX nº 19, de 2002[17], que aplicou medida de salvaguarda às importações brasileiras de coco ralado, destacou como evolução imprevista das circunstâncias a crise do sudeste asiático de 1997 e queda da demanda por óleo de coco, em decorrência da substituição desses produtos por outros de menor conteúdo de gordura, e com o consequente aumento da oferta de coco ralado no mercado internacional. Ademais, a existência do coqueiral, de cultivo perene, dificulta a adequação da oferta à demanda, de forma que a contração da demanda no mercado asiático leva a um escoamento imediato da oferta para outros mercados, na medida em que se tratava de produto perecível.

Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de justificação, por parte dos países que aplicam as medidas, das circunstâncias imprevistas que fundamentem a utilização das salvaguardas

---

[15] PERES. op. cit. p.185

[16] Circular SECEX nº 9, 14 de março de 2012, publicada no Diário Oficial da União em 15 de março de 2012.

[17] Resolução CAMEX nº 19, 30 de julho de 2002, publicada no Diário Oficial da União em 31 de julho de 2002.

para proteger seus mercados nacionais. Ademais, verifica-se que aplicação de uma medida protetiva deve derivar de situação anormal, que usualmente é relacionada a uma situação de crise que desequilibra os fluxos comerciais existentes, com consequências graves para o setor econômico de determinado país.

Não se trata, portanto, de uma alteração dos fluxos comerciais em razão de uma alocação eficiente de recursos, o que, do ponto de vista econômico, poderia suscitar o argumento de que a própria dinâmica dos mercados levaria a um equilíbrio. A jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC já atestou, nos relatórios do Órgão de Apelação nos casos *Korea – Dairy*[18] e *Argentina – Footwear*[19] que o surto de importações não deve ser decorrência apenas da liberalização comercial posta em prática pelo membro da OMC que adota as medidas de salvaguardas, mas efeito de "acontecimentos novos após a negociação da concessão tarifária relevante"[20], ainda que a redação do Acordo sobre Salvaguardas não tenha repetido esse critério, que constava do artigo XIX do GATT 1947. As consequências negativas do surto de importações poderiam levar a um prejuízo irreversível, quando as condições comerciais voltassem à normalidade.

Uma situação emergencial demanda a tomada de decisão também emergencial. Por essa razão, os mecanismos da salvaguarda foram colocados à disposição das autoridades nacionais, para que, em situações de surtos de importação decorrentes de circunstâncias imprevistas, possam ser adotadas medidas para contrapor grave prejuízo ou ameaça de grave prejuízo à indústria doméstica de determinado país.

O Acordo sobre Salvaguardas apresenta indicações do que deveria ser considerado como prejuízo grave ou ameaça de prejuízo grave. Em seu Artigo 4, o Acordo consigna que deve ser entendido por "prejuízo grave" a deterioração geral significativa da situação de uma indústria nacional, enquanto por "ameaça de prejuízo grave" relaciona-se ao prejuízo grave que seja claramente iminente.

---

[18] **Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products**. Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS98/ABR) adotado em 12 de janeiro de 2000.

[19] **Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear.** Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS121/ABR) adotado em 12 de janeiro de 2000

[20] PERES. op. cit. p.184

Ainda que se conceda amplo espaço de discricionariedade para que o país determine o que considera como prejuízo grave, o contraste com os demais acordos da OMC permite que se conclua que o nível de impacto suportado pela indústria doméstica deva ser mais elevado. Essa conclusão deriva de dois fundamentos: um fundamento semântico e um fundamento teleológico.

Para a aplicação de medidas de defesa comercial é necessário apresentar uma conclusão de que as importações a preço de dumping ou subsidiadas estejam causando dano à indústria doméstica. O texto do Acordo Antidumping e do Acordo Subsídios e Medidas Compensatórias utilizam o termo "dano", enquanto o texto do Acordo sobre Salvaguardas preferiu o termo "grave prejuízo". A doutrina e a jurisprudência multilateral entendem que as condições que permitem a aplicação de uma medida de salvaguarda exigem a conclusão de deterioração da indústria doméstica mais severa do que nos casos de defesa comercial.

Nesse sentido, ao privilegiar a utilização do termo "prejuízo grave" ao invés do termo "dano" constante do Acordo Antidumping e do Acordo Subsídios e Medidas Compensatórias, a exigência do impacto negativo das importações deveria ser mais alta do que nos outros dois casos.

Conclusão semelhante deve ser atingida ao analisar os fatos que permitem a adoção dessas medidas protetivas. Enquanto as medidas antidumping e as medidas compensatórias são impostas em razão de práticas desleais de comércio, as salvaguardas são aplicadas em face de importações contra as quais não há imputação de conduta desleal ou que violem os compromissos multilaterais. Nesse sentido, é de se supor que as regras atinentes ao Acordo sobre Salvaguardas sejam mais estritas.

Como as medidas de salvaguarda não pressupõem a falta de higidez da conduta, as medidas devem ser aplicadas ao produto importado independentemente de sua procedência, impedindo que os membros que apliquem as medidas possam selecionar aqueles sobre os quais as medidas serão aplicadas. Como regra geral, a indústria doméstica receberá proteção em face da totalidade das importações, independentemente de sua origem. O impedimento de seletividade representa uma forma de garantir a não discriminação entre os países membros, de forma a impedir que uma origem seja isenta da aplicação da medida.

O Acordo sobre Salvaguardas, no entanto, permite duas exceções à proibição da seletividade. A primeira exceção corresponde a um tratamento diferenciado em favor de países em desenvolvimento. A regra

mais benéfica a países em desenvolvimento garante que, os países em desenvolvimento que individualmente corresponderem a menos de 3% e, conjuntamente, a menos de 9% do total importado estejam excluídos da aplicação da medida de salvaguarda[21].

A regra de tratamento mais benéfico e diferenciado a países em desenvolvimento é uma regra de equidade. Entre os princípios da OMC está a busca de desenvolvimento econômico e aumento do fluxo comercial internacional para os países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Há diversos dispositivos nos acordos da OMC que buscam efetivar elementos de equidade.

A outra exceção da regra de proibição de seletividade corresponde a um tratamento favorável aos países que tenham celebrado acordos de livre comércio. Nessa hipótese, porém, em razão de paralelismo, as importações dessas origens não podem ser computadas no volume considerado na análise de evolução das importações. Dessa forma, o aumento significativo e inesperado deve excluir o volume importado das origens que estarão isentas da aplicação da medida.

A exceção à regra de não seletividade parte do pressuposto de que se deve incentivar a adoção de medidas liberalizantes entre os membros. Entende-se que promover a consolidação de liberalizações regionais pode ter consequências positivas para o comércio multilateral como um todo, na medida em que a liberalização regional pode funcionar como uma etapa da liberalização mais ampla, com a extensão dos efeitos liberalizantes a toda a comunidade multilateral.

A razão do uso do paralelismo, no entanto, é impedir a aplicação de uma medida de salvaguarda a determinados países, quando o impacto negativo à indústria doméstica for atribuível às importações que estarão isentas da medida.

A principal característica das salvaguardas, no entanto, que permite as medidas de salvaguardas possam ser entendidas como um instrumento de compatibilização entre a proteção da indústria doméstica e a defesa da concorrência é a incorporação da análise de interesse público na fundamentação argumentativa de sua imposição. As salvaguardas podem incluir em si mesmas os mecanismos de convergência entre sua aplicação e a política de defesa da concorrência.

A convergência entre a aplicação de uma salvaguarda e a defesa do ambiente de livre concorrência pressupõe a conformidade da medida

[21] Artigo 9.1 do Acordo sobre Salvaguardas

com o interesse público, que constitui procedimento interno do processo de investigação para a aplicação da medida de salvaguarda. A proteção da indústria doméstica só atingirá o interesse público se acompanhada de instrumentos que levem ao ajustamento eficiente do setor com vistas a efetivar a exposição da indústria doméstica ao ambiente de livre concorrência.

O ajustamento é elemento decorrente da temporariedade da permissão dos acordos multilaterais para aplicação de uma salvaguarda. As medidas de salvaguarda possuem prazo máximo de vigência, de forma que os compromissos de ajustamento se coadunam com a responsabilidade pela limitação à livre concorrência. A indústria doméstica poderá ser temporariamente protegida, em desfavor da livre concorrência, desde que adote um plano de ajuste que sirva ao aumento de produtividade e de eficiência do setor protegido, para que a indústria se torne capaz de se sustentar em um ambiente de livre concorrência.

A análise de interesse público não deve se restringir apenas ao processo de aplicação da medida, mas ainda no juízo de implementação do plano de ajustamento do setor protegido com vistas à reexposição à concorrência. A possibilidade de convergência entre a adoção de medidas de salvaguardas e a política de defesa de concorrência se insere em contexto no qual as salvaguardas sejam aplicadas com viés pró competitividade, a partir de exigências claras de ajuste a serem implementados pela indústria doméstica, bem como num contexto no qual o direito da concorrência possa ampliar sua concepção do processo competitivo, reconhecendo que ações de defesa podem ser vitais para o vigor concorrencial.

3. Convergência entre a proteção da indústria doméstica e a necessidade de exposição dessa indústria à livre concorrência

3.1. O conflito entre bens jurídicos

As medidas de defesa comercial e de salvaguardas são instrumentos de política pública em favor da proteção da indústria doméstica, com implicações restritivas ao acesso de concorrentes internacionais ao mercado doméstico, ainda que de modo temporário.

Dessa forma, medidas de salvaguardas também podem ser analisadas como instrumentos potencialmente conflitantes com a política de defesa da concorrência, por perseguirem objetivos contraditórios.

Ragazzo, ainda que discutindo a relação entre medidas antidumping e o direito da concorrência, dispõe que

> "[e]sses mecanismos possuem um óbvio potencial anticompetitivo (mesmo porque partem de pressupostos diferentes, mais relacionados à proteção da indústria doméstica), razão por que inúmeros órgãos de defesa da concorrência estrangeiros influenciam, ainda que sem direito a voto formal, o processo de imposição de medidas de defesa comercial, ou mesmo a revisão dessas medidas no caso de os efeitos anticompetitivos serem severos." [22]

O impacto dessas medidas no ambiente concorrencial decorre do instrumento de sua aplicação. As salvaguardas podem ser aplicadas em forma de majoração da alíquota de imposto de importação ou como quota de importações. No primeiro caso, as medidas podem resultar em diminuição da oferta de bens importados para os consumidores domésticos uma vez que a majoração da alíquota torna as importações mais onerosas. Quando há aplicação de quotas, há uma imposição de um limite quantitativo ao acesso ao mercado nacional do país que aplica a medida[23]. Uma vez que a política de defesa da concorrência procura criar ambiente no qual a competição seja preservada e estimulada, o potencial limitativo do volume importado decorrente do aumento do imposto de importação ou a imposição de uma quota pode constituir um elemento de conflito com o bem jurídico tutelado pela livre concorrência.

Esse aparente conflito emerge quando cada uma das políticas é tratada como um fim em si mesma. Segundo Farina e Azevedo, as políticas industriais e de defesa da concorrência podem apresentar desenhos cujos

---

[22] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A regulação da concorrência. 2013. Disponível em: <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20> . Acesso em 10 jun. 2018, p. 20

[23] Se a medida assume a forma de uma restrição quantitativa, o nível não deve ser inferior ao nível real de importação dos últimos três anos, a menos que exista uma justificativa clara para estabelecer um nível diferente, mais baixo. As regras também determinam como as quotas devem ser alocadas entre os países fornecedores com base em participações de mercado anteriores. Estes níveis podem ser desviados (ou seja, os níveis das quotas podem ser modulados) se (i) o aumento percentual das importações de certos Membros tiver sido desproporcionado em relação ao aumento global das importações, (ii) as razões para o afastamento da regra geral justificado, e (iii) as condições de tal desvio são equitativas para todos os fornecedores do produto em causa.

contornos venham a estabelecer "conjunto articulado de ações cujo objetivo maior é estabelecer um ambiente favorável e indutor da busca permanente da competitividade"[24].

Diversos autores entendem que o interesse público pode ser o instrumento capaz de convergir os interesses de proteção da indústria doméstica e de defesa do ambiente concorrencial.

3.2. Do interesse público em defesa comercial

Para Cordovil, o interesse público é instrumento utilizado para justificar a não aplicação das medidas, ou a aplicação em montante menor que o recomendado, em situações nas quais a análise levar à conclusão de que os benefícios gerados pelas medidas de defesa comercial à indústria doméstica não compensam "os prejuízos provocados aos agentes diversamente afetados (consumidores, usuários industriais do produto, importadores, sociedade em geral etc.) "[25].

A discussão sobre a aplicação da cláusula de interesse público como forma de convergir as políticas de defesa da concorrência e de defesa comercial está bastante presente quando da aplicação de medidas antidumping ou compensatórias. Nesse sentido, dentre os efeitos considerados na análise de interesse público estão a estrutura do mercado e a concorrência, de forma que o dano à concorrência, se superar os efeitos

---

[24] FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Política industrial e defesa da concorrência: considerações sobre a experiência brasileira nos anos 90. **Economia**, Niterói, v. 2, n. 2, p. 513-547, 2001, p.8. Os autores chegaram à conclusão ao analisar a relação entre políticas industriais e a concorrência, e não a relação entre medidas de defesa comercial e a concorrência. Este trabalho extrapola as conclusões desses autores, porque entende que as salvaguardas também possui objetivo último o desenvolvimento permanente da competitividade, ao estabelecer um mecanismo de proteção temporária, cujo objetivo é permitir a reestruturação de uma dtemrinada indústria, para que possa voltar a competir em um ambiente de livre exposição à concorrência. Ainda que as salvaguardas não sejam instrumentos de política industrial, seu objetivo se assemelha aos objetivos da políticas industriais ao fomentar o desenvolvimento ou a reestrutução de um setor econômico.

[25] CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. O interesse público no antidumping. 2009. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p.48

positivos da proteção à indústria doméstica, pode legitimar a limitação do direito antidumping pelas considerações típicas do direito antitruste.

No Acordo Antidumping não há previsão sobre regras que disponham sobre a análise de interesse público, mas existem propostas para que o acordo seja revisto e que incorpore ao acordo provisões substantivas para levar em conta o interesse público em processos de investigação antidumping.[26] A decisão sobre a aplicação da medida recai sobre um juízo de conveniência e de coerência com os ditames de políticas públicas do país importador, cuja análise leva em consideração o interesse público.

Com a criação do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP), previu-se a possibilidade de discussão de interesse público em procedimento próprio. Nesses casos, a autoridade brasileira competente para aplicação de medidas de defesa comercial, qual seja a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) pode decidir sobre a aplicação de uma medida de defesa comercial, e possui a competência para modular suas decisões em razão de interesse público. Sua análise deve levar em consideração diversos fatores, dentre os quais os efeitos anticoncorrenciais da aplicação de uma medida.

Segundo definição normativa, o interesse público no âmbito da defesa comercial está presente quando o impacto da imposição da medida de defesa comercial sobre os agentes econômicos como um todo se mostrar potencialmente mais danoso se comparado aos efeitos positivos da aplicação da medida[27], ou segundo a consideração de Hees:

> "A análise de interesse público aplicada à vigência de medidas antidumping se afigura como pedra de toque que une dois universos com interesses invariavelmente conflitantes: por um lado, o segmento do setor produtivo nacional beneficiado por uma medida antidumping destinada a combater importações desleais; por outro, o restante da economia que, consumidora dos produtos objeto de um direito antidumping, seja na forma de matéria-prima, seja na forma de produtos acabados, enfrentará

[26] MONTEIRO, Carmen Diva Beltrão, GALVÃO, Letícia Andreoli. **Interesse Público: Critérios para consideração em processos de investigação antidumping**. SEAE/MF Documento de Trabalho nº 44, 2006. p. 26

[27] Art. 2º do Anexo da Resolução CAMEX nº 27, de 2015.

> os efeitos dessas medidas, na maioria das vezes na forma de preços mais elevados."[28]

No caso das medidas de salvaguardas, no entanto, o próprio Acordo prevê que a investigação permitirá que as partes interessadas tenham a oportunidade de apresentar suas opiniões, inclusive, entre outras coisas, sobre se a aplicação da medida de salvaguarda seria ou não do interesse público[29]. Isso nos leva a concluir que a análise de interesse público é procedimento interno do procedimento de investigação para a aplicação da medida de salvaguarda.

Uma vez analisada a aplicação da salvaguarda sob a ótica do interesse público, e determinado que a proteção da indústria doméstica deve ser garantida, visto que os benefícios gerados por sua aplicação compensam a limitação da livre concorrência e os eventuais prejuízos provocados aos agentes diversamente afetados, cabe ainda indagar em qual medida a instrumentalização da salvaguarda pode incorporar as preocupações concorrenciais.

As salvaguardas são, por sua natureza, medidas que visam a proteger a indústria doméstica em razão de graves efeitos negativos decorrentes de fluxos comerciais idôneos. O exercício da proteção deve ser contrabalanceado com os objetivos multilaterais de liberalização comercial, de forma que a proteção da indústria doméstica não prejudique o estímulo à concorrência nos mercados internacionais.

O Artigo 5 do Acordo sobre Salvaguardas prevê que as medidas devem ser aplicadas na proporção necessária para prevenir ou remediar prejuízo grave e deve buscar facilitar o ajustamento. As medidas possuem carácter temporário e só devem ser aplicadas quando acompanhadas de um termo de ajuste, que permita à indústria doméstica adquirir ou recuperar as condições de exposição ao ambiente de concorrência internacional.

As medidas de salvaguarda poderão ser aplicadas por um período de quatro anos, extensível de forma que o período total não ultrapasse oito anos, ou dez quando se tratar de países em desenvolvimento. As medidas, no entanto, ainda que vigentes por todo o período devem ser gradualmente reduzidas, para estimular a exposição do setor protegido, e facilitar a transição para o cenário de ausência de medida protetiva, em que o setor

---

[28] HEES, Felipe. **Interesse público e a aplicação de medidas antidumping no Brasil**. Revista Brasileira de Comércio Exterior – RBCE no 114, FUNCEXRBCE, Jan-Mar de 2013. p. 5

[29] Artigo 3.1 do Acordo sobre Salvaguardas

se encontre apto a concorrer com as importações ao final de determinado período.

A limitação temporal de vigência de uma medida de salvaguarda é inovação do Acordo sobre Salvaguardas com relação ao sistema previsto no GATT 1947, cujo propósito é estruturar ajustamento à proteção à indústria doméstica. Segundo Hizon, "*the duration of the safeguard measures is now limited ensuring that the overriding objective of adjustment is not sidestepped*"[30].

As novas regras buscam restringir o escopo da salvaguarda à medida necessária para prevenir ou remediar o prejuízo grave e para facilitar o ajustamento. Dessa forma, além de possuir um caráter temporário, a proteção será reduzida gradativamente durante o período de vigência da medida, de forma que é necessário que o setor que pretenda obter uma medida desta natureza apresente um plano de ajuste que viabilize sua efetiva adequação. Compete ao setor reestruturar-se e realizar os investimentos necessários a fim de que adquirir ou recuperar as condições de exposição ao ambiente de concorrência internacional.

A proteção de uma indústria doméstica deve ser compatível com a política industrial do país ou com a política pública de defesa da economia local, de empregos e de renda. O interesse público está presente na aplicação de uma medida de salvaguarda, mas também estará presente na consecução dos planos de trabalho e ajustamento do setor. Dessa forma, o plano de ajuste previsto como condição para a aplicação das medidas de salvaguardas deve se inserir no contexto da política industrial e deve servir para atingir o propósito aumentar da competitividade do setor protegido.

O plano de ajuste deve ser delineado com o objetivo primordial de compatibilizar a proteção com a reinserção do setor econômico no ambiente de livre concorrência com as importações. A proteção da indústria doméstica só atingirá o interesse público se acompanhada de instrumentos que levem ao ajustamento eficiente do setor com vistas a efetivar a exposição da indústria doméstica ao ambiente de livre concorrência.

Outro mecanismo para garantir a consecução desses objetivos é o de exigir um período de graça, na medida em que o setor protegido pela medida de salvaguarda não poderá voltar a se beneficiar de outra medida

---

[30] HIZON, Ernesto M. **The Safeguard Measure/VER Dilemma: The Jekyll and Hyde of Trade Protection**. Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 15, Issue 1 (Fall 1994), pp. 105-138 p. 126

de mesma natureza por período idêntico àquele por que foi beneficiado pela salvaguarda.

Essas são formas de favorecer o direcionamento da norma multilateral para que a tomada de ações emergenciais não se torne um fim em si mesma[31]. No mesmo sentido, segundo Ahn, a implementação das medidas de ajuste seria elemento constitutivo do sistema de salvaguardas, na medida em que o Acordo consigna que as medidas de salvaguarda só serão aplicadas na proporção necessária para facilitar o ajustamento, não somente para prevenir ou remediar prejuízo grave[32]. Dessa forma, o ajustamento seria um dos elementos centrais do sistema de salvaguardas, de forma que as medidas só poderiam continuar a ser aplicadas mediante a prova de que a indústria está seguindo o plano de ajuste[33].

Para o autor, no entanto, as autoridades nacionais não dão a devida atenção aos mecanismos de ajuste ou monitoram a implementação dos ajustes estruturais que a indústria doméstica deveria observar para seguir com o benefício da proteção da medida. Para ele, "*a more effective enforcement of the legal requirement concerning facilitation of structural adjustment would substantially contribute to refinement of the WTO safeguard system*"[34].

Quando da aplicação pelo Brasil da medida de salvaguarda ao coco seco, por exemplo, exigiu-se a apresentação de um plano de ajuste que consistiu na recuperação e na renovação de coqueirais, implicando aumento de produtividade, e a capacitação, em tecnologia da produção e gerência, de produtores, trabalhadores rurais e profissionais que prestavam assistência técnica ao agronegócio do coco. Para avaliar o plano de ajuste, foi constituído um grupo de trabalho interministerial, o foi responsável por analisar o plano do ponto de vista técnico e econômico.

As salvaguardas, portanto, são um instrumento de proteção da indústria doméstica que exige uma contrapartida de ajuste. Consiste não apenas em um período em que as condições de concorrência são modificadas em favor da indústria nacional para permitir sua recuperação, mas um período de verdadeira preparação dessa indústria para que

---

[31] HIZON, Ernesto M. Op Cit. p. 132

[32] AHN, Dukgeun . Restructuring the WTO Safeguard System. AHN, Dukgeun . Restructuring the WTO Safeguard System. **The Legal and Economic Analysis of the WTO/FTA System**: pp. 123-143. p. 21

[33] AHN. Op. cit., p.21

[34] AHN. Op. cit., p.22

conquiste uma dinamização estrutural que permita sua inserção num ambiente de livre concorrência.

4. Conclusão

As salvaguardas devem ser vistas não como um limitador da concorrência, mas como um instrumento legítimo posto à disposição dos membros da OMC para que estes possam se defender dos efeitos negativos do engajamento na liberalização comercial e do aumento à exposição dos mercados à concorrência internacional.

O multilateralismo comercial e a busca pela estabilidade doméstica não podem ser compreendidos de forma dissociada, porque se condicionam mutuamente e implicam a legitimidade compartilhada de um conjunto de objetivos sociais. A liberalização comercial que instigou a construção do sistema de comércio multilateral, portanto, comporta exceções[35], cujo objetivo é garantir o exercício da soberania na defesa dos interesses particulares de cada Estado-membro, e sem as quais a própria existência do regime estaria comprometida. As medidas de salvaguardas são, nesse contexto, um instrumento de exercício de soberania para proteção da indústria doméstica e das políticas de desenvolvimento.

A proteção da indústria não é, porém, um fim em si mesmo; e os objetivos politicamente determinados da ordem econômica devem ser perseguidos por meio do conjunto dos programas do Estado, em que sejam também privilegiados os demais interesses econômicos que conformam a ordem econômica. Dessa forma, o Acordo sobre Salvaguardas reconhece a importância do ajustamento estrutural e insere-se na necessidade de estimular a concorrência nos mercados internacionais, conforme disposto no seu preâmbulo.

A possibilidade de convergência entre a adoção de medidas de salvaguardas e a política de defesa de concorrência se insere em contexto no qual as salvaguardas sejam aplicadas com viés pró competitividade, a partir de exigências claras de ajuste a serem implementados pela indústria doméstica, bem como num contexto no qual o direito da concorrência

[35] As salvaguardas de que trata este artigo corresponde a uma das hipóteses de exceção ao livre comércio juntamente às exceções de defesa comercial, de tratamento especial e diferenciado a países em desenvolvimento, de integração regional e de salvaguarda do balanço de pagamentos.

possa ampliar sua concepção do processo competitivo, reconhecendo que ações de defesa podem ser vitais para o vigor concorrencial.

A convergência entre a aplicação de uma salvaguarda e a defesa do ambiente de livre concorrência pressupõe a conformidade da medida com o interesse público, que constitui procedimento interno do processo de investigação para a aplicação da medida de salvaguarda. A proteção da indústria doméstica só atingirá o interesse público se acompanhada de instrumentos que levem ao ajustamento eficiente do setor com vistas a efetivar a exposição da indústria doméstica ao ambiente de livre concorrência.

As salvaguardas devem, portanto, corresponder a instrumento que convirja a proteção da indústria doméstica com a necessidade de exposição dessa indústria à livre concorrência. O plano de ajuste deve ser elemento primordial da consecução dos fins da salvaguarda, para que a medida protetiva se torne um instrumento que leve ao aumento de produtividade e de eficiência do setor protegido, para que a indústria se torne capaz de se sustentar em um ambiente de livre concorrência.

Referências Bibliográficas

AHN, Dukgeun. Restructuring the WTO Safeguard System. **The Legal and Economic Analysis of the WTO/FTA System**: pp. 123-143.

BORGES, Daniel Damásio. **Sobre a proteção contra a conduta desleal dos Estados no comércio internacional: as ambiguidades de sua disciplina jurídica e de seus fundamentos no direito da OMC** – Revista Direito FGV. São Paulo. V. 13 N. p. 428-456 , Maio-Agosto 2017.

BRASIL – Acordo sobre Salvaguardas, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

_____. Circular SECEX nº 9, 14 de março de 2012, publicada no Diário Oficial da União em 15 de março de 2012.

_____. Resolução CAMEX nº 19, 30 de julho de 2002, publicada no Diário Oficial da União em 31 de julho de 2002.

BOWN, Chad. **Why are Safeguards under the WTO so Unpopular?**. World Trade Review. 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo.** Revista de Informação Legislativa, n. 133, p. 89-98, 1997.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O interesse público no antidumping**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Política industrial e defesa da concorrência: considerações sobre a experiência brasileira nos anos 90. **Economia**, Niterói, v. 2, n. 2, p. 513-547, 2001.

HEES, Felipe. **Interesse público e a aplicação de medidas antidumping no Brasil**. Revista Brasileira de Comércio Exterior – RBCE nº 114, FUNCEXRBCE, Jan-Mar de 2013.

HIZON, Ernesto M. **The Safeguard Measure/VER Dilemma: The Jekyll and Hyde of Trade Protection**. Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 15, Issue 1 (Fall 1994), pp. 105-138.

ILLY, Ousseni. **Trade Remedies in Africa: Experience, Challenges, and Prospects**. Disponível em: https://www.princeton.edu/~pcglobal/conferences/GLF/oilly.pdf.

MONTEIRO, Carmen Diva Beltrão, GALVÃO, Letícia Andreoli. **Interesse Público: Critérios para consideração em processos de investigação antidumping**. SEAE/MF Documento de Trabalho nº 44, 2006.

PERES, Ana Carolina Meneghetti. Salvaguardas no Sistema multilateral de comércio. In: HEES, F.; Valle, M. (Org.). **Dumping, subsídios e salvaguardas: revisitando aspectos técnicos dos instrumentos de defesa comercial**. 1ª ed. São Paulo: Editora Singular, 2012, v. 1, p. 171-200.

PIANI, Guida. **Medidas antidumping, anti-subsídios e de salvaguardas: experiência recente e perspectivas no MERCOSUL**. Rio de Janeiro: IPEA, 1998. (Texto para discussão nº 541).

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **A regulação da concorrência**. 2013. Disponível em: http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20 .

RUGGIE, John Gerard. International regime, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order. In:

International Organization, volume 36, no. 2, International Regimes, *379-415*. Cambridge: MIT Press, 1982.

THORSTENSEN, Vera. **OMC – Organização Mundial do Comércio – as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

PARTE 3 - TÓPICOS ESPECIAIS DE INTERFACE ENTRE CONCORRÊNCIA, COMÉRCIO E CONSUMIDOR

11. THE FOUR PRACTICAL INTERACTIONS BETWEEN COMPETITION POLICY AND TRADE DEFENSE: AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE BRAZILIAN COMPETITION AUTHORITY JURISPRUDENCE

11. AS QUATRO INTERAÇÕES PRÁTICAS ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DEFESA COMERCIAL: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Agnes Macedo de Jesus

Abstract: The present article aims to identify the practical interactions between trade defense policy and competition policy under the jurisprudence of Cade, the Brazilian competition authority. Academic and institutional debates regarding the dialogues between these two policies are old and numerous. Nevertheless, a question remains: by what practical means have these two policies interact, specifically in Brazil? Established the premises of competition policy and trade defense policy, the empirical research shows that, even though these policies may have some distinctions, they have interacted in 29 cases of the Brazilian competition authority, interacted in four different ways: (I) debates and pronouncements regarding competence; (II) use of trade defense measures to discuss and establish the relevant market; (III) acknowledgement of imports as mechanism to contest market power and improve competition; and (IV) use of trade defense measure to maintain and/or increase market powe

Keywords: Trade defense. Competition policy. Interactions.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo identificar as interações práticas entre política de defesa comercial e política concorrencial na jurisprudência do Cade, a autoridade da concorrência brasileira. Debates acadêmicos e institucionais sobre os diálogos entre essas duas políticas são antigos e numerosos. No entanto, permanece uma questão: por quais meios práticos essas duas políticas interagem, especificamente no Brasil? Estabelecidas as premissas de cada uma destas distintas matérias, a pesquisa empírica mostra que, embora entre política de defesa comercial e política concorrencial possam ter algumas distinções, elas interagiram em 29 casos da autoridade concorrencial brasileira, de quatro maneiras distintas: (I) debates e pronunciamentos sobre competência; (II) uso de

medidas de defesa comercial para discutir e estabelecer o mercado relevante; (III) reconhecimento de importações como mecanismos para contestar poder de mercado e promover a concorrência no mercado; e (IV) uso de medidas de defesa comercial para manter e/ou aumentar poder de mercado.

Palavras-chave: Defesa comercial. Política concorrencial. Interfaces.

1. Introduction

Academic and institutional debates regarding the interactions between competition policy and trade defense are not new. Nevertheless, the subject remains challenging and intriguing. Do competition policy and trade defense policy pursue a common end? Are these policies mutually exclusive or rather complementary? If they interact, by what practical means do they do that?

In light of these discussions, the present article aims to identify the practical interactions between trade policy and competition policy under the jurisprudence of Cade, the Brazilian Competition Authority. In order to do so, the article will proceed in five more Sections.

Section 2 analyzes the premises of competition policy and trade defense policy, specially focusing on the Brazilian context. It will be briefly discussed the objectives of these policies, as well as their legal regulation in Brazil, competent Brazilian authorities and methodology for market analysis.

Based on this succinct overview of the premises of these two distinct policies, Section 3 presents a brief literature review on the theoretical dialogues between these two policies.

Notwithstanding the theoretical interactions mentioned on Section 3, a question remains: assuming that competition policy and trade defense interact, by what practical means have they done that, specifically in Brazil? In light of this question, Section 4 is specifically devoted to the empirical research regarding the practical interactions between these two policies. The research had two main steps. Initially, it was identified all Cade's cases that mentioned MDIC", "CAMEX", "DECOM", "SECEX", "dumping", "subsidy" and "safeguards", forming a first sample of cases. In a second moment, all cases in which the trade defense authorities contributed exclusively with the production of evidence, as well as all the cases that have not yet been judged by Cade's Tribunal were excluded from

the initial sample. After this filter, the final sample contained 29 cases (all listed in Annex 1 *infra*), which shows us that, under Cade's jurisprudence, competition policy and trade defense have interacted in four different ways: (I) debates and pronouncements regarding competence; (II) use of trade defense measures to discuss and establish the relevant market; (III) acknowledgement of imports as mechanism to contest market power and improve competition; and (IV) use of trade defense measure to maintain and/or increase market power.

Finally, Section 5 brings some final comments and conclusions.

2. Policy and trade defense: premises and distinctions

This Section will explore the premises of competition policy (2.1) and trade defense policy (2.2), specially focusing on the Brazilian context. It will be briefly discussed the objectives of these policies, as well as their legal regulation in Brazil, competent Brazilian authorities and methodology for market analysis. These differences and particularities will be especially important for the empirical research in Section 4 and for a better understanding of the dialogues between these policies and the challenges that this presents.

2.1. Competition policy

2.1.1. Objectives

According to the United Nations Conference on Trade and Development (hereinafter UNCTAD)[1], the objective or purpose of competition law is

> To control or eliminate restrictive agreements or arrangements among enterprises, or mergers and acquisitions or abuse of dominant positions of market power, which limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, adversely

[1] UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELELOPMENT (UNCTAD). Model Law on Competition – Revised Chapter I. Seventh United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices. Geneve: United Nations, 2015. 11p.

> affecting domestic or international trade or economic development. (UNCTAD, 2015, page 2)

In the words of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)[2],

> This overview of the objectives of competition policy across different countries indicates that in most jurisdictions, the basic objectives are to maintain and encourage the process of competition in order to promote efficient use of resources while protecting the freedom of economic action of various market participants. (OECD, 2003, page 2)

Therefore, without denying that, depending on the jurisdiction, competition policy has been generally viewed to achieve or preserve a number of different objectives[3], "the common denominator is always the protection of economic efficiency[4]" (MACERA, 1994, page 7). DOMINGUES highlights that "the good application of the competition policy seeks to guarantee society a greater economic efficiency, which is reflected, for example, in better prices, better product quality and encouragement for innovation" (DOMINGUES, 2017, page 400).

---

[2] ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). The objectives of Competition Law and Policy. Paris: OCDE, 2003.

[3] According to UNCTAD, "The fundamental objective of competition law is to promote and protect competition within markets. A number of more specific goals fall within that overarching objective", such as: consumer welfare, the competitive process, fair competition (protecting opportunities for small and medium-sized enterprises or traditional community economies), and efficiency itself (UNCTAD, 2015, page 3). OECD mentions: "pluralism, de-centralisation of economic decision-making, preventing abuses of economic power, promoting small business, fairness and equity and other socio-political values. It has been noted that these "supplementary" objectives tend to vary across jurisdictions and over time. The latter reflects the changing nature and adaptability of competition policy so as to address current concerns of society while remaining steadfast to the basic objectives". (OECD, 2003, page 2)

[4] Efficiency includes allocative efficiency (allocating resources to their most valued use), productive efficiency (producing goods at the lowest cost) and dynamic efficiency (developing better goods and services through innovation). Competition aims to create an environment that incentivizes market participants to enhance efficiency, for example, by investing in technological development or minimizing production costs. (UNCTAD, 2015, page 3)

2.1.2. Law and Regulation in Brazil

In Brazil, competition policy was regulated by Law nº 8.884 since 1994. However, in 2011, a new Law came into force: Law nº 12.529[5]. Article 1 of the new Law states that:

> This Law structures the Brazilian System for Protection of Competition - SBDC and sets forth preventive measures and sanctions for violations against the economic order, guided by the constitutional principles of free competition, freedom of initiative, social role of property, consumer protection and prevention of the abuse of economic power.

2.1.3. Competent Authority

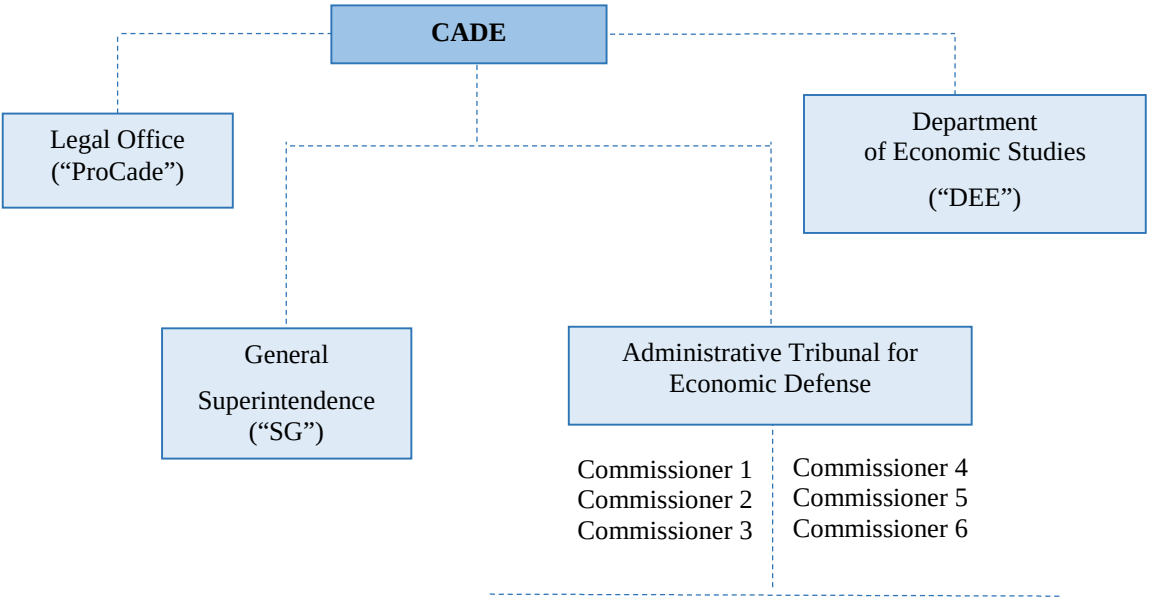
The authority competent for applying the Brazilian competition policy is the Administrative Council for Economic Defense (hereinafter "Cade", for its acronym in Portuguese). Cade is not only responsible for investigating and deciding on competition issues, but also for fostering and

---

[5] FRAZÃO (in FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pages 33 and 37) highlights that Brazil's late industrialization lead to a delay in the appearance of concerns regarding economic power and competition policy, in comparison with Europe and USA. Brazilian competition law and policy only appeared in 1938, with Decree-Law nº 869. Nevertheless, this Decree was not effective and the Brazilian competition law remained stagnant until the advent of Decree-Law nº 7.666, in 1945. However, alike its predecessor Decree-Law nº 7.666/45 was short-lived, lasting less than three month. Brazilian competition law was strengthened with the Brazilian Constitution of 1946, which brought in its Article 148, for the first time, the purpose of repressing the abuse of economic power. In 1962, sixteen years after the Constitution of 1946, a specific Law was finally created to regulated the "repression of the abuse of the economic power" of Article 148. This Law was Law n° 4.137/62, which, however, was equally ineffective in view of the military dictatorship (1964-1985) that favored business concentration and collusion. After the very short life of Law 8.158/1991, Law 8.884/94 was enacted under the aegis of the Brazilian Constitution of 1988. The Law 8.884/94 systematized the matters of competition law and transformed Cade, created in 1962, into a federal autarchy, providing it with its own budget (FORGIONI, Paula Andréa. Os fundamentos do antitruste. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, page 122). In 2011, CADE"s new Law was introduced, Law nº 12.529.

promoting the culture of competition in Brazil[6]. Cade's structure is as follows:

Image 1. Brazilian Competition Defense System



Source: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy2_of_capa-interna.

As shown in Image 1, Cade is composed by three bodies: the Administrative Tribunal for Economic Defense (hereinafter "Tribunal"), the General Superintendence (hereinafter "SG", for its acronym in Portuguese) and the Department of Economic Studies (hereinafter "DEE", for its acronym in Portuguese).

Cade's Tribunal is responsible for rendering decisions relating to administrative proceedings and merger and acquisition operations and approving the terms of the cease-and-desist commitment and agreements for concentration control, among other duties[7]. In the other hand, SG's role is to investigate and collect evidence. Some of SG's responsibilities

[6] Available at <http://en.cade.gov.br/topics/about-us>. Viewed: 25 June 2018.

[7] Law 12.529/11, Article 9.

are to prepare and initiate administrative proceedings and procedures to verify cases of concentration, as well as propose terms for a cease-and-desist commitment for violations to the economic order, submitting them the approval of the Tribunal, and inspecting compliance therewith[8]. In its turn, DEE is responsible for the preparation of economic studies and opinions, *ex officio* or at the request of the Plenary, the President, the Reporting Commissioner or the General Superintendent[9].

The Brazilian competition authority has also a Legal Office (hereinafter "ProCade" , for its acronym in Portuguese), which is responsible for providing legal consultancy and assistance to Cade; promoting the judicial enforcement of Cade's decisions and sentences; issuing, whenever expressly required, an opinion related to the proceedings under Cade's competence; the adoption of judicial measures requested by the Tribunal or by the SG, etc[10].

2.1.4. Methodology for Market Analysis

Regarding the methodology for market analysis, DOMINGUES argues that

> When analyzing a market, competition law defines both the product and the geographical dimensions of the "relevant market"[11], a methodology that is not used in trade defense investigations. Having established the limits of the analyzed market, it is then evaluated the behavior of consumers and producers vis-à-vis changes in prices. For this analysis, it is used the "hypothetical monopolist test"[12], which evaluates the degree

---

[8] Law 12.529/11, Article 13.

[9] Law 12.529/11, Article 17.

[10] Law 12.529/11, Article 15.

[11] ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Market Definition. Policy Roundtables. Paris: OCDE, 2012, page 11.

[12] "The relevant market is usually defined by applying the hypothetical monopolist test (also known as the SSNIP test), according to which a 'market' comprises all the products and regions for which a hypothetical profit maximising monopolist would impose a Small but Significant Non-transitory Increase in Price". (OECD, 2012, page 11).

> of substitutability between goods and services. (DOMINGUES, 2017, page 401)

OECD defends that "market definition is one of the most important analytical tools to examine and evaluate the competitive constraints"[13].

This concept will be particularly important in Section 4, when discussing the use of trade defense measures do define relevant market (topic 4.3.2 *infra*).

2.2. Trade Defense

2.2.1. Objectives

In its turn, trade defense policy aims to control or eliminate unfair and harmful trade practices. In order to do so, the competent authorities may use "trade remedies", which are: actions taken against dumping (anti-dumping measures); subsidies and "countervailing" measures to offset subsidies (countervailing measures) and emergency measures to limit imports temporarily, designed to "safeguard" domestic industries (safeguard measures)[14].

13

[14] WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). Trade Remedies and the WTO. WTO E-Learning. May 2012. "Starting with anti-dumping and countervailing measures, these are aimed at imports of a particular product from a particular exporting country, which imports have been found to be dumped (anti-dumping) or subsidized (countervailing measures), and to be causing or threatening to cause material injury to the domestic industry in the importing Member that produces the like product. Where dumping or subsidization, injury, and causation are found, the importing Member can apply to those imports an additional duty up to the amount of dumping or subsidization that has been found". "It should be borne in mind that dumping is an action by private firms and as such is not regulated by the WTO. Rather, what is regulated is anti-dumping action by WTO Member governments. Anti-dumping measures are disciplined by GATT Article VI and the Anti-dumping Agreement. Dumping takes place when a product of one firm is introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the product. Investigations have to be conducted to determine the margin of dumping and thus the maximum allowable level of the anti-dumping duty. Subsidies of course are government measures, and the WTO thus regulates, via the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures ("SCM Agreement")

2.2.2. Law and Regulation in Brazil

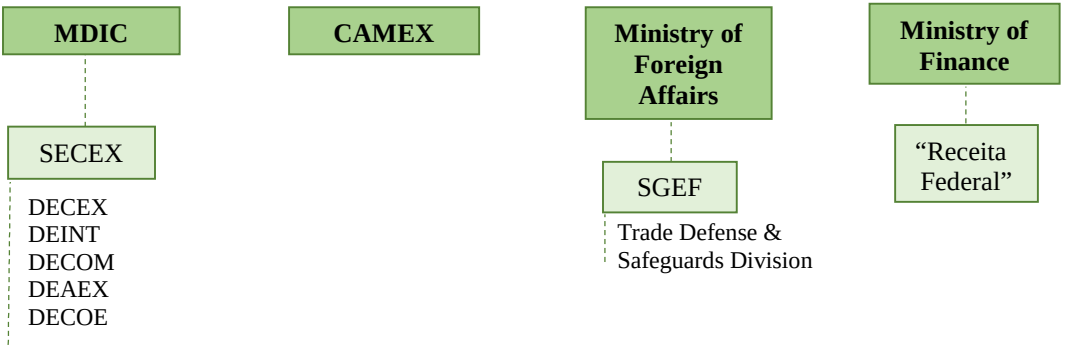
The anti-dumping measures are disciplined internationally by GATT Article VI and the Anti-dumping Agreement. These provisions were incorporated in Brazilian Law through Decree nº 1.355 (from December 30, 1994), which promulgated the Anti-dumping Agreement, and through Decree n° 8.085 (from July 2013), which regulated the administrative procedures for the application of anti-dumping measures. Subsidies are regulated via the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures ("SCM Agreement") (underpinned by GATT Articles VI and XVI). The SCM Agreement was promulgated by Decree nº 1.355/1994 and the procedure for the application of compensatory measures is regulated by Decree nº 1.751 (from December 19, 1995). Lastly, the Agreement on Safeguards, along with Article XIX of GATT 1994, regulates the use of safeguard measures. Brazil promulgated the Agreement on Safeguards through Decree nº 1.355/1994 and regulated the procedure for the application of safeguard measures through Decree nº 1.488 (from July 11, 1995). Besides these decrees and regulations, trade defense is also regulated in some bilateral and regional agreements.

(underpinned by GATT Articles VI and XVI), both the provision of subsidies by Member governments, and those governments' use of countervailing measures in respect of subsidized imports into their own territories. Subsidies on goods in general are governed by the SCM Agreement, while the Agreement on Agriculture contains detailed rules on subsidies to agricultural products. Nonetheless, agricultural subsidies remain covered by and countervailable under the SCM Agreement. Finally, the Agreement on Safeguards, along with Article XIX of GATT 1994, regulates the use of safeguard measures. In brief, a safeguard measure is the temporary suspension of a multilateral concession (tariff cut, etc.). A safeguard measure can only be applied where total imports of a given product have increased to such an extent and under such conditions as to cause or threaten to cause serious injury. Because it involves suspending a multilateral (i.e., MFN-based) concession, a safeguard measure in principle must be applied to total imports of the product, from all sources (i.e., on an MFN basis). If it were not specifically allowed, a safeguard measure would run counter to the WTO obligations not to withdraw or suspend bindings and other negotiated multilateral concessions. A safeguard measure can take an unspecified variety of forms. The most commonly used forms are tariff increases above the bound rate, quantitative restrictions, and tariff rate quotas. (page 11)

2.2.3. Competent Authority

Regarding the competent authority, the Brazilian international trade and trade defense policy is decentralized in multiple bodies, being the main ones:

Image 2. Brazilian International Trade and Trade Defense System



Source: own elaboration based on data from the abovementioned authorities' websites.[15]

The Ministry of Industry, Foreign Trade and Services (hereinafter "MDIC", for its acronym in Portuguese) is the authority responsible for creating and enforcing trade policy guidelines. This Ministry is competent to establish foreign trade policies and policies for industry, trade and services development; apply trade defense measures; participate in international trade negotiations; regulate and execute program and activities related to international trade, among others responsibilities. Subordinated to MDIC, the Secretariat of Foreign Trade (hereinafter "SECEX", for its acronym in Portuguese) is responsible for implementing and monitoring of foreign trade policies and programs. Among its main objectives, we can highlight: participate in negotiations on international agreements and foreign trade agreements; to propose measures of fiscal

[15] Available at: <http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/se/Portaria--MDIC-n-905--21-05-2018.pdf> and at <https://profviolin.files.wordpress.com/2013/08/estrutura-do-comc3a9rcio-exterior-brasileiro.pdf>. Viewed: 25 June 2018.

and exchange policies; promoting the culture of exportation in Brazil; approve export and import operation; promote national trade defense; formulate proposals for foreign trade policies and establish standards necessary for their implementation[16]. SECEX is divided in five departments: Department of Foreign Trade Operations ("DECEX"), Department of International Negotiations ("DEINT"), Department of Trade Defense (hereinafter "DECOM", for its acronym in Portuguese), Department of Statistics and Export Support ("DEAEX") and Department of Competitiveness in Foreign Trade ("DECOE").

In its turn, the Chamber of Foreign Trade (hereinafter "CAMEX", for its acronym in Portuguese) is an independent authority, but provides direct and immediate assistance to MDIC. Among CAMEX's main competences, it can be highlighted: to define guidelines and procedures related to the implementation of the foreign trade policy in order to make Brazil competitive in the international economy; establish guidelines for the negotiation of on international agreement and foreign trade agreement; set export and import tax rates; set provisional and definitive antidumping and countervailing duties, as well as safeguards.

The Ministry of Foreign Affairs (hereinafter "MRE", for its acronym in Portuguese) has competence on matters related to Brazil's foreign policy and its diplomatic and consular relations. The MRE is responsible for the country's participation in trade, economic, technical and cultural negotiations with foreign governments and entities, as well as supporting Brazilian delegations in international and multilateral agencies and organizations. The MRE is also responsible for promotion international cooperation and Brazil's foreign trade. Regarding this last function, it is important to mention MRE's Trade Defense and Safeguards Division, responsible for advising the Ministry on issues regarding trade defense.

Lastly, the Ministry of Finance is responsible the monetary and fiscal policy. It plays an important role in the foreign trade defense by controlling the entry and exit of products in Brazil and by, via "Receita Federal", the Brazilian Internal Revenue Service, collecting the anti-dumping, safeguards and countervailing duties applied by CAMEX.

---

[16] Available at: <http://portal.siscomex.gov.br/legislacao/orgaos/secretaria-de-comercio-exterior-secex>. Viewed: 25 June 2018.

2.2.4. Methodology for Market Analysis

Regarding the methodology for market analysis, DOMINGUES argues that, in the trade defense system, in order to apply an anti-dumping measure, for example, "the analysis is based on the definition of the 'domestic industry'" (DOMINGUES, 2017, page 402). The term 'domestic industry' is defined in Article 4 of the Anti-Dumping Agreement, and refers to "the domestic producers as a whole of the like products or those of them whose collective output of the products constitutes a major proportion of the total domestic production of those products"[17].

3. Competition policy and trade defense: theoretical interactions

Many are the scholars and institutions that acknowledged the possible interactions between competition and trade defense policies. LEVINSOHN, for instance, uses the case bellow to illustrate how these policies may dialogue with each other:

> As a first example of interactions between trade and competition policy, consider the case of a country which implements a very restrictive competition policy. Firms which might previously have colluded or merged are now forced to compete. In a standard neoclassical economic framework, the stricter policy, absent returns to scale, learning, or other synergies, would increase economic welfare. Monopoly or oligopoly profits would shrink and consumer surplus rise by more than the decline in profits. How might trade policy alter this desirous outcome? If firms produce differentiates products, as in the case in most manufacturing industries, and compete with one another by setting prices, an export tax or import tariff has the effect of raising prices and profits at the expense of consumers. In an oligopoly, this trade policy has the effect of implicitly moving firms closer to a collusive equilibrium – exactly opposite the goal of the restrictive competition policy. Suppose, then, that a tariff or export tax is implemented as competition policy in strengthened. Then, if trade policy is not considered when competition policy is made more strict, the consumer gains to

[17] Available at: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp_01_e.htm>. Viewed: June 25, 2018.

> competition policy reform are diminished. (LEVINSOHN, 1994, pages 14-15)

DOMINGUES argues that not only there is a tightly interwoven relation between these polices, but also this relation is old and goes back to the historical bases of law and commerce[18]. Given that, MACERA mentions the removal of competitive barriers as the common objective of competition and trade defense policies[19]. STEPHAN goes further and defends that these policies may even become the same subject[20].

---

[18] DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência e Comércio Internacional: Reflexões Sobre as Duas Faces da Mesma Moeda. In: LIMA, Cintia Rosa Pereira de; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARRARA, Thiago. O Direito Brasileiro em Evolução: Estudos em homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. São Paulo: Almedina, 2017. Chapter. 18, pages 393-407, page 394.

[19] MACERA defends that "competition policy and trade liberalization policy have common objectives, once both of them seek to remove competitive barriers. Competition policy protects the competitive process, not competitors, maximizing economic efficiency (allocative, distributive and dynamic), which reflects in efficient prices, superior product quality and innovation. The trade liberalization policy focuses on the facilitation of market access, through the reduction of tariffs or quantitative restrictions and the elimination of barriers to foreign direct investment" (in MACERA, Andrea Pereira. A interação entre antitruste e antidumping: problema ou solução? SEAE/MF Documento de Trabalho No. 4971, 1994, page 5).

[20] STEPHAN defends that "In a world where international trade occurs, competition and trade policy also become the same subject. Trade policy at its heart involves choices over the level of competition between domestic and foreign producers a state will permit or encourage. […] Absent a closed economy, competition and trade policy are the two sides of the same coin" (STEPHAN, Paul B. Competitive Competition Law? An Essay Against International Cooperation. University of Virginia Law & Economics Research Paper No. 03-3, Spring, 2003, page 4).

The World Trade Organization (hereinafter WTO) itself also recognized the relationship of trade and competition policy, specifically to development and economic growth[21-22]:

> [C]ompetition policy and trade liberalization play complementary roles in promoting efficiency, consumer welfare,

---

[21] WTO. Synthesis paper on the relationship of trade and competition policy to development and economic growth, WT/WGTCP/W/80, 18 September, 1998. Available at: <https://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm>. Viewd: 24 June 2018. The paper discusses the relationship of trade and competition policy to development and economic growth. It provides the reasons competition law and policy have been implemented in developing market economies, the interconnections between trade and competition policy in fostering sound economic development, the reservations and/or practical considerations regarding the need for and/or design and application of competition law and policy in developing market economies, and the role of international co-operation in facilitating the implementation of competition policy in developing countries. With respect to the interconnections between trade and competition policy in fostering sound economic development, the paper addresses: (1) the complementarity between trade liberalisation and competition policy in promoting economic efficiency, development and growth; (2) whether open trade and investment policies effectively substitute for competition policy; and (3) whether there are welfare tradeoffs between enforcing competition legislation and attaining "critical mass" for firms to succeed in international markets. On the third main topic, the paper discusses concerns that transition to a competition-based economy may cause social and economic dislocation, whether a competition law needed to be comprehensive, and the priorities for implementing competition law and policy in developing market economies.

[22] In the same sense, ABBOTT and SINGHAM argue that "international trade policy and competition policy, properly applied, are mutually reinforcing methods for promoting welfare" (in ABBOTT, Alden F.; SINGHAM, Shanker. Competiton Policy and International Trade Distortions. In: C. Herrmann et al. (eds.), European Yearbook of International Economic Law (EYIEL), Vol. 4 (2013), European Yearbook of International Economic Law 4. pages 22-37, page 23). According to these authors, "[c]hanges to trade laws and regulations that reduce or eliminate national barriers to trade and investment (such as high tariffs, quotas, and investor nationality restrictions) promote welfare-enhancing contractual relations that expand trade and, more generally, raise aggregate welfare in the liberalising nations. The benefits of trade liberalisation are magnified by competition law rules that lower the incidence of consumer welfare-reducing restrictions on the competitive process" (pages 3 and 4).

> growth and development. Trade policy fosters these goals primarily through the reduction of government-imposed barriers to international commerce, while competition policy addresses principally anti-competitive practices of enterprises that impede access to, or the efficient functioning of, markets. Neither instrument is likely to be fully successful in the absence of the other. (WTO, 1998, page 11)

Therefore, in the words of LEVINSOHN, "[...] neglecting interactions between the two types of policies may provide misleading policy guidelines. Trade and competition policies typically promote competing interests"[23-24].

Notwithstanding the studies and statements abovementioned, a question remains: assuming that competition policy and trade defense interact, by what practical means have they done that, specifically in Brazil? Section 4 is specifically devoted to answer this question.

4. Empirical research: practical interactions under CADE's jurisprudence

Having in mind the particularities of competition policy and trade defense policy, this section focus on the analyses of the practical interactions between International Trade and Competition Policy under Cade's jurisprudence and is subdivided in the following topics: (4.1) methodology; (4.2) type of proceeding; (4.3) interconnections.

4.1. Methodology

Initially, the author conducted a keyword research, aiming to identify Cade's cases that contain an "international bottleneck", in other

---

[23] LEVINSOHN, James. Competition Policy and International Trade. National Bureau of Economic Research. Working Paper No. 4972, 1994, page 12.

[24] Likewise, HOEKMAN defends that "effective antitrust enforcement against firms with global market power requires a certain degree of harmonization of rules and cooperation between national enforcement agencies, both to be effective and to reduce compliance costs and uncertainty for multinational businesses. (HOEKMAN, Bernard. Competition Policy and Preferential Trade Agreements. World Bank and Center for Economic Policy Research, 1998, page 1)

words, a connection with matters of trade defense. The search was carried out on Cade's platform for public research, SEI[25], and the keywords used were: "MDIC", "CAMEX", "DECOM", "SECEX", "dumping", "subsidy" (in Portuguese, *subsídio*) and "safeguards" (in Portuguese, *salvaguarda*). From the sample collected in the keyword research, the author excluded all the cases in which the trade defense authorities contributed exclusively with the production of evidence[26]; as well as the cases that have not yet been judged by Cade's Tribunal.

After this filter, the final sample contained 29 cases, from which the following data was extracted: (i) type of proceeding; (ii) case number and reporting commissioner; (iii) trial date and Law applied; (iv) parties; (iv) relevant market; (v) legal matter; and (vii) interconnection. A table with all this data is available at the end of the article (see Annex 1).

The results obtained will be presented below in accordance with the following division: (4.2) type of proceeding and (4.3) interconnections.

4.2. Type of proceeding

Between the 29 competition cases that also involve matters of trade defense, 62% referred to merger and acquisition operations (18), 31%

---

[25] Available at: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa= protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Viewed: 23 June 2018.

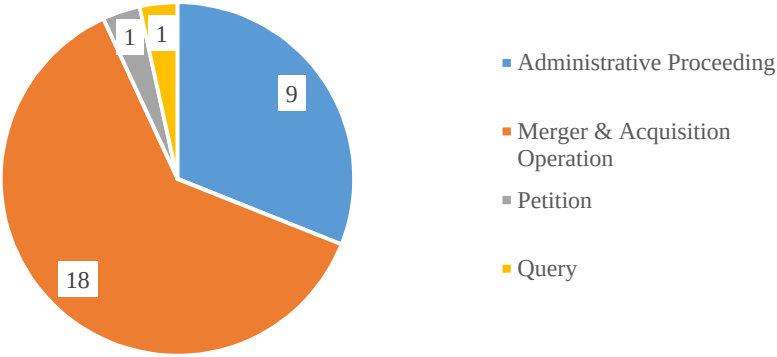
[26] In many cases, the international commerce and trade defense authorities were invited to directly provide information on, for example, the volume of imports or exports of a particular product. In other cases, the informations were indirectly obtained, which is, extracted from *Sistema AliceWeb* (http://aliceweb.mdic.gov.br), MDIC's database with statistical data on Brazilian foreign trade. Given that, when the keywords "MDIC", "CAMEX", "DECOM" and "SECEX" were related **exclusively** with the direct or indirect provision of information and evidence, the case was excluded from the sample.

to administrative proceedings (9), 3% to queries[27] (1) and 3% to petitions[28] (1). Therefore, there is a clear prevalence of merger and acquisition cases.

[27] The query is the legal instrument by which any interested party may request Cade's position on the application of the Competition Law to a specific and concrete situation. According to Law 12.529/11, Article 9, paragraph 4, "the Tribunal may answer queries about ongoing practices". The complementary rules on the query procedure was defined in the Resolution nº 12/2015 (available at: <http://www.cade.gov.br/noticias/tribunal-do-cade-homologa-resolucao-sobre-consultas-ao-orgao/resolucao-12-17-03-2015.pdf>; viewed: 23 June 2018). The query case involved the Brazilian Pet Industry Association ("Abipet", in its acronym in Portuguese), which requested Cade's pronouncement regarding the competition impacts of the import of PET preform from Uruguay, Paraguay and Argentina under the Mercosur's Rules of Origin and the drawback regime. Cade's Tribunal, however, understood that the request involved matters of trade defense rather than competition policy and decided to send the case thereto MDIC. For more details on this case, see Annex 1.

[28] In accordance with Cade's Internal Regulation ("RICADE", in its acronym in Portuguese), "files which do not have a specific classification and are neither ancillary or incidental shall be included in the class Petition (Pet), if they contain a request" (Article 35.I). Available at: <http://en.cade.gov.br/topics/legislation/internal-regulation/internal-regulation-of-the-administrative-council-for-economic-defese2013ricade.pdf/view>.
Viewed: 23 June 2018. The petition case involved Itap Bemis Ltda., which requested Cade's analysis and pronouncement regarding the competition impacts of an anti-dumping measure that could be applied by CAMEX. Despite the similarities with query pleadings, the present case did not involve an "ongoing practice": the trade defense measure under analysis had not yet been applied. Therefore, this case was classified as a Petition. For more details on this case, see Annex 1.

Chart 1. Type of Proceeding



Source: own elaboration based on data from Cade's platform for public research (SEI).

The clear predominance of merger and acquisition operations (62%), specifically in comparison with administrative proceedings (31%), can be explained by the differences between the old and the new Brazilian competition regulations.

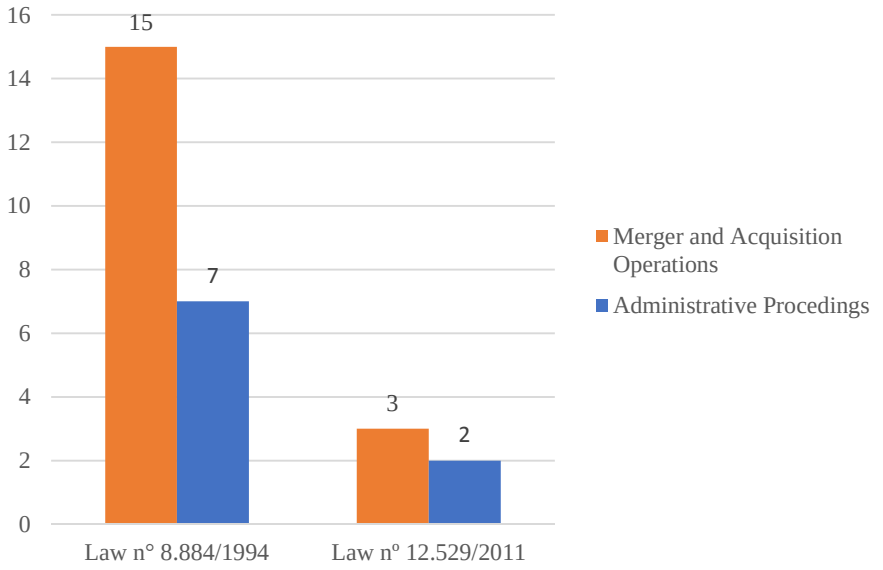
As mentioned above (topic 2.1.2 *supra*), Brazilian competition policy was regulated by Law nº 8.884 from 1994 until 2011. This Law provided a post notification system of merger cases and there was no fast-track proceedings of analysis. Given that, official data indicates that, from the years 2000 and 2012, approximately 95% of Cade's Tribunal decisions related to merger cases, whilst only 3% referred to unilateral conducts and 2% to concerted conducts[29]. Therefore, considering that the Brazilian competition policy was regulated for almost 20 years by the old Law, it is easy to understand the considerable predominance of merger and acquisition operations.

With the advent of the new Competition Law, which entered into force at the beginning of 2012, the scenario above started to change. The

[29] OCDE. Contribution from Brazil (Amanda Athayde, Eduardo Frade e Diogo Thomson). Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. 4-5 April 2017, Managua, Nicaragua, pages 2 and 3. Available at: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf>. Viewed: 13 September 2018.

new Law established a pre-merger notification system and a fast track proceeding for merger cases that knowingly raise no competitive concerns. Consequently, after some transition period (2012 and 2013), it is possible to notice a major shift in the percentages: between 2014 and 2016, only 30% of Cade's Tribunal decisions related to merger cases, 15% to unilateral conducts and 55% to concerted conducts (i.e., 70% regard anticompetitive conducts)[30]. The cases under analyzes in the present article also show the considerable decrease in the number of merger and acquisitions among Cade's cases after the entry into force of Law 12.529/2011 (Chart 2 *infra*).

Chart 2. Merger and Acquisition Operations V. Administrative Proceedings With Regards to Applied Law



Source: own elaboration based on data from Cade's platform for public research (SEI).

[30] Idem.

4.3. Interconnections

The study of the relevant cases showed that the dialogues between competition policy and trade defense occurred in four different ways: (4.3.1) debates and pronouncements regarding competence – type (I); (4.3.2) use of trade defense measures to discuss and establish the relevant market – type (II); (4.3.3) acknowledgement of imports as mechanism to contest market power and improve competition – type (III); and (4.3.4) use of trade defense measure to maintain and/or increase market power – type (IV).

4.3.1. Debates and pronouncements regarding competence – type (I)

The first type of interaction refers to competence matters and appears in nine different cases. In the leading case[31], judged on 1998, Biobrás Bioquímica required Cade's analysis and pronouncement concerning an alleged dumping by Novo Nordisk S/A. According to Biobrás, Novo Nordisk was selling insulin with export prices to Brazil lower than for South Korea and Israel. However, Cade acknowledged that, since Law nº 8884/94, dumping does not constitute an anti-competitive infringement; therefore, it is beyond its competence[32]. The investigation of dumping measures is currently DECOM's responsibility. Other two cases directly reinforced this statement[33].

---

[31] Administrative Proceeding nº 132/93. Trial date: July 15, 1998.

[32] Under Law n° 8.158/1991, it was an anti-competitive infringement to import, export or market products below the price practiced in the exporting country jeopardizing a competitor established in Brazil (Article 3, subsection XIV). Because of this provision, dumping could be investigated and judged by Cade, concurrently with the investigation in the Ministry of Foreign Trade. With the Law n° 8.884/94, the analysis of dumping practices was no longer Cade's competence. Article 91 of Law nº 8884/94: "What is set forth in this Law shall not apply to cases of dumping and subsidies referred to in the Agreements Regarding the Implementation of Article VI of the General Agreement on Custom Fees and Trade, duly enacted by Decrees No. 93941 and 93962, of January 16th and 22nd, 1987, respectively". Cade's new Law (Law nº 12.529/11) maintains this same article under nº 119.

[33] Administrative Proceeding n° 56/92. Trial date: August 26, 1998; Administrative Proceeding n° 08000.013002/1995-97. Trial date: May 30, 2001

Still in regards to dumping, the Administrative Proceeding nº 08012.007412/1999-93[34] debated the differences between this conduct and predatory pricing. The reporting commissioner stated that dumping is a matter of foreign trade and takes place when an economic agent charges a price internally lower than that charged in the country of origin of the product. In the other hand, predatory pricing is the deliberate practice of fixing prices below cost in order to eliminate competitors to exploit the market power arising from the predatory practice. Given these distinctions, the commissioner concluded that dumping and predatory pricing can occur simultaneously. Nevertheless, the investigations on the practice of dumping are conducted by DECOM/SECEX, while the investigations on predatory pricing are conducted by Cade.

In other moment, the Competition Authority defended the possibility of Cade expressing its views on the trade defense measures that might negatively affect the competition policy, including antidumping measures. The first case acknowledging this position[35] involved Itap Bemis Ltda., which requested Cade's analysis and pronouncement regarding the competition impacts of an anti-dumping measure that could be applied by CAMEX to the BOPP (biaxially-oriented polypropylene)[36] film market. However, the reporting commissioner pointed out that the antidumping measure of the case had not yet been applied, therefore it would be unfeasible to estimate its effects on the domestic market. Even though the case was filled, it is important to note that Itap's requirement is the first case of a request for prior analysis by the Competition Authority of the effects of a trade defense measure. The second case[37] involved the Brazilian Pet Industry Association ("Abipet", in its acronym in Portuguese), which requested Cade's pronouncement regarding the competition impacts of the import of PET preform[38] from Uruguay,

---

[34] Trial date: July 27, 2011.

[35] Petition n° 08700.001571/2009-22. Trial date: October 7, 2009.

[36] BOPP films are used in the manufacture of products such as: (i) lightweight packaging for food, hygiene products and cigarettes; (ii) labels, stickers and packaging for paper; (iii) and adhesive tapes used for packaging and making diapers.

[37] Query nº 08700.001710/2012-13. Trial date: October 23, 2013.

[38] PET preform is an item in the form of a tube (with thread), which will later be blown to attain the final shape of the product, a bottle, a pot, a bottle, and the absolute majority of existing PET packages. Available at:

Paraguay and Argentina under the Mercosur's Rules of Origin[39] and the drawback regime[40]. Cade's Tribunal, however, understood that the request involved exclusively matters of trade defense and decided to send the case thereto MDIC. Despite that, the commissioner argued that, since trade defense measures can negatively affect competition, Cade is competent to give pronouncements regarding these commerce policies.

In the Administrative Proceeding nº 08012.009462/2006-69[41] it was stated that it is not Cade's competence to determine the legality of trade measures and commercial agreements. According to the reporting commissioner, Cade's role is to examine whether, notwithstanding its lawfulness, the trade measure or agreement could subvert competition.

Other case[42] recognized that the information and evidences collected in a trade defense proceeding (an anti-dumping proceeding in MDIC, for example) could not support the establishment of an administrative proceeding at Cade, since the legal competence of this authority is limited to the analysis of anti-competitive infringements. However, the information arising from an trade defense proceeding can be

---

<http://www.abipet.org.br/index.html?method=mostrarInstitucional&id=47>. Viewed: 25 June 2018.

[39] "Rules of Origin are a set of rules establishing requirements that must be met in order for a product to be considered as originating in a given country. The main reason for having these rules is to determine whether the merchandise is eligible for tariff preferences granted by the MERCOSUR agreements". According to Mercosur's Rules of Origin Regime, for products to be considered from Mercosur, 60% of their inputs must be produced inside the country. Available at: <http://arq.apexbrasil.com.br/portal/Anexo5.pdf>. Viewed: 23 June 2018. For extra information regarding Rules of Origin, see: https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/sem_nov03_e/estevadeordal_paper_e.pdf

[40] The Drawback Regime, created by Decree-Law nº 37/66, is the import tax exemption linked to an export commitment (available at: <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/drawback/drawback-suspensao-integrado>; viewed: 23 June 2018). Therefore, the drawback offers fiscal and tax incentives to promote the export of manufactured goods (excerpt nº 139 from the reporting commissioner's vote).

[41] Trial date: August 19, 2015.

[42] Administrative Proceeding nº 08012.007189/2008-08. Trial date: December 4, 2013.

used to collect data of an anti-competitive infraction (for example, predatory pricing).

Finally, in the Merger and Acquisition Operation nº 08012.001205/2010-65[43], the Brazilian Association of the Plastic Industry ("Abiplast"), third party, requested Cade to order Braskem, Applicant, to refrain from requesting and/or supporting new trade defense measures in the thermoplastic resins sector, given that this market already had barriers to imports entry (high import tax and antidumping measure). Given that any change in the commercial conditions (e.g. imposition of anti-dumping measures or increase on import taxes) could vary the relevant market definition and affect the efficiency of the competition analysis, the reporting commissioner stated that this situation and Abiplast's request should better be analyzed by DECOM. Nevertheless, DECOM decided that any problems related to monopoly formation and price increase in the thermoplastic resins market would be a matter for competition law and unrelated with trade defense postulates. Given that, the reporting commissioner decided that it is not incumbent upon Cade to make any pronouncement on Abiplast's requirement. This case is interesting cause it shows that, despite Cade's debates and pronouncements regarding competence limits, there is still a grey zone in which the roles of the competition authority and trade defense authorities remains dubious.

Nevertheless, Cade's jurisprudence regarding competence lead to five important conclusions. Firstly, that the investigation of dumping is not Cade's competence since Law nº 8884/94, given that dumping does not constitute an anti-competitive infringement. Secondly, that dumping and predatory pricing are different conducts and can occur simultaneously; however, the dumping will be investigated by DECOM/SECEX and the predatory pricing, by Cade. Thirdly, Cade is competent to express its views on the trade defense measures that might negatively affect the competition policy. Fourthly, Cade's competence is not to determine the legality of a trade measure/agreement, but rather to analyze whether, notwithstanding its lawfulness, the commercial measure/agreement harmed the competition. Fifthly, Cade can use information and evidence from a trade defense proceeding in MDIC to gather data about an anti-competitive infringement without harming the division of competences.

[43] Trial date: February 24, 2011.

4.3.2. Use of trade defense measures to discuss and establish the relevant market – type (II)

The second type of dialogue between competition policy and commercial policy regards to the use of trade defense measures to analyze and define the relevant market.

As mentioned above (topic 2.1.4 *supra*), the definition of relevant market "is one of the most important analytical tools to examine and evaluate the competitive constraints". It encompasses two main steps, namely, the definition of a relevant product and of a relevant geographical dimension.

In two of the analyzed cases, the competition authority directly used a measure of trade defense to establish the geographic relevant market. In the Administrative Proceeding nº 08000.013002/1995-97[44], in order to reinforce his understand that the relevant market was domestic rather than regional, the reporting commissioner argued that "one fact confirming that the domestic market is a market distinct from that of other regions is that DECOM has identified dumping. This confirms that there is no market covering Brazil and the USA, or Brazil and Europe, or a world market, because the existence of different prices in these markets presupposes that they are separate markets". In its turn, in the Merger and Acquisition Operation nº 08700.004163/2017-32[45], the reporting commissioner resorted to international trade regulations to define the relevant geographic market for PET resin. According to the commissioner: "Regarding the PET resin market, importation became impracticable due to high import barriers, so the domestic producers of PET preforms buy mainly PET resin produced in Brazil. Indeed, (i) the import tax on PET resin is 14% (although there are differentiated rates for Mercosur (0%) and Mexico); (ii) there are anti-dumping measures against companies in China, India, Indonesia, Chinese Taipei (Resolution CAMEX n° 121/2016) and (iii) producers of PET resin preforms in the Manaus Free Zone, in order to receive a tax benefit, must use a minimum of PET resin from domestic production (Interministerial Ordinance MDIC/MCT nº 187/2015)". Given that, she established Brazil as the relevant geographic market for PET resin.

[44] Trial date: May 30, 2001.

[45] Trial date: February 7, 2018.

In two other cases, Cade acknowledged that the advent of new trade defense measures may change the context in which a merger, acquisition or requirement was analyzed. Consequently, it can negatively affect the efficiency of Cade's decisions. In the already mentioned Merger and Acquisition Operation nº 08012.001205/2010-65, involving Abiplast (third party) and Braskem (applicant), the reporting commissioner stated that any change in the commercial conditions of the case (by, for example, the imposition of anti-dumping measures or the increase import taxes) could vary the relevant market definition. As consequence, it could modify the main reason for the approval of this operation, since imports may become less viable, reducing in the future the degree of rivalry between the domestic market and the external market. Ultimately, it could cause losses to consumers who would not be able to use international suppliers. In the Merger and Acquisition Operation nº 08700.009988/2014-09[46], the reporting commissioner argued that, until his analysis of the case, no anti-dumping barriers were imposed on painting products. This means that the context in which the markets were defined and the conditions of entry, rivalry and efficiencies we analyzed did not took into consideration current or future tariff barriers. Thus, in the event of future establishment of anti-dumping measures against painting accessories, the market structure of this operation will be changed and a new evaluation of the Acquisition Operation may be necessary.

In summary, these cases lead us to the conclusion that trade defense measures may have a clear and considerable impact on relevant market definition and, consequently, to the effectiveness of Cade's decisions. The recognition of this tightly interwoven relation between competition policy and trade defense may provide clearer and more effective decisions and policy guidelines.

4.3.3. Acknowledgement of imports as mechanism to contest market power and improve competition – type (III)

The third type of interaction refers to the recognition of imports as a mechanism of contesting market power and improving competition in the markets. This kind of interaction appeared in fifteen cases, thus it was the most frequent one.

[46] Trial date: September 2, 2015.

It is interesting to note that in eleven[47] of these cases, the Competition Authority not only acknowledged the interaction between imports, market power and competition, but also sent a recommendation to MDIC, SECEX, CAMEX, SEAE and/or the Ministry of Foreign Affairs requesting the reduction of the import tariff of some products. For example, the Merger and Acquisition Operations nos 08012.000497/2000-01, 08012.004904/2000-97 and 08012.007454/2000-49[48]. In these cases, the reporting commissioner concluded that in the central region of Brazil, due to high transportation costs, the import of phosphate rock is practically non-existent. In addition, imports of phosphate fertilizers, at best, would be close to 20%. Considering that the Applicants themselves carry out a large part of the imports of phosphate fertilizer, these imports could not be considered as an antidote to anti-competitive behavior perpetrated by the Applicants. Given that, the Tribunal followed the reporting commissioner's vote to send to MDIC a suggestion to reduce the import tax on all phosphate fertilizers to zero, in order to increase the degree of contestability of the imports. The acquisition was approved but conditioned to the signing of a Performance Agreement ("TCD", for its acronym in Portuguese). Another example is the Merger and Acquisition Operation nº 08012.001885/2007-11[49], in which the reporting commissioner made it clear that "the greater the volume of imports and/or the possibility of importing, the smaller the probability of the exercise of market power". Given that, he voted to send a notification to CAMEX suggesting not only (i) the creation of a different tariff classification for one of the sub-types of glass fibers but also (ii) the reduction of the import tax from 12% to 2%.

---

[47] Merger and Acquisition Operation nº 08012.000207/2002-27. Trial date: March 12, 2003; Merger and Acquisition Operationa nos 08012.000497/2000-01, 08012.004904/2000-97 and 08012.007454/2000-49. Trial date: February 4, 2004; Merger and Acquisition Operation nº 08012.001885/2007-11. Trial date: March 13, 2007;

Merger and Acquisition Operation nº 08012.009843/2005-67. Trial date: April 11, 2007; Merger and Acquisition Operation nº 08012.001637/2007-71, 08012.010195/2004-19 and 08012.010192/2004-77. Trial date: August 8, 2008; Merger and Acquisition Operation nº 08012.004385/2006-51. Trial date: April 9, 2008; Merger and Acquisition Operation nº 08700.004083/2012-72. Trial date: November 20, 2013.

[48] Trial date: February 4, 2004.

[49] Trial date: March 13, 2007

In the four remaining cases, there was also a debate regarding the ability of imports to contest market power and increase competition, as well as a recommendation to MDIC/SECEX reduce import taxes (first three cases bellow) or to refrain the Applicants from requesting trade defense measures (fourth case bellow). However, for distinct reasons, these understandings and recommendations were not followed by Cade's Tribunal.

In the Merger and Acquisition Operation nº. 08012.011518/2006-45[50], for example, SEAE understood that "recommending SECEX to reduce the import tax of the products involved in this operation from 16% to 0% is essential to guarantee competition in the relevant markets". Nevertheless, the reporting commissioner believed that "imports, once being mechanisms for disciplining the domestic market, are a viable alternative for customers of piston rings, bearings and cylinder liners". Therefore, SEAE's recommendation was not incorporated in the Tribunal's final decision. In the Merger and Acquisition Operation nº 08012.00939/2007-97[51], ProCade suggested sending a recommendation to SECEX regarding the possibility of revising abrasive grinder's import tax, since the market of abrasive grinder production was highly concentrated and imports have the ability to contest market power. However, the reporting commissioner understood that there is a significant production of abrasive grinder in Argentina, so any eventual reduction of the applicable Common External Tariff[52] ("TEC", for its acronym in Portuguese) tax would discourage intra-bloc trade, generating possible protests by Mercosur partners. The Tribunal followed the reporting commissioner's vote and the acquisition was approved without restrictions. In the

[50] Trial date: May 21, 2008.

[51] Trial date: July 9, 2008.

[52] Mercosur's Common External Tariff was adopted in 1995 (Treaty of Asuncion), based on the Mercosur's Common Nomenclature (NCM, in its acronym in Portuguese). "According to the established guidelines, the TEC should encourage the competitiveness of the States Parties and their tariff levels should contribute to avoid the formation of oligopolies or market reserves. It was also agreed that the TEC should meet the following criteria: a) have a small number of rates; b) low dispersion; c) greater possible homogeneity of rates of effective promotion (exports) and effective protection (import); d) that the level of aggregation for which the rates would be defined was six digits". Available at: <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/estatisticas-de-comercio-exterior-9>. Viewed: 25 June 2018.

Administrative Proceeding nº 08012.004086/2000-21[53], commissioner Luiz Carlos Delorme Prado determined that MDIC should be informed that, to increase competition in the domestic market, it would be advisable (i) to maintain low import rates and (ii) to change the technical norm NBR 7480 (which adopted the CA-50 rebar as the national standard) and adopt the international standard (CA-40). However, his recommendation also was not covered in the Tribunal's final decision. Finally, in the Merger and Acquisition Operation nº 08700.001437/2015-70[54], Sirona, third party, requested that, should the merger be approved, the Applicants "must be obliged to refrain from requiring any trade defense measure that would prevent or impede imports of dental products for 5 years". However, according to the reporting commissioner, the relevant geographic market was national; therefore, imports would play a minor role. Additionally, the continuous devaluation of the Brazilian currency against American dollar in the last 12 months suggests a natural barrier to imports. Thus, compliance with Sirona's requests would have little or no effect on the possible anti-competitive effects generated by any trade defense measure. Given that, the reporting commissioner voted for the approval of the merger but conditioned to the adoption of a Merger Control Agreement, which did not include Sirona's requests. The Tribunal followed his vote.

Even though it these last mentioned cases Cade decided not to incorporate in its final decisions the recommendations to send the case to the international trade and commercial defense authorities or to refrain the Applicants from demanding trade defense measures that could impede imports, they were relevant to demonstrate the interactions between competition policy and trade defense.

Together, all these cases demonstrate the relevance of imports as a means of challenging market power and increasing competition, as well as the influence of tariff barriers on the possibility that imports are considered viable alternatives for domestic consumers.

[53] Trial date: September 23, 2005.

[54] Trial date: November 25, 2015.

4.3.4. Use of trade defense measure to maintain and/or increase market power – type (IV)

Finally, the fourth type of dialogue between competition policy and commerce policy regards to the use of trade defense measures to maintain and/or increase market power. This type of interaction appeared in five cases.

The leading case was the Merger and Acquisition Operation nº 08012.007861/2001-81[55], which refers to the acquisition by Novo Nordisk of the shares of Biobrás SA, formerly owned by Biopart and its shareholders. The reporting commission acknowledged that the national market of insulin was highly concentrated, therefore, in order to approve the acquisition, it was important to evaluate if there were actual or potential competitors in the Brazilian market. According to the commissioner, Ely Lilly was the main rival of the Novo Group, since it had significant market share in the private sector and a consolidated distribution network. However, as a result of a dumping investigation requested by Biobrás S/A, Ely Lilly had to sign a price commitment with DECOM, which determined that Ely Lilly should sell its medicines containing American and French insulin at a price higher than an agreed cost. Important to mention that the dumping investigation also resulted in the imposition of an anti-dumping measure against Danish insulin imports, including those effected by the Novo Group. Nevertheless, the antidumping duty applied on Danish imports was suspended by a judicial decision. Therefore, in practice, Ely Lilly was the only player in the Brazilian market subject to some type of trade restriction. Given this scenario, the reporting commissioner acknowledged that Ely Lilly's competitive capacity was considerably limited by the price commitment. In this sense, it would be possible that the Novo Group took advantage of the price commitment to exclude Ely Lilly, its main competitor, from the market. Therefore, the commissioner decided to, apart from approving the operation without restrictions, send a notification to DECOM stressing the need to review the imposition of a price commitment to Ely Lilly.

In another case[56], SDE argued that the pursuit of protection against unfair international trade practices could not be understood in itself

[55] Trial date: June 25, 2003.

[56] Administrative Proceeding nº 08012.008088/2003-31. Trial date: April 11, 2007.

as the creation of artificial barriers in the market. This statement regarded an anti-dumping duty requested by Unigel and granted by CAMEX. Given the trade defense measure, the input methyl methacrylate, when coming from major international suppliers (Germany, France, Spain and the United Kingdom), would be subject to measures to avoid dumping. SDE understood that, although the anti-dumping measure was capable of strengthening Unigel's market power, it was not proved that this was part of a strategy to exclude competitors from the acrylic sheets market. However, if this were the case, Unigel's rivals, without access to the imported product and being forced to purchase essential inputs at higher prices, would have their business stifled. The case was filled.

In the Merger and Acquisition Operation nº 08700.004083/2012-72[57], it was acknowledged that Oxiteno (Applicant) was the only national producer of fatty alcohol ethoxylated ("ALE"), a basic input for sodium lauryl ether sulfate ("LESS") production. Therefore, competitors in the LESS market depend on the ALE provided by Oxiteno, considering that the importation of ALE and/or the construction of a factory is too costly and improbable. To aggravate the situation, the importation of ALE became even more improbable when the import tax increased from 14% to 20% in 2012 (CAMEX Resolution nº 70), as a result of Oxiteno's solicitation to MDIC. After analyzing the case, SG concluded that Oxiteno's request for an increase in the import tax had the goal to prevent a decrease of its power in the upstream market.

The fourth case in which it was possible to identify a dialogue between competition policy and commerce policy regarding the use of trade defense measures to maintain and/or increase market power is the Merger and Acquisition Operation nº 08700.009988/2014-09[58]. In order to see the acquisition approved, the Applicants proposed the following remedy: "not to request, without prior authorization from Cade, anti-dumping measures against importers of paint brushes, rollers and accessories". The reporting commissioner acknowledged the importance of such remedy to prevent the Applicants from hindering the entry of imported products and restricting competition, given that an anti-dumping

[57] Trial date: November 20, 2013. This operation involves the manufacturing market of chemical components such as sodium lauryl ether sulphate (LESS), linear alkylbenzene sulphonate (LAS), and lauryl alcohol ethoxylate (LAE), used in the production of household cleaning and personal hygiene products like detergents, washing powders, shampoos and liquid soaps.

[58] Trial date: September 2, 2015.

measure could lead to higher prices for imported products and higher entry barriers.

Finally, the last case refers to the condemnation of a cartel in the marine salt market[59]. The reporting commissioner pointed out that several evidences in the case show that the cartel tried to stop salt imports into Brazil, especially Chilean salt. Among other strategies to avoid competition, the cartelized companies considered the taxation on imported salt. Given the existence of an anti-dumping measure applied to the Chilean saline market under review by CAMEX (Case nº 12.120.000.173/2017-05), the reporting commissioner decided to submit a copy of the vote thereto DECOM and CAMEX, believing that the outcome of present case could be useful for CAMEX's decision on the trade defense measure.

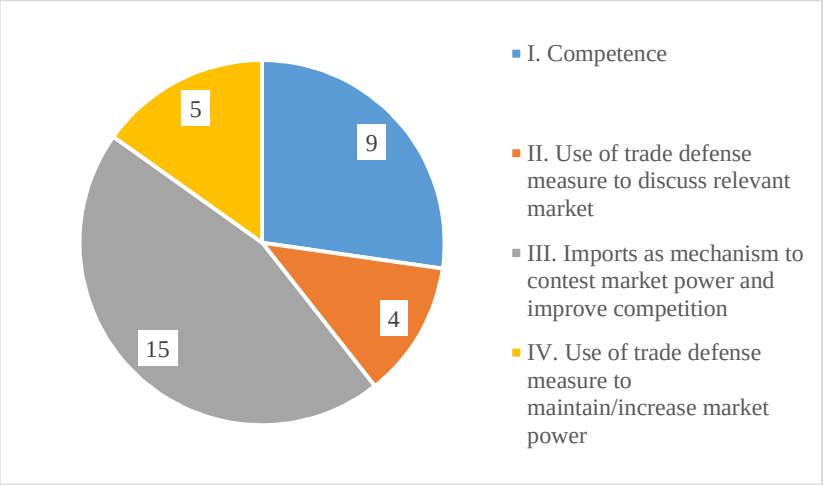
4.3.5. Brief summary and conclusion

In summary, these cases elucidate the possibility that trade defense measures are used to facilitate practices that exclude competitors and consolidate market power.

In view of the above, it is possible to conclude that Cade's jurisprudence shows that the dialogues between competition policy and trade defense already occurred in four different ways. Firstly, through debates and pronouncements regarding competence. This type of interaction appeared 9 times (27%). Secondly, by the use of trade defense measures to discuss and establish the relevant market (4 - 12%). Thirdly, through the acknowledgement of imports as mechanism to contest market power and improve competition (15 - 45%). Finally, by debates regarding the possibility of using trade defense measure to maintain and/or increase market power (5 - 15%).

[59] Administrative Proceeding nº 08012.005882/2008-38. Trial date: May 23, 2018.

Chart 3. Interconnections

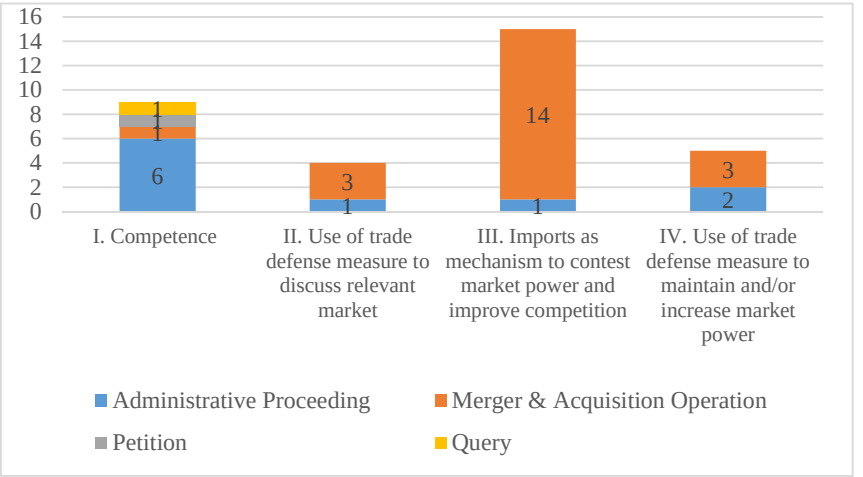


Source: own elaboration based on data from Cade's platform for public research (SEI).

If we analyze the type of interactions together with the type of proceeding, it is possible to verify that the majority of the administrative proceedings (as well as the single cases of query and petition) discussed matters of competence (I). The number of administrative proceedings was less representative in the types (II) and (III) of interaction.

In the contrary, the majority of merger and acquisition operations involved the acknowledgement of imports as mechanism to challenging market power and improving competition in the market (III). The number of merger and acquisition operations was less representative in the types (I) of interaction.

Chart 4. Interconnections v. type of proceeding



Source: own elaboration based on data from Cade's platform for public research (SEI).

5. Conclusion

From the analysis of these cases, it was possible to conclude that, under Cade's jurisprudence, competition policy and trade defense have interacted in four different ways. Firstly, through debates and pronouncements regarding competence. The cases that refer to this type of interaction lead us to five important implications: (i) the investigation of dumping is not Cade's competence since Law nº 8884/94, given that dumping does not constitute an anti-competitive infringement[60]; (ii) dumping and predatory pricing are different conducts and can occur simultaneously; however, the dumping will be investigated by DECOM/SECEX and the predatory pricing, by Cade; (iii) Cade is competent to express its views on the trade defense measures that might negatively affect the competition policy; (iv) Cade's competence is not to determine the legality of a trade measure/agreement, but rather to analyze

[60] Article 91 of Law nº 8884/94: "What is set forth in this Law shall not apply to cases of dumping and subsidies referred to in the Agreements Regarding the Implementation of Article VI of the General Agreement on Custom Fees and Trade, duly enacted by Decrees No. 93941 and 93962, of January 16th and 22nd, 1987, respectively". Cade's new Law (Law nº 12.529/11) maintains this same provision underArticle nº 119.

whether, notwithstanding its lawfulness, the commercial measure/agreement harmed the competition; and (v) Cade can use information and evidence from a trade defense proceeding in MDIC to gather data about an anti-competitive infringement without harming the division of competences.

It was found out that competition policy and trade defense also interact by the use of trade defense measures to discuss and establish the relevant market. These cases lead us to the conclusion that trade defense measures may have a clear and considerable impact on relevant market definition and, consequently, to the effectiveness of Cade's decisions. The recognition of this tightly interwoven relation between competition policy and trade defense may provide clearer and more effective decisions and policy guidelines.

Thirdly, these policies interact through the acknowledgement of imports as mechanism to contest market power and improve competition. These cases demonstrate the relevance of imports as a means of challenging market power and increasing competition, as well as the influence of tariff barriers on the possibility that imports are considered viable alternatives for domestic consumers.

Finally, competition policy and trade defense interact via debates regarding the possibility of using trade defense measure to maintain and/or increase market power. In summary, these cases elucidate the possibility that trade defense measures are used to facilitate practices that exclude competitors and consolidate market power.

References

ABBOTT, Alden F.; SINGHAM, Shanker. **Competiton Policy and International Trade Distortions**. In: C. Herrmann et al. (eds.), European Yearbook of International Economic Law (EYIEL), Vol. 4 (2013), European Yearbook of International Economic Law 4, pages 22 – 37.

BRASIL. Cade. **Cartilha do Cade**. 2016. Available at: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Viewed: 26 June 2018.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Concorrência e Comércio Internacional: Reflexões Sobre as Duas Faces da Mesma Moeda**. In: LIMA, Cintia Rosa Pereira de; SAAD-DINIZ, Eduardo;

MARRARA, Thiago. O Direito Brasileiro em Evolução: Estudos em homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. São Paulo: Almedina, 2017. Chapter. 18, pages 393-407.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HOEKMAN, Bernard. **Competition Policy and Preferential Trade Agreements**. World Bank and Center for Economic Policy Research, 1998.

LEVINSOHN, James. **Competition Policy and International Trade**. National Bureau of Economic Research. Working Paper No. 4972, 1994, p. 12.

MACERA, Andrea Pereira. A interação entre antitruste e antidumping: problema ou solução? **SEAE/MF Documento de Trabalho No. 4971**, 1994.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Cntribution from Brazil (Amanda Athayde, Eduardo Frade e Diogo Thomson).** Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. 4-5 April 2017, Managua, Nicaragua, pages 2 and 3. Available at: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf>. Viewed: 13 September 2018.

_____. **Market Definition**. Policy Roundtables. Paris: OCDE, 2012.

_____. **The objectives of Competition Law and Policy**. Paris: OCDE, 2003.

STEPHAN, Paul B. **Competitive Competition Law? An Essay Against International Cooperation**. University of Virginia Law & Economics Research Paper No. 03-3, Spring, 2003, p. 04.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELELOPMENT (UNCTAD). **Model Law on Competition – Revised Chapter I**. Seventh United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices. Geneve: United Nations, 2015. 11p.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **Synthesis paper on the relationship of trade and competition policy to development and economic growth**, WT/WGTCP/W/80, 18 September, 1998.

_____. Trade Remedies and the WTO. WTO E-Learning. May 2012.

Cases

BRASIL, Cade. Administrative Proceeding n° 132/93. Reporting Commissioner: CALLIARI, Marcelo. Trial date: July 15, 1998.

BRASIL, Cade. Administrative Proceeding n° 56/92. Reporting Commissioner: CALLIARI, Marcelo. Trial date: August 26, 1998.

BRASIL, Cade. Administrative Proceeding n° 08000.013002/1995-97. Reporting Commissioner: MÉRCIO, Felsky. Trial date: May 30, 2001.

BRASIL, Cade. Administrative Proceeding n° 08012.004086/2000-21. Reporting Commissioner: SCALOPPE, Luiz Álberto Esteves. Trial date: September 23, 2005.

BRASIL, Cade. Administrative Proceeding n° 08012.008088/2003-31. Reporting Commissioner: SICSÚ, Abraham Benzaquen. Trial date: April 11, 2007.

BRASIL, Cade. Administrative Proceeding n° 08012.007412/1999-93. Reporting Commissioner: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Trial date: July 27, 2011.

BRASIL, Cade. Administrative Proceeding n° 08012.007189/2008-08. Reporting Commissioner: RUIZ, Ricardo Machado. Trial date: December 4, 2013.

BRASIL, Cade. Administrative Proceeding n° 08012.009462/2006-69. Reporting Commissioner: CHINAGLIA, Olavo Zago. Trial date: August 19, 2015.

BRASIL, Cade. Administrative Proceeding n° 08012.005882/2008-38. Reporting Commissioner: RESENDE, João Paulo de. Trial date: May 23, 2018.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.000207/2002-27. Reporting Commissioner: JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Trial date: March 12, 2003.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.007861/2001-81. Reporting Commissioner: ANDRADE, Thompson Almeida. Trial date: June 15, 2003.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.000497/2000-01. Reporting Commissioner: ANDRADE, Thompson Almeida. Trial date: February 4, 2004.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.004904/2000-97. Reporting Commissioner: ANDRADE, Thompson Almeida. Trial date: February 4, 2004.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.007454/2000-49. Reporting Commissioner: ANDRADE, Thompson Almeida. Trial date: February 4, 2004.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.001885/2007-11. Reporting Commissioner: FURLAN, Fernando de Magalhães. Trial date: March 13, 2007.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.009843/2005-67. Reporting Commissioner: PRADO, Luiz Carlos Thadeu Delorme. Trial date: April 11, 2007.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.001637/2007-71. Reporting Commissioner: AZEVEDO, Paulo Furquim de. Trial date: August 8, 2007.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.010195/2004-19. Reporting Commissioner: SCHUARTZ, Luis Fernando. Trial date: August 8, 2007.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.010192/2004-77. Reporting Commissioner: SCHUARTZ, Luis Fernando. Trial date: August 8, 2007.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.004385/2006-51. Reporting Commissioner: CUEVA, Ricardo Villas Boas. Trial date: April 9, 2008.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.011518/2006-45. Reporting Commissioner: VASCONCELLOS, Luís Fernando Rigato. Trial date: May 21, 2008.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.009939/2007-97. Reporting Commissioner: FURLAN, Fernando de Magalhães. Trial date: July 9, 2008.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08012.001205/2010-65. Reporting Commissioner: CARVALHO, Vinicius Marques de. Trial date: February 24, 2011.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08700.004083/2012-72. Reporting Commissioner: RUIZ, Ricardo Machado. Trial date: November 20, 2013.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08700.009988/2014-09. Reporting Commissioner: JÚNIOR, Márcio de Oliveira. Trial date: September 2, 2015.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08700.001437/2015-70. Reporting Commissioner: SILVEIRA, Paulo Burnier da. Trial date: November 25, 2015.

BRASIL, Cade. Merger and Acquisition Operation n° 08700.004163/2017-32. Reporting Commissioner: SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Trial date: February 7, 2018.

BRASIL, Cade. Petition n° 08700.001571/2009-22. Reporting Commissioner: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Trial date: October 7, 2009.

BRASIL, Cade. Query n° 08700.001710/2012-13. Reporting Commissioner: LUIS, Alessandro Octaviani. Trial date: October 23, 2013.

Annex 1 – Table of Cade's cases in which there is a dialogue between Competition Law and Commercial Defense

TYPE OF PROCEEDING	NUMBER and REPORTING COMMISSIONER	JUDGMENT DATE and LAW APPLIED	PARTIES	MARKET	LEGAL MATTER	INTERCONECTION
Administrative Proceeding	132/93 Marcelo Calliari	July 15, 1998 Law 8.884/94	Biobrás Bioquímica do Brasil S/A v. Novo Nordisk S/A	National market of insulin	Dumping	This leading case acknowledge the **distinction between matters and competences of competition and international trade (I)**. Cade was clear in stating that it was not within its competence to analyze issues regarding import price. The reporting commissioner pointed out that, according to articles 21, XIX and 91 of Law no. 8884/94, the present conduct does not constitute an infringement, since the country where Novo Nordisk S/A is situated, Denmark, is GATT's Anti-dumping Code signatory. Therefore, the **dumping escapes Cade's competence (I)**. The case was filled.

Administrative Proceeding	56/92 Marcelo Calliari	August 26, 1998 Law 8.884/94	Nortox Agro Química S/A v. Monsanto do Brasil Ltda.	-	Dumping	In accordance with his statement in the administrative proceeding no. 132/93, the reporting commissioner stated that, regardless of the actual existence of the dumping, this practice does not constitute an infringement under the Law 8.884/94, since the country where Monsanto is situated, the United States, is a signatory to the GATT Anti-dumping Code. **Dumping, since 1994, is beyond Cade's competence and is currently the DECOM's responsibility (I)**. The case was filled.
Administrative Proceeding	08000.013002/ 1995-97 Mércio Felsky	May 30, 2001 Law 8.884/94	Labnew Indústria e Comércio Ltda. v. Merck S.A. Indústrias Químicas and MB Bioquímica Ltda.	National market of vacuum blood collection tubes	Predatory pricing and creating difficulties for a competitor	The reporting commissioner acknowledged that, **under the context of competition policy, it should not be questioned whether the tubes import costs were found to be dumping (I)**. The dumping on tube imports from USA by Merck and MB was rightly investigated by the competent authority, DECOM, and repaired with an anti-dumping measure. Nevertheless, the commissioner resorted to DECOM's dumping investigation to define the relevant geographic market of the present case. According to the commissioner: "**One fact that confirms** that **the** domestic **market** is a market distinct from that of other regions **is that DECOM has identified dumping (II)**. This confirms that there is no market covering Brazil and the USA, or Brazil and Europe, or a world market, because the existence of different prices in these markets presupposes that they are separate markets".
Merger & Acquisition Operation	08012.000207/ 2002-27 Ronaldo Porto Macedo Júnior	March 12, 2003 Law 8.884/94	Polialden Petroquímica S.A. and Basell USA, Inc.	International market of ultra high molecular weight polyethylene	(i) acquisition by Polialden of all commercial assets related to the PEUAPM (Portuguese acronym for "Ultra High Molecular Weight Polyethylene") business, which was previously owned by Basell; (ii) Service Contract, by which Basell would provide commercial and logistic services, assisting Polialden in the sale and marketing of the PEUAPM abroad, for a maximum period of 2 years.	Due to Polialden's monopolistic situation in the Brazilian PEUAPM market, SEAE stated that: "If we consider that the domestic prices established by Polialden are in conformity with the internalized prices of the PEUAPM, then the economic literature guarantees us that, since Polialden has the monopoly of that product in the national market, the company would be taking over part of the consumers surplus, at least in the amount corresponding to the import tax. This is a classic situation in the International Trade literature: the establishment of an import rate on a market where there is (i) only one national supplier and (ii) a market abroad has the perverse effect of reducing the quantity offered to the national consumer, as well as increasing its price. Therefore, the **elimination of the import tariff can be seen as a remedy for this market**, i**mproving** the conditions of **competition**" **(III)**. In this sense, SEAE recommended (i) **opening a specific NCM Code for PEUAPM's import tax**; (ii) **fixing of this tax at 0%.** Following this position, the Tribunal voted to **send a copy of the final decision to CAMEX**, so this authority can analyze SEAE's recommendations.

Merger & Acquisition Operation	08012.007861/ 2001-81 Thompson Almeida Andrade	June 25, 2003 Law 8.884/94	Novo Nordisk Holding do Brasil Ltda. and Biopart Ltda.	National market of insulin	Acquisition by Novo Nordisk of the shares of Biobrás SA, formerly owned by Biopart and its shareholders	The reporting commission acknowledged that the national market of insulin is highly concentrated, therefore, in order to approve the acquisition, it is important to evaluate if there are companies in the Brazilian market that could present themselves as actual or potential competitors. According to the commissioner, Ely Lilly was the main rival of the Novo Group since it had significant market share in the private sector and a consolidated distribution network. However, Ely Lilly, whose insulin marketed in Brazil was produced abroad, signed a price commitment with DECOM. This commitment was the result of a dumping investigation requested by Biobrás S/A. The administrative proceeding resulted in the imposition of an anti-dumping measure against Danish insulin imports, including those effected by the Novo Group, and the signing of the mentioned price commitment, which determined that Ely Lilly should sell its medicines containing American and French insulin at a price higher than an agreed cost. The antidumping duty applied on Danish imports, however, was suspended by a judicial decision. Therefore, in practice, Ely Lilly was the only player in the Brazilian market subject to some type of trade restriction. Given this scenario, the reporting commissioner acknowledged that Ely Lilly's competitive capacity was considerably limited by the price commitment. In this sense**, it would be possible that the Novo Group took advantage of price commitment to exclude Ely Lilly, its main competitor (IV)**, from the market. Therefore, the commissioner decided to approve the operation without restrictions, and **then send a notification to DECOM stressing the need to review the imposition of a price commitment to Ely Lilly**.
Merger & Acquisition Operation	08012.000497/ 2000-01 08012.004904/ 2000-97 08012.007454/ 2000-49 Thompson Almeida Andrade	February 4, 2004 Law 8.884/94	Serrana S/A and Nevada Woods S/A Andeiy Holding Ltda., Manah S/A, Raspail Empreendimentos e Participações S/A and Avignon Empreendimentos e Participações S/A Cargill Agrícola S/A and Fertiza - Companhia Nacional de Fertilizantes	National market of phosphate rock, basic phosphate fertilizers and basic nitrogen fertilizers; international market of NPK blends	Acquisitions of companies in the fertilizer segment by Bunge and Cargill groups	The reporting commissioner concluded that in the central region of Brazil, due to high transportation costs, the import of phosphate rock is practically non-existent. In addition, imports of phosphate fertilizers, at best, would be close to 20%. Considering that the Applicants themselves carry out a large part of the imports of phosphate fertilizer, these **imports could not be considered as an antidote to anti-competitive behavior (III)** perpetrated by the Applicants. Given that, the Tribunal followed the reporting commissioner's **vote to send to MDIC a suggestion to reduce the import tax** on all phosphate fertilizers to zero, in order to increase the degree of contestability of the imports. The acquisition was approved but conditioned to the signing of a Performance Agreement ("TCD" for its acronym in Portuguese).
Administrative Proceeding	08012.004086/ 2000-21 Luiz Alberto Esteves Scaloppe	September 23, 2005 Law 8.884/94	SINDUSCON/SP and SECOVI-SP v. Gerdau S/A, Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira and Siderúrgica Barra Mansa S/A.	Steel rebar for civil construction	Cartel	The importation issue was very relevant for the analysis of the case, and the reporting commissioner determined to the Defendants the: "V. Abstention from any retaliatory action against the distributors who opt for supplying their stocks in the international market". In the same sense, commissioner Luiz Carlos Delorme Prado **determined that MDIC should be informed that, to increase competition in the domestic market, it would be advisable (i) to maintain low import taxes and (ii) to change the technical norm NBR 7480 (which adopted the CA-50 rebar as the national standard) in order to adopt the international standard, the CA-40 (III)**. However, only the recommendation of the reporting commissioner was covered in the Tribunal's final decision.

Merger & Acquisition Operation	08012.001885/ 2007-11 Fernando de Magalhães Furlan	March 13, 2007 Law 8.884/94	Owens Corning and Saint-Gobain	Dry use chopped strands (DUCS), direct roving, assembled roving and chopped strand mat (CSM)	Acquisition of Saint Gobain's glass fiber business by Owens Corning	According to the reporting commissioner, glass fiber's import tax is high: 12%. Therefore, the commissioner concluded that "**the greater the volume of imports and/or the possibility of importing, the smaller the probability of the exercise of market power**" **(III)**. Important to mention that the reduction of the import tax was one of the clauses negotiated between Cade and Owens Corning: in return for the approval of the transaction, the company would request to CAMEX the reduction of the import tax. However, Owens Corning did not accept this suggestion and the approval of the operation was conditioned to the sale of a factory to an independent third party. The commissioner also **sent a notification to CAMEX in which he suggested** (i) the creation of a different tariff classification for one of the sub-types of glass fibers and (ii) **the reduction of the import tax to 2%**, since Owens Corning would have the monopoly of this subtype in the national market even with the sale of a manufacturing unit.
Administrative Proceeding	08012.008088/ 2003-31 Abraham Benzaquen Sicsú	April 11, 2007 Law 8.884/94	Bérkel Chapas Acrílicas Ltda. v. Unigel Química S/A, Proquigel Química S/A and Resarbrás da Bahia S/A	Upstream market: methyl methacrylate (MIMA) in Brazilian territry. Downstream market: acrylic sheets in Brazilian territry.	Price squeeze (exclusionary practice used by a vertically integrated firm to leverage its market power in the upstream market to "squeeze" the margins of its downstream competitors)	On March 22, 2001, the Unigel Group obtained from CAMEX the imposition of anti-dumping duties on imports of MIMA. Thus, this input, when coming from major international suppliers (Germany, France, Spain and the United Kingdom), would be subject to measures to avoid dumping. According to the allegations, these measures would further strengthen Proquigel's monopoly in Brazil. Nevertheless, SDE argued that the pursuit of protection against unfair international trade practices cannot be understood in itself as the creation of artificial barriers in the market and such conclusion would depend on the assessment of other circumstances. In the specific case**, SDE stated that, although the anti-dumping measure was capable of strengthening Unigel Group's market power, it was not proved that this was part of a strategy to exclude competitors from the acrylic sheets market (IV)**. However, if this were the case, the rival of the Unigel Group, without access to the imported product and being forced to purchase essential inputs at higher prices, would see their business being be stifled. The case was filled.
Merger & Acquisition Operation	08012.009843/ 2005-67 Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado	April 11, 2007 Law 8.884/94	Cimento Rio Branco S/A and Camargo Corrêa Cimentos S/A	Manufacture and sale of white cement in Brazil	White cement supply contract	Commissioner Abraham Sicsú, whose opinion prevailed in the Tribunal, acknowledged that white cement **imports** had considerably increased in recent periods, but were **not yet sufficient to prevent the exercise of market power (III)**, given the inherent difficulties and costs of the import process. Considering the abovemetioned, the commissioner voted for the approval of the operation conditioned to the withdrawal of the exclusivity clause and the minimum supply obligation from the Contract, in order to allow future competitors to enter in the white cement distribution market. He also sent a **notification to CAMEX requesting a reduction of the white cement's import tax to 0%, in order to increase the degree of contestability of the imports**.

Merger & Acquisition Operation	08012.001637/ 2007-71 Paulo Furquim de Azevedo	August 8, 2007 Law 8.884/94	Hindalco Industries Ltd. and Novelis Inc.	Manufacture and sale of laminated aluminum sheets in Brazil	International operation in which Hindalco Industries Ltd. acquires all the common shares of Novelis Inc.	The Brazilian Association of Manufacturers of Aluminum Cans (ABRALATAS), third party, acknowledged that its members were consumers of aluminum sheets, the main input for the manufacture of aluminum cans. The absence of national competitors made these companies almost entirely dependent on Novelis' productivity. Furthermore, aluminum sheets' high import tax (12%) prevented Novelis' monopoly position from being contested via imports. The reporting commissioner pointed out that Noveli charged differently the Brazilian market and the international market (exports): the aluminum sheets were consistently more expensive here in Brazil. This fact was not due to any differentiation in the quality of the aluminum sheets, and rather derived from Novelis' monopolistic position in the Brazilian market. The commissioner concluded that **reducing the costs of internalizing aluminum sheets** by diminishing the Common External Tariff ("TEC" for its acronym in Portuguese) **would lead to a reduction in the price of the imported product**. Consequently, it would **also lead to a change in Novelis' behavior: in order to maintain the level of sales, Novelis would be obliged to reduce its prices to levels closer to the marginal cost (III)**. Given that, the reporting commissioner approved the operation without restrictions and **sent a notification to CAMEX and SEAE suggesting** that they examine the opportunity and convenience of **reducing the TEC of aluminum sheets.**
Merger & Acquisition Operation	08012.010195/ 2004-19 08012.010192/ 2004-77 Luis Fernando Schuartz	August 8, 2007 Law 8.884/94	Suzano Bahia Sul Papel e Celulose S.A and Ripasa S/A Celulose e Papel Votorantim Celulose e Papel S/A and Ripasa S/A Papel e Celulose	Bleached hardwood kraft pulp; uncoated and coated printing and writing paper; cute size uncoated printing paper, and paperboard.	Acquisition by Suzano of 50% of the shares held by the controlling families of Ripasa (Zogbi, Derani and Zarzur families) and acquisition by Votarantim of the other 50%	Due to the high concentration of the relevant markets involved, as well as the high risk that the Applicants would share competitively sensitive information and/or collude, the reporting commissioner voted for the deconsolidation of the transaction and subsequent sale of the assets involved to one of the Applicants (Suzano or Votorantim) or to independent third parties. However, the Tribunal adopted the votes of Commissioner Abrahan Benzaquem Sicsú and Cade's President Elisabeth Maria Mercier Farina. Therefore, the operation was approved with restrictions and conditioned to the signing of a TCD. In addition, an **official letter was sent to CAMEX, MDIC and the Ministry of Foreign Affairs requesting the reduction of the import tariff of cut size paper, from 16% to 0%**, in order to **enable imports** of this product and **encourage the entry of international competitors (III)** into the Brazilian market.
Merger & Acquisition Operation	08012.004385/ 2006-51 Ricardo Villas Boas Cueva	April 9, 2008 Law 8.884/94	Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) and Companhia Metalúrgica Prada	Metal sheets and steel cans	Acquisition by CSN of 99.99% of Prada's shares	SEAE acknowledged that imports have low representativeness in the metal sheets market since the import tax of this product high (12%). In this sense, SEAE considers **advisable the reduction of metal sheets' import tax in order to balance the competitiveness (III)** of the steel cans market. "**The reduction of the import tax from 12% to 0% would have a disciplining effect and would help preserve the competitive equilibrium (III)**, correcting possible market distortions arising from CSN's monopoly in metal sheets production, a monopoly that is prior to the acquisition". Following the position of SEAE/SDE, ProCADE and the reporting commissioner **also suggested that SECEX/MDIC study the possibility and feasibility of reducing metal sheets' imports tax**. The acquisition was approved without restrictions.

Merger & Acquisition Operation	08012.011518/ 2006-45 Luís Fernando Rigato Vasconcellos	May 21, 2008 Law 8.884/94	Dana Corporation and Mahie GMBH	Piston rings, bearings and cylinder liners.	Acquisition by Mahle of the entire share capital of EPG, the engine components division of Dana Corporation.	SEAE stated that although importation is a concrete possibility, especially for the assemblers, imports act more as a mechanism for disciplining the market rather than for contesting it. Therefore, SEAE understood that "**recommending SECEX to reduce the import tax** of the products involved in this operation from 16% to 0% **is essential to guarantee competition in the relevant markets**" **(III)**. However, the reporting commissioner, whose opinion prevailed in the Tribunal, believes that "imports, once being mechanisms for disciplining the domestic market, are a viable alternative for customers of piston rings, bearings and cylinder liners". Thus, SEAE's recommendation was not incorporated in the commissioner's vote.
Merger & Acquisition Operation	08012.009939/ 2007-97 Fernando de Magalhães Furlan	July 9, 2008 Law 8.884/94	Saint-Gobain Abrasivos Ltda., Abrasivos Argentinos S.A.I.C., Dancan S.A., Doble A com Ltda. and Argenii S.A	Abrasive grinder and adhesive tapes	Acquisition by Saint-Gobain of the abrasive grinder and adhesive tapes business owned by the other Applicants. The operation was carried out in Argentina.	Considering that (i) the market of abrasive grinder production is highly concentrated, (ii) the operation will result in a growth of market power in this segment, and (iii) the **ability of imports to contest Saint-Gobain's market power**, ProCade **suggested sending a recommendation to SECEX regarding the possibility of revising** abrasive grinder's **import tax (III)**. Nevertheless, the reporting commissioner decided not to abide by ProCADE's suggestion. He understood that there is a significant production of abrasive grinder in Argentina, so any eventual reduction of the applicable Common External Tariff (TEC) tax would discourage intra-bloc trade, generating possible protests by Mercosur partners. The Court followed the reporting commissioner's vote. The acquisition was approved without restrictions.
Petition	08700.001571/ 2009-22 Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	October 7, 2009 Law 8.884/94	Itap Bemis Ltda.	Biaxially-oriented polypropylene (BOPP) film	CADE's analysis and pronouncement regarding the competition impacts of an anti-dumping measure that could be applied by CAMEX to the BOPP film market	The reporting commissioner acknowledged the **possibility of CADE expressing its views on the trade defense measures applied by CAMEX (I)**. However, he pointed out that the anti-dumping measure of the case had not yet been applied, therefore it would be unfeasible to estimate its effects on the domestic market. In accordance with the reporting commissioner's vote, the Tribunal voted for the filled the case.

Merger & Acquisition Operation	08012.001205/ 2010-65 Vinicius Marques de Carvalho	February 24, 2011 Law 8.884/94	Braskem S.A., Petróleo Brasileiro S.A., Petrobras Química, Quattor Participações S.A.	First generation petrochemicals and second generation petrochemicals (thermoplastic resins, for example)	Several operations with the purpose of guaranteeing to Brasken the control of the assets of Quattor, Unipar Comercial and Polibutenos companies.	Abiplast, third party, stated that (i) prices of thermoplastic resins marketed by Braskem were higher than those in other international markets, due to the lack of national competitors; (ii) this market had barriers to imports entry, such as the high import tax and the anti-dumping measure on thermoplastic resins imports originating from the USA. Therefore, Abiplast, quoting Novo Nordisk case (2003), requested Cade to order Braskem to refrain from requesting and/or supporting new trade defense measures in the thermoplastic resins sector. However, the reporting commissioner considered the cases are different. In Novo Nordisk case, it was necessary to restrain the anti-dumping measure because the insulin market was considered as national; in the present case, it was concluded that the **market** for thermoplastic resins is **international, and there is no need to restrain any trade defense instrument to guarantee the market's contestability**. The commissioner also pointed out that commercial defense measures are not enough to explain the supposedly high prices of resins in Brazil given that, of all the resins in which there was concentration, only polypropylene is subject to anti-dumping duty. Finally, the reporting commissioner stated that any change in the present commercial conditions (e.g**. imposition of anti-dumping measures or increase import taxes) could vary the relevant market definition (II)** and cause losses to consumers who would not be able to use international suppliers. Also, **if Cade approves Abiplast's request without having more information regarding the real impact of this commercial defense measure, Cade could jeopardize rather than benefit the competition in the domestic industry and the consumer's welfare**. In the commissioner's point of view, **this issue should be analyzed by DECOM. Nevertheless**, during a dumping investigation requested by Abiplast, **DECOM decided that any problems related to monopoly formation and price increase in the polypropylene market would be a matter for competition law and unrelated with trade defense postulates (I)**. The commissioner believes that DECOM's turns trade defense policy, which should consider consumer's interests, into a mere bureaucratic application of rules. Given that, the reporting commissioner decided that it is **not incumbent upon Cade to make any pronouncement on the matter (I) and no notification should be sent to CAMEX** at that moment.
Administrative Proceeding	08012.007412/ 1999-93 Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	July 27, 2011 Law 8.884/94	Union Carbide Química Ltda. v. Alípio Gusmão dos Santos, Denver Indústria e Comércio Ltda. and others	National and internacional market of hydroxyethyl-cellulose (HEC)	Dumping and predatory pricing	The reporting commissioner acknowledged that dumping and predatory pricing are very different conducts, therefore, they can occur simultaneously. While dumping is a matter of foreign trade and takes place when an economic agent charges a price internally lower than that charged in the country of origin of the product, predatory pricing is the deliberate practice of fixing prices below cost in order to eliminate competitors to exploit the market power arising from the predatory practice. **The investigations on the practice of dumping are conducted by DECOM/SECEX, while the investigations on predatory pricing are conducted by Cade (I)**. In the present case, the dumping issue was investigated by SECEX. Regarding the predatory pricing, the Tribunal followed the reporting commissioner's vote for the filling of the case due to the non-verification of the anticompetitive conduct.

Query	08700.001710/ 2012-13 Alessandro Octaviani Luis	October 23, 2013 Law 12.529/11	Brazilian Pet Industry Association ("Abipet" in its acronym in Portuguese)	PET preform	CADE's pronouncement regarding the competition impacts of the import, under the Mercosur's Rules of Origin and the drawback regime, of PET preform from Uruguay, Paraguay and Argentina.	The reporting commissioner acknowledged the **possibility of CADE expressing its views on matters of international trade that might negatively affect the competition policy (I)**. However, he stated that the core of the case concerns international trade rules, and it is not possible to see the incidence of the Brazilian antitrust system. In this sense and given that the case also involves matters of national development and social welfare, the reporting commissioner voted for **submitting the records thereto MDIC**. The Tribunal followed his vote.
Merger & Acquisition Operation	08700.004083/ 2012-72 Ricardo Machado Ruiz	November 20, 2013 Law 8.884/94	Oxiteno S.A. Indústria e Comércio and American Chemical I.C.S.A.	Chemicals, Sodium Lauryl Ether Sulfate (LESS) and Fatty Alcohol Ethoxylated (ALE)	Acquisition of the entire share capital of American Chemical by Oxiteno	The reporting commissioner pointed out that Oxiteno is the only national producer of ALE, a basic input for LESS production. Therefore, as acknowledged by SG: (i) competitors in the LESS market depend on the ALE provided by Oxiteno, considering that the importation of ALE and/or the construction of a factory is too costly and improbable; (ii) the importation of ALE became even more improbable with the import tax increase from 14% to 20% in 2012 (CAMEX Resolution No. 70) as a result of Oxiteno's request. The SG emphasized that **Oxiteno's request to MDIC for an increase in the import tax had the goal (and effect) to prevent a decrease of its power in the upstream market (IV)**. Given the impact of the high taxes on ALE and LESS' imports and the fact that **a lower import tax could mitigate existing competition problems (III)** in those markets, the reporting commissioner decided to **submit a copy** of the Tribunal's vote **thereto SECEX** with the suggestion that the international trade authority **verify the possibility of reducing the import tax rate of ALE and LESS**. The Tribunal followed the reporting commissioner's recommendation and approved the acquisition conditioned to the signing of a Performance Agreement (TCD).
Administrative Proceeding	08012.007189/ 2008-08 Ricardo Machado Ruiz	December 4, 2013 Law 8.884/94	Bann v. Dystar	Pre-reduced indigo blue	Predatory pricing and sham litigation	The case consisted on the denunciation of Dystar Group for the following conducts: (i) exporting pre-reduced indigo blue from Germany to Brazil using dumping; (ii) predatory prices and (iii) sham litigation in the patent litigations. The dumping was analyzed by SECEX in a different proceeding, which was later used as evidence in the present case. Regarding the practices of predatory pricing and sham litigation, the SDE, the ProCade, the MPF and the Tribunal voted for the filling of the case due to the non-verification of these anticompetitive infractions. However, it is interesting to note that one of Dystar's arguments was that "facts, evidence and decisions arising from an anti-dumping proceeding should not be used to initiate a antitrust investigation because the matters are distinct". At this point, the SBDC authorities and the ProCade agreed that **the information regarding the anti-dumping proceeding in MDIC could not support the establishment of the Administrative Proceedings at Cade, since the legal competence of this authority is limited to the analysis of anti-competitive infringements. However**, they pointed out that **the information arising from an anti-dumping proceeding could assist in the collection of data of the predatory pricing infraction (I)**.

Administrative Proceeding	08012.009462/ 2006-69 Olavo Zago Chinaglia	August 19, 2015 Law 12.529/11	Mattel do Brasil Ltda. v. Brazilian Association of Toy Manufacturers (Abrinq) and e Synésio Batista da Costa (Abrinq's president).	Manufacture and sale of toys in Brazilian territory	Influence the adoption of uniform or agreed business practices among competitors	In August 2006, the Brazilian and the Chinese governments, with the presence of Abrinq and the Chinese counterpart (China Chamber of Commerce for the Light Products & Arts-Crafts and China Toy Association), bilaterally established import limits for the toy industry. In September 2006, Abrinq held a meeting with its associates and other representatives of the sector aiming at (i) discussing the fixation of minimum prices for toys imports; (ii) the establishment of fixed individual quotas for importers; (iii) the creation of barriers to entry of new agents in the market and obstacles for specific agents to remain in the market. The meeting gathered high-level officials from the participant companies, including founding partners, presidents and commercial and sales directors. In his review vote, commissioner Vinícius Marques de Carvalho pointed out that the case do not requires the analysis of whether the governments' agreement could remedy the defects in Abrinq's conduct in the meeting. **The agreement was lawfully established by MDIC, the competent authority, and such determination of legality do not dependent on Cade's appraisal (I)**. According to commissioner Carvalho, **Cade's role is to examine whether, notwithstanding its lawfulness, the agreement was or was not used to subvert competition (I)**. Given that, commissioner Carvalho considered that Abrinq's behavior in the meeting aimed to influence the adoption of uniform or agreed business practices among competitors. In these terms, he voted for the conviction of Abrinq and its president. The Tribunal followed his vote.
Merger & Acquisition Operation	08700.009988/ 2014-09 Márcio de Oliveira Júnior	September 2, 2015 Law 12.529/11	Tigre S.A. - Tubos e Conexões and Condor Pinceis Ltda.	Paint brushes, rollers and accessories in Brazil	Acquisition by Tigre of the shares representing 100% of the capital stock of Condor	The reporting commissioner acknowledged that, until his analysis of the case, no anti-dumping barriers were imposed on the painting products. This means that the context in which the markets were defined and the conditions of entry, rivalry and efficiencies we analyzed did not took into consideration tariff barriers or an eventual request by the Applicants for imposition of these barriers. **Thus, in the event of future imposition of anti-dumping measures against paint brushes, rollers and/or accessories** - whether driven by the Claimants or ex officio - **the market structure of this operation will be changed (II)** and a new evaluation of the acquisition may be necessary. It is also relevant to point out that, in order to see the acquisition approved, the Applicants proposed, among others, the following remedy: "**not to request, without prior authorization from Cade, anti-dumping measures against importers of paint brushes, rollers and accessories**". **The reporting commissioner acknowledged the importance of such remedy to prevent the Applicants from hindering the entry of imported products and restricting competition, given that an anti-dumping measure could lead to higher prices for imported products and higher entry barriers (IV)**. An anti-dumping measure could lead to higher prices for imported products and higher entry barriers. Nevertheless, the commissioner voted for the non-approval of the acquisition. The Tribunal followed his vote.

Merger & Acquisition Operation	08700.001437/ 2015-70 Paulo Burnier da Silveira	November 25, 2015 Law 12.529/11	Dabi Atlante S/A Indústrias Médico Odontológica and Gnatus Equipamentos Médico-Odontológicos Ltda.	Dental products in Brazil	Merger	Sirona, third party, requested that, should the merger be approved, the Claimants must be obliged to refrain from requiring any trade defense measure that would prevent or impede imports of dental products for 5 years. According to Sirona, Dabi had already sued MDIC to increase tax rates for dental products and to conduct a dumping investigation against Sirona. The third party further claims that the implementation of the trade defense measure together with the merger would give the Claimants the monopoly of the relevant markets. However, according to the reporting commissioner: **(i) SG considered the relevant geographic market as national, therefore imports would play a minor role (III)**; (ii) Sirona requests are related to only one product among the markets identified as problematic by SG - the intraoral X-ray - which, in its turn, has little representativeness in Claimant's billing when compared to the other products; (iii) the continuous devaluation of the Brazilian currency against american dollar in the last 12 months suggests a natural barrier to imports. Thus, compliance with Sirona's requests would have little or no effect on the possible anticompetitive effects generated by Dabi's commercial defense claims. Given that, the reporting commissioner voted for the approval of the merger but conditioned to the adoption of a Merger Control Agreement, which did not include Sirona's requests. The Tribunal followed his vote.
Merger & Acquisition Operation	08700.004163/ 2017-32 Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	February 7, 2018 Law 12.529/11	Petrotemex and Petrobras	PAT, PET Resin and Polyester Filaments	Purchase by Petrotemex Group of all shares of PSUAPE and CITEPE, both Petrobras subsidiaries	**The reporting commissioner resorted to international trade regulations to define the relevant geographic market (II)** for PET resin. According to the commissioner: "Regarding the PET resin market, importation became impracticable due to high import barriers, so the domestic producers of PET preforms buy mainly PET resin produced in Brazil. Indeed, (i) the import tax on PET resin is 14% (although there are differentiated rates for Mercosur (0%) and Mexico); (ii) there are anti-dumping measures against companies in China, India, Indonesia, Chinese Taipei (Resolution CAMEX 121/2016) and (iii) producers of PET resin preforms in the Manaus Free Zone, in order to receive a tax benefit, must use a minimum of PET resin from domestic production (Interministerial Ordinance MDIC/MCT nº 187/2015)". Given that, she established Brazil as the relevant geographic market for PET resin. Regarding the Acquisition Operation, it was approved but conditioned to the adoption of a Merger Control Agreement.
Administrative Proceeding	08012.005882/ 2008-38 João Paulo de Resende	May 23, 2018 Law 12.529/11	SDE ex officio v. Associação Brasileira de Extratores de Sal (Abersal), Sindicato da Indústria de Extração do Sal no RN (Siesal), Refimosal Refinação e Moagem de Sal Santa Helena Ltda. e outros	Marine salt	Hard core cartel, influence the adoption of uniform business practices among competitors and attempted bid-rigging	The reporting commissioner pointed out that **several evidences in the case show that the cartel tried to stop salt imports into Brazil, especially Chilean salt**. The counselor specifically mentions: (i) an e-mail from Refimosal warning rival companies of the urgent need to restrain Chilean salt; (ii) a second email demonstrated the resistance of the cartelized companies to share information with SDB due to its relationship with Chilean salt (SDB, given its connection with Chilean salt, was subject to retaliation and constant complaint by the cartel); (iii) a document establishing an "institutional protection" policy that includes, among other strategies to avoid competition, the **suggestion of taxation on imported salt (IV)**. **Given the existence of an anti-dumping measure applied to the Chilean saline market under review by CAMEX** (Case nº 12.120.000.173/2017-05), the reporting commissioner decided to **submit a copy of the vote thereto DECOM and CAMEX, believing that the outcome of present case could be useful for CAMEX's decision on the trade defense measure**.

12. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: BARREIRAS E SISTEMA DE INCENTIVOS

12. THE PARTICIPATION OF FOREIGN COMPANIES ON PUBLIC PROCUREMENTS: BARRIERS AND INCENTIVE SYSTEM

Mylena Matos

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo avaliar as barreiras regulatórias existentes no ordenamento jurídico brasileiro que diminuem e/ou restringem a participação de empresas estrangeiras em licitações públicas promovidas pela Administração Pública nacional. Além disso, também serão analisados outros desincentivos encontrados no processo licitatório para efetiva presença de empresas internacionais e possíveis estímulos para inclusão destas. A partir disso, será analisado o que vem a ser uma licitação internacional e como o fomentar a participação de licitantes estrangeiros como incentivo a concorrência.

Palavras-chave: Licitações públicas. Licitações internacionais. Concorrência. Direito administrativo. Empresas internacionais.

Summary: This article aims to evaluate the regulatory barriers that exists in the Brazilian legal system that reduce or restrict the participation of foreign companies in public procurements promoted by the National Public Administration. In addition, other disincentives will also be analyzed in the bidding process, concerning the effective presence of international companies and the possible incentives for their inclusion. From this, this article will also analyze what is an international procurement and how to encourage the participation of foreign bidders as an incentive to competition.

Keywords: Public procurements. International biddings. Competition. Administrative law. International companies.

1. Introdução

Quando o assunto é gastos públicos, sempre foi exigida do Estado uma posição diligente para compra de produtos e aquisição de bens e serviços.

Especialmente após a denominada “era Lava-Jato”, a sociedade passou a cobrar de seus gestores maneiras efetivas para utilização do dinheiro público, além do repúdio à corrupção sistêmica, endêmica e sindrômica que comumente estão associadas às compras públicas.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar o que vem a ser uma licitação internacional, já que em um primeiro momento parece existir uma lacuna de definição neste sentido, bem como avaliar quais são as barreiras existentes que impedem e obstruem a efetiva participação de empresas estrangeiras em licitações publicas, seja ou não por questões regulatórias.

Com isso, o propósito é identificar tais gargalos, a fim de justificar o cerceamento de um efetivo aumento de competitividade que beneficiaria não só a Administração Pública, como também a sociedade.

2. Licitações públicas e a Lei nº 8.666/93

Antes de adentrarmos em questões específicas quanto a participação de empresas estrangeiras em licitações públicas e as barreiras regulatórias encontradas, cumpre delimitar o que venha a ser uma licitação pública.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, define-se licitação pública como:

> Procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem Às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato[1].

Em suma, licitação pública, compreendida para os fins deste trabalho em seus diversos gêneros legalmente previstos[2], é o meio estabelecido pelo legislador brasileiro para que o Estado adquira bens e serviços. É através da licitação que o Estado possibilita à todos os sujeitos

---

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, “Direito Administrativo”, 21ª ed, São Paulo: Editora Atlas, pp. 331.

[2] Tais como concorrência, tomada de preço, convite, pregão eletrônico e presencial.

que se enquadrem nas condições estabelecidas no termo convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta.

Além disso, a própria Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, estabelece que as licitações são a única forma de contratação por parte do Estado, ressalvada disposições em lei:

> Art. 37. A administração pública direita e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...)
>
> XXI – ressalvados os casos especificados em legislação, **obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições à todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termas da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifamos).

Para regulamentar o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, editou-se a Lei nº 8.666/93 que, dentre outras coisas, instituiu normas e ritos para realização de licitações públicas. Dentre eles, para além do julgamento do melhor preço ofertado, deve-se observar os princípios da isonomia, impessoalidade, probidade, moralidade, publicidade, objetividade, adjudicação compulsória e ampla defesa[3].

Destes, para a finalidade do presente trabalho, o princípio da isonomia revela-se o mais importante. Isso porque é dever da Administração Pública, além da escolha da melhor proposta, assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar, sejam eles empresas estrangeiras ou nacionais.

Portanto, deve-se frisar que, a princípio, seria inconstitucional, por ofensa ao princípio da isonomia[4], vedar a participação de empresas estrangeiras em licitações públicas ou discriminá-las sob qualquer forma e

---

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, "Direito Administrativo", 21ª ed, São Paulo: Editora Atlas, pp. 336-343.

[4] Art. 5º, caput da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB.

que, regra geral, há uniformidade de tratamento entre estrangeiros e nacionais em certames realizados pelo Estado[5].

Partindo da premissa de que empresas estrangeiras podem (e deveriam) participar de licitações públicas, por que tão poucas efetivamente participam e consagram-se vencedoras? Quais são os obstáculos regulatórios que impedem a sua participação? Deveria existir um procedimento específico de certame internacional para tanto?

3. Definição e caracterização de licitações internacionais

O autor Rafael Wallbach Schwind[6] é preciso ao afirmar que não há qualquer conceituação nas leis que regem as licitações públicas sobre o que seria determinante para configurar uma licitação como nacional ou internacional. Ainda de acordo com o autor, o termo "licitação internacional" aparece em diversos dispositivos da Lei nº 8.666/93[7] sem, contudo, definir ou delimitar o que se deve entender por tal figura.

Nesse contexto, o autor busca demarcar cenários que fornecessem critérios para definição do que venha a ser uma licitação internacional.

Inicialmente trabalhou-se com as seguintes possibilidades para caracterização de uma licitação como internacional:

(i) Realização da licitação no exterior;

(ii) Divulgação no exterior;

(iii) Recursos para realização do objeto licitado de fonte externa;

(iv) Participação de estrangeiros; e

(v) Desnecessidade de que os estrangeiros estejam autorizados para funcionarem no Brasil.

Passa-se a explicação de tais critérios abaixo.

---

[5] JÚNIOR, José Cretela. Das licitações públicas: comentários à Lei Federal nº 8.66/96 p. 286.

[6] SCHWIND, Rafael Wallbach. "Licitações Internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas no exterior com financiamento externo", São Paulo Editora Fórum, pp. 25-26.

[7] Vide §3º do art. 23, §§4º e 6º do art. 32, inciso IX do art. 40 e art. 42 da Lei nº 8.66/93 como exemplos.

Quanto ao item (i) realização da licitação no exterior, veja-se que ter a territorialidade como parâmetro para definição de licitação internacional seria incompatível com a legislação brasileira, haja vista que essa não exige que o certame seja realizado no exterior para que possa ser classificado como internacional[8]. Portanto, afasta-se tal critério.

O item (ii) divulgação no exterior, também deve ser afastado como critério. Isso porque a legislação brasileira não exige que haja divulgação internacional de certame e, no mundo pós globalização, empresas eventualmente interessadas em qualquer licitação podem facilmente acessar seu edital.

Já quanto ao item (iii) realização de licitação utilizando recursos externos, veja-se que *uma licitação poderá ser realizada mediante aplicação de recursos nacionais ou estrangeiros (...). Não há nenhuma vinculação entre a origem dos recursos e a caracterização da licitação como internacional*[9], devendo, portanto, ser igualmente descartado como critério.

O item (iv) determinaria que uma licitação internacional seria caracterizada quando estrangeiros participassem desta. No entanto, tal definição também não poderia ser utilizada. Como elucidado no capítulo anterior, as licitações públicas, via de regra, são abertas aos estrangeiros e qualquer discriminação nesse sentido seria inconstitucional, assim como é ilegal discriminar licitantes em função de sua sede ou domicílio, por exemplo (art. 3º, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93).

Por fim, o último dos possíveis critérios elaborados por Rafael Wallbach Schwind[10] para que uma licitação seja caracterizada como internacional seria a (v) desnecessidade de estrangeiros terem autorização para funcionamento no Brasil. Contudo, tal critério também não seria preciso, tendo em vista que a necessidade ou não de autorização para operação no Brasil se relacionaria com a atividade material e não com a natureza jurídica do indivíduo que o contrata para exercer tal atividade. Nas palavras do autor, *do contrário, a empresa estrangeira que firmasse contrato com a Administração Pública seria dispensada de um requisito*

---

[8] SCHWIND, Rafael Wallbach. "Licitações Internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas no exterior com financiamento externo", São Paulo: Editora Fórum, pp. 29.

[9] Ibidem, pp. 30.

[10] Ibidem, pp. 32.

legal somente pelo fato de ser contratada pelo Poder Público, o que não faria sentido.

Diante de tal cenário, como, então, diferenciar licitações nacionais das internacionais? Os melhores balizadores seriam os seguintes[11]:

(i) Licitações financiadas com recursos estrangeiros: desde que reguladas por atos internacionais (protocolos, convenções, acordos ou tratados internacionais) ou por normas editadas por organismos financiadores. No entanto, isso não afasta os princípios gerais editados pela Constituição Federal, especialmente os que dizem respeito aos direitos dos licitantes (julgamento justo, objetivo e vinculado às disposições do edital, por exemplo). Tais normas estrangeiras fariam, no máximo, o papel de *guidelines* do certame;

(ii) Licitações nacionais realizadas de acordo com a legislação brasileira e com efetiva participação de empresas internacionais (o que, em regra, já deveria ocorrer de forma mais orgânica); e

(iii) Licitações internacionais realizadas de acordo com a legislação nacional: neste caso, assim como no item (ii), a participação de estrangeiro é – ao menos em tese – possível. A única diferença é que nas licitações nacionais realizadas de acordo com a legislação brasileira, eventual empresa internacional receberia seus pagamentos em moeda nacional.

Assim, embora não haja em nossa legislação elementos e requisitos que definam as características de uma licitação internacional e haja vista que o princípio da isonomia veda discriminações entre participantes internacionais e nacionais (ressalvados casos previstos em lei, apontados posteriormente), o fato é que empresas estrangeiras – não necessariamente – possuem os mesmos incentivos e benefícios.

4. Condições para participação de empresas estrangeiras em licitações públicas

Ainda que não haja discriminação direta, a própria lei impõe determinadas barreiras para funcionamento de empresas estrangeiras no Brasil, bem como participação em certames.

---

[11] *International Bidder and Public Procurement in Brazil*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini.

A Lei nº 8.666/93, por exemplo, impõe expressamente duas: (i) art. 28, inciso V, o qual exige do licitante estrangeiro comprovação de autorização de funcionamento no Brasil via decreto do Poder Executivo e (ii) art. 32, §4º demanda que em licitações internacionais – embora a própria lei não estabeleça objetivamente o que venha a ser esta – licitantes estrangeiros que não funcionem no Brasil tenham representação legal no país. Esta última hipótese refere-se à situação em que, para a atuação do licitante, não é necessário que haja configuração de "funcionamento" no Brasil: a empresa estrangeira apenas entregará determinados produtos, não existirá habitualidade no fornecimento de produtos e/ou serviços.

Assim, no entendimento de Rafael Wallbach Schwind[12]:

> (...) ao mesmo tempo em que se exige dos licitantes que os licitantes não nacionais tenham autorização para funcionamento no Brasil, admite-se que licitantes estrangeiros sem essa autorização participem de determinados certames.

Neste momento, é possível identificar uma das maiores (senão a maior) barreira regulatória para participação de empresas estrangeiras: autorização para funcionamento no Brasil. Este é um ato exclusivo do Poder Executivo que, através de Decreto Presidencial, permitirá a operação de empresas estrangeiras no Brasil. Para tanto, além das previsões dispostas nos artigos 1.134 a 1.141 do Código Civil, o Poder Executivo poderá realizar demandas adicionais para concessão da autorização de funcionamento, quando as entender cabíveis para a defesa dos interesses nacionais.

Em suma, o Código Civil disciplina a concessão de autorização para funcionamento destas empresas, enquanto a Lei nº 8.66/93 regula a sua participação em licitações públicas[13]. Assim, o ponto central dessa questão é identificar em quais situações a autorização para funcionamento no Brasil é exigível como requisito para participar em licitações: conforme o que fora elucidado até o momento, se não há "habitualidade" na prestação do serviço licitado, a empresa licitante estrangeira deverá ter apenas representação legal no Brasil.

---

[12] SCHWIND, Rafael Wallbach. "Licitações Internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas no exterior com financiamento externo", São Paulo: Editora Fórum, pp. 39-40.

[13] Ibidem, pp. 52.

4.1. O §8º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 e a polêmica da margem de preferência

A Lei nº 12.349/2010 acrescentou ao art. 3º da Lei de Licitações o princípio da "promoção e desenvolvimento sustentável", juntamente com a possibilidade de aplicar margens de preferência à produtos e/ou serviços produzidos no país que o Poder Executivo Federal considere para fins de promoção de políticas públicas nas mais diversas áreas[14].

O fato é que, além dos benefícios fiscais concedidos à microempresa e empresas de pequeno porte (Lei Complementar nº 123/06), outras eventuais condições mais favoráveis a determinado mercado ou grupo pode ser estabelecido pelo Poder Executivo Federal, por meio de decreto.

Nesse sentido, hipoteticamente, ainda que o órgão licitante preze pelo princípio da isonomia quanto a uniformidade de tratamento entre empresas brasileiras e não brasileiras, e que esta forneça proposta de preço mais vantajosa para a Administração Pública, ainda assim, por uma escolha do governamental, determinado produto ou serviço ofertado em porcentagem superior deverá ter preferência sob a oferta estrangeira.

Observa-se, assim, que no caso em tela, esta seria mais uma barreira para a efetiva participação das empresas estrangeiras em licitações públicas.

5. O Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul – novo incentivo para participação de empresas estrangeiras?

No início de 2018, líderes do Mercosul assinaram o Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul[15] com o intuito de promulgar a

---

[14] **Diálogos Estratégicos – Comércio Internacional e Defesa da Concorrência**. Brasília, v. I, 2018. Disponível em http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacoes-e-analise/revista-dialogos-estrategicos/dialogos-estrategicos-nr-3.pdf , acessado em 22/10/2018.

[15] Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jan-21/opiniao-licitacoes-contratacoes-entre-empresas-mercosul - acessado em 16/05/2018 e http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_040_003_Protoc.Contrat.Publicas%20Merc_Ata%2002_03.PDF - acessado em 25/06/2018.

participação dos Estados-partes em licitações promovidas pelos países do Mercosul em igualdade de condições.

De acordo com o protocolo, todas as licitações para aquisição de produtos e serviços superiores a R$ 500 mil deveriam ser abertos às empresas do bloco. Na hipótese de obras públicas, o montante subiria para R$ 20 milhões.

Conforme elucidado anteriormente, o acordo não inova quanto à possibilidade de participação de empresas estrangeiras em certames no Brasil. Também não há novidade quanto a participação de empresas integrantes do Mercosul, haja vista que o §10º do art. 3º da Lei nº 8.666/93[16] já previa que a margem de preferência poderia, total ou parcialmente, ser estendida aos bens e serviços originários dos Estados-parte do Mercosul.

No entanto, o protocolo serve de lembrete para uma premissa muito conhecida pelo direito da concorrência: quanto maior o número de concorrentes na disputa, maior a oferta e, por conseguinte, maiores as chances de que a Administração Pública (ou quem quer que esteja promovendo o certame) receba propostas com menores preços. O aumento do número de participantes em uma licitação também incentiva a melhoria da qualidade dos bens, serviços, produtos e obras ofertados.

Além disso, reforça-se premissas constitucionalmente previstas, especialmente quanto ao princípio isonomia. Em um primeiro momento, deve a Administração Pública abster-se, evitar e prever a inclusão de cláusulas que possam frustrar ou restringir tanto o caráter competitivo do procedimento licitatório, quanto a participação de empresas estrangeiras nele, ao delimitar especificações excessivas, irrelevantes, desnecessárias ou discriminatórias. Em segundo, deve-se justamente tratar de forma isonômica todos os participantes, assegurando um único procedimento para qualificação das empresas pertencentes ao Mercosul.

Contudo, talvez a maior dificuldade enfrentada caso este acordo seja implementado no ordenamento jurídico brasileiro seja justamente quanto a classificação de empresas pertencentes aos Estado-parte como estrangeira ou não: seriam estas, para fins licitatórios no território brasileira, empresas equiparadas às nacionais, afastando, assim, a incidência do §4º, art. 42 da Lei nº 8.666/93?

---

[16] Redação introduzida por meio da Lei nº 12.349/2010.

6. Editais de licitações públicas: a importância de sua objetividade e clareza para atração de empresas estrangeiras

A União Europeia elaborou, em 2012, documento que analisa fechamento de mercado e outras disfunções em concessões e contratações públicas[17].

Neste estudo, que focou em identificar porque os contratos públicos eram, via de regra, sempre renegociados ou aditivados, identificaram-se questões que podem ser aplicadas ao processo licitatório brasileiro, bem como quanto a efetividade de participação de empresas internacionais.

Em primeiro lugar, verificou-se que os editais não são suficientemente claros e objetivos, de forma que os participantes não sabem exatamente qual será o seu custo. A Administração Pública, mais do que buscar um preço competitivo e menor, especialmente em contratos de logo prazo e complexas licitações, deve também prezar por quesitos como durabilidade, segurança, impacto ambiental e critérios sociais, por exemplo.

Nesse sentido, especificações imprecisas podem afastar licitantes – nacionais ou internacionais – por receio de que esse contrato seja renegociado por uma autoridade pública "oportunista" ou simplesmente por não conseguir prever o seu custo e/ou quantidade reais necessárias para adimplir tão contrato.

Como desdobramento, vislumbra-se uma segunda questão: se os ofertantes já sabem que aquela licitação será - muito provavelmente - renegociada, haja vista a ausência de objetividade e clareza em seu edital, estes podem (i) ser encorajados a apresentar ofertas muito baixas ou (ii) ganhar o contrato mesmo não sendo o candidato mais eficiente.

Dessa forma, o terceiro possível desdobramento seria que (i) a empresa ofertante de preço excessivamente baixo pode não conseguir adimplir o contrato e (ii) a Administração Pública deixou de realizar uma contratação pública eficiente, tendo em vista que eventuais aditivos e renegociações fazem, na verdade, com que a o contrato licitado passe a ser mais oneroso do que necessário.

---

[17] Disponível em http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-IMCO_NT(2012)475126 - acessado em 15/05/2018.

Em suma, tais diretivas prestam-se a elucidar que a ausência de objetividade e especificidade no edital da licitação pública realizada também pode afugentar a participação de empresas estrangeiras.

7. Questões não regulatórias que podem dificultar a participação de empresas estrangeiras

Levando-se em consideração a existência de barreiras regulatórias – como a requisição de autorização para funcionamento no Brasil – e de clareza e objetividade dos editais dos certames, outras questões também podem influenciar na não participação de empresas estrangeiras em certames realizados pelo Estado brasileiro.

Alguns autores defendem que, dentre outros motivos, empresas estrangeiras que não funcionam no Brasil levariam suas receitas para seu país de origem e empregaria cidadãos não brasileiros. Além disso, embora não seja o escopo do trabalho, importante salientar que há determinados setores empresarias que admitem apenas o funcionamento e operacionalização por brasileiros e empresas brasileiras, em nome da segurança e interesse nacionais.

7.1. Não participação de empresa estrangeira e diminuição da concorrência: caso concreto

Com o intuito de exemplificar que a participação exclusiva de empresas nacionais não necessariamente é melhor e mais eficiente, traz-se o seguinte julgado do Tribunal de Contas da União – TCU:

> (...) VI – Restrição à participação de empresa estrangeira (...). Do mesmo modo, o item 3.2.3 vedava a participação de empresas que não funcionassem no País (...). 51. Como existe apenas uma empresa que monta helicópteros no País, a exigência foi inicialmente considerada excessivamente restritiva, ou mesmo indicadora de possível direcionamento. (...) 52. A Unidade Técnica, por seu turno, julga que o edital restringiu indevidamente a competitividade no certame, ao obrigar as empresas estrangeiras interessadas a ter de contar com a intervenção de firmas sediadas no País para participação no pregão, na medida em que oneraria excessivamente seu preço. (...) Entretanto, **cumpre reconhecer que o impedimento implica a incidência de custo adicional nos preços dos**

> **equipamentos fornecidos por empresas estrangeiras, pois, ao incluir uma empresa nacional na intermediação do negócio, pode-se eliminar total ou parcialmente as vantagens tributárias do fornecimento direto à administração**. O critério cria uma situação injusta, uma vez que a empresa nacional competirá com preço do equipamento líquido de impostos, enquanto o estrangeiro terá preços onerados por tributos que, ao final, reverterão para a Administração Pública (TCU – Acórdão nº 2406/2006 – Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça, j. 06.12.2006, DOU, 13 de dezembro de 2006) – grifo nosso.

Ou seja, no caso concreto acima, veja-se que a proibição de participação de empresa estrangeira, na verdade, seria prejudicial à Administração Pública que teria apenas uma empresa nacional apta a participar do procedimento licitatório.

Ademais, vemos novamente a questão da necessidade de autorização de operação no Brasil e como esta é uma relevante barreira: os custos envolvidos em tão operação são tão elevados que desencentivariam o licitante internacional a participar do certame.

8. Considerações finais

Como é sabido, contratações públicas são (devidamente) alvo de constante acompanhamento popular e jurídico, haja vista sua relevância para manutenção de diversos serviços públicos e também por questões comumente interligadas à sua realização, como cartéis, fraudes e corrupção.

Além disso, a Constituição Federal definiu que a licitação pública, ressalvadas exceções legalmente previstas, é o meio pelo qual a Administração Pública adquire, compra e contrata bens e serviços, desde que também observados os princípios constitucionalmente igualmente previstos, como o da livre concorrência e da isonomia.

Quanto a realização propriamente da licitação, é sabido que quanto maior o número de competidores, maior a quantidade de ofertas e, por consequência, maior a probabilidade de obter-se propostas com preço mais baixo. Ademais, o aumento do número de empresas participantes de licitações também incentiva a melhoria da qualidade de bens, serviços e obras.

Com isso, questionou-se porque, então, tão poucas empresas estrangeiras efetivamente participam e logram êxito em certames realizados pela Administração Pública nacional.

A partir do presente estudo verificou-se que, para além do obstáculo regulatório, que tem como maior entrave a necessidade de autorização de funcionamento de empresa estrangeira no Brasil quando o certame demanda habitualidade no fornecimento do produto e/ou serviço, questões não regulatórias também afastam empresas internacionais de participarem de licitações públicas.

Nessa esteira, verificou-se que editais que não gozassem de objetividade e clareza quanto ao que estava sendo licitado pela Administração Pública poderia afastar licitantes (nacionais e internacionais), tornando, inclusive, tal certame ineficiente ao ponto de ensejar o seu inadimplemento.

Além disso, também foi demonstrada a importância de que os órgãos licitantes prezem pelo princípio da isonomia ao não realizar discriminações quanto a origem do participante.

No entanto, em que pese a realização de ações como a assinatura do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, viu-se que, para fomento efetivo da participação de empresas estrangeiras seria necessária alteração legislativa, especialmente na Lei Geral de Licitações, a nº 8.666/93.

Isso porque os esforços para incentivar e igualar empresas dos Estados-parte, por exemplo, a participarem de licitações públicas, ainda permanece o óbice previsto no art. 42, §4º da supramencionada Lei: consideraríamos, então, empresas do Mercosul como nacionais, haja vista que o dispositivo iria de encontro ao intuito do acordo, que é justamente fomentar a competição para melhoria de propostas?

Além disso, até que ponto ou em quais mercados a preferência prevista §8º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 seria justificável e eficiente no que tange ao fomento da competitividade entre empresas brasileiras e estrangeiras?

Estes seriam questionamentos para futuro trabalho, mas, por ora, conclui-se que enquanto não for realizada alteração legislativa (especialmente) na Lei nº 8.666/93, será muito difícil fomentar de forma efetiva a participação de empresa estrangeiras em licitações públicas promovidas pelo Estado brasileiro.

Referências bibliográficas

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **"Direito Administrativo"**, 21ª ed, São Paulo: Editora Atlas.

JÚNIOR, José Cretela. **Das licitações públicas: comentários à Lei Federal nº 8.66/96**.

SCHWIND, Rafael Wallbach. "**Licitações Internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas no exterior com financiamento externo"**, São Paulo Editora Fórum.

International Bidder and Public Procurement in Brazil. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini.

Licitações e Contratações entre empresas dos Estados do Mercosul - https://www.conjur.com.br/2018-jan-21/opiniao-licitacoes-contratacoes-entre-empresas-mercosul

Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul - http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_040_003_Protoc.Contrat.Publicas%20Merc_Ata%2002_03.PDF

An Economic Analysis of the Closure of Markets and other Dysfunctions in the Awarding of Concession Contracts - http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-IMCO_NT(2012)475126

Diálogos Estratégicos – Comércio Internacional e Defesa da Concorrência. Brasília, v. I, 2018. Disponível em http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacoes-e-analise/revista-dialogos-estrategicos/dialogos-estrategicos-nr-3.pdf

MUKAI, Toshio. "**As Licitações internacionais, as normas da Lei nº 8.666/93 e as dos organismos internacionais"**. *Boletim de Licitações e Contratos – blc*, São Paulo, ano X, 1997.

MUKAI, Toshio. **"Curiosa legislação: empresas privadas estão submetidas à obrigatoriedade de proceder a licitações públicas"**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 8, n. 86, 2009.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **"Licitação internacional: normas nacionais x normas estrangeiras (uma visão constitucional)"**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 2, n. 19, 2003.

13. DESIGN INSTITUCIONAL: BALCÃO ÚNICO DE ANTITRUSTE, CONSUMIDOR E CONCORRÊNCIA DESLEAL?

13. INSTITUTIONAL DESIGN: MERGING ANTITRUST, CONSUMER AND UNFAIR COMPETITION AUTHORITIES IN BRAZIL

Eric Hadmann Jasper

Resumo: O legislador brasileiro realizou duas "operações institucionais" importantes em 2012. A primeira foi a fusão de parte da Secretaria de Direito Econômico ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. A segunda foi a cisão do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, antes parte da SDE, e a sua transformação em secretaria de Estado. Mesmo diante das importantes operações institucionais, não se observam estudos sobre as opções e critérios de design institucional no Brasil. O presente artigo é uma tentativa de contribuir para o debate. Não há pretensão de ser conclusivo, busca-se apenas (i) apresentar reflexões sobre os sistemas de defesa da concorrência, do consumidor e adicionar o de proteção contra atos de concorrência desleal, (ii) se indagar se os três sistemas têm pontos em comum que permitam um design institucional integrado; e (ii) explorar alguns critérios para avaliar operações institucionais. Poderia haver balcão único de concorrência, consumidor e concorrência desleal?

Palavras-chave: Design institucional. Balcão único. Concorrência. Antitruste. Consumidor. Concorrência desleal.

Abstract: The Brazilian State carried out two important "institutional transactions" in 2012. The first was the merger of the Secretariat of Economic Law (SDE) and the Administrative Council for Economic Defense. The second was the spin-off and transformation of the Consumer Law Division of the SDE into an independent body. Despite these institutional transactions, Brazilian literature is lacking in analysis of institutional design. The present paper seeks to contribute to filling the gap. The paper is not conclusive or definitive, it seeks to (i) analyze the Brazilian antitrust, consumer law and unfair competition systems, (ii) ask whether the 3 systems cannot be merged and (iii) explore a few criteria for such decision. In other words, could there be a single government body for antitrust, consumer law and unfair competition?

Keywords: Institutional design. Institutional merger. Antitrust. Competition. Consumer protection. Unfair competition.

1. Introdução

As discussões nacionais sobre direito da concorrência se concentram, como é natural, em questões relativas ao direito material e processual. As finalidades do direito da concorrência (*e.g.*, Escolas de Harvard, Chicago e pós-Chicago), aspectos substantivos e procedimentais do controle de estruturas e da repressão a condutas anticompetitivas e como o Poder Judiciário responde às decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") são os principais temas analisados na academia brasileira.[1] Em menor volume, observam-se discussões sobre aspectos estruturais, com foco no sistema de notificação prévia de atos de concentração (relativamente novo no Brasil) e na cooperação internacional em atos de concentração e acordos de leniência.[2,3]

---

[1] Pesquisa dos temas discutidos no seminário anual do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) nos últimos 5 anos demonstra concentração em temas de direito material (*e.g.*, direito da concorrência e direito das obrigações, direito da concorrência e propriedade industrial, participações minoritárias, direito da concorrência de lei anticorrupção, remédios em atos de concentração, metodologia de análise de condutas unilaterais, contratos associativos e diversos temas relativos ao cálculo de penalidades) e direito processual (*e.g.*, acesso a documentos de leniência, *gun jumping*, terceiros interessados no processo do CADE, prova econômica em casos de cartel). É possível observar o mesmo nos últimos 5 anos da Revista de Defesa da Concorrência, editada pelo CADE.

[2] Durante o seminário internacional do IBRAC, em 2017, houve discussão sobre cooperação internacional no painel denominado "Combate a cartéis e soluções cooperativas na América Latina: um panorama geral das lições e desafios futuros". Da mesma forma, a Revista de Defesa da Concorrência (Edição n. 1 de 2016) tratou de cooperação internacional em direito da concorrência no âmbito do Mercosul. Na edição n. 2 de 2014 da referida revista, foram publicados artigos sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a relação entre agência reguladora financeira e autoridade da concorrência, contudo o foco dos artigos foi, respectivamente, a estrutura interna do CADE após a Lei n. 12.529/2011 e o conflito entre CADE e BACEN sobre as fusões de instituições financeiras. Por fim, na edição n. 1 de 2013 da referida revista, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira publicou artigo sobre a *International Competition Network* e cooperação internacional e, na mesma temática, Tatiana de Campos Aranovich analisou o Decreto n. 7.738/2012 e Resolução CADE n. 1/2012 sob a ótica da cooperação internacional.

[3] Um tema estrutural de fronteira refere-se à ideia de um "balcão único" em direito da concorrência, seja no âmbito de controle de estruturas, seja na repressão a

Aspectos relativos ao design institucional de autoridades de defesa da concorrência são tratados na literatura internacional, mas pouco no Brasil. Mesmo após a grande fusão institucional realizada pela Lei n. 12.529/2011 – que uniu a extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ("SDE") ao CADE e alocou para a então Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda ("SEAE"), hoje Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência ("SEPRAC"), a função de "advocacia da concorrência" – ainda não se observam estudos sobre as opções e critérios de design institucional do legislador brasileiro.

Importante lembrar que a fusão institucional promovida pela Lei n. 12.529/2011 ocorreu paralelamente a uma importante cisão institucional. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor ("DPDC"), órgão expressamente previsto no artigo 106 da Lei n. 8.078/1990 e responsável pela política de defesa do consumidor em âmbito federal, fazia parte da estrutura da SDE e a esta era subordinado. Simultaneamente à entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011, o DPDC foi alçado ao patamar de Secretaria de Estado – a Secretaria Nacional do Consumidor ("SENACON") – pelo Decreto n. 7.738, de 28 de maio de 2012, e passou a ser órgão independente da estrutura antitruste.

Diversas agências antitruste internacionais mantém competências de defesa do consumidor e por vezes tem portfolio ainda maior. A *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos da América ("FTC"), por exemplo, acumula funções de direito da concorrência, do consumidor e, com a evolução tecnológica, de proteção à privacidade.[4] A *Competition and*

---

condutas anticompetitivas (i.e., balcão único para acordos de leniência em casos de cartéis internacionais, bem como a forma de harmonização de múltiplas punições a cartéis internacionais). Neste sentido, recentemente, os professores Paulo Burnier da Silveira e Amanda Athayde, ambos da pós-graduação em direito da Universidade de Brasília, lideraram discussões sobre "balcão único" para notificação de fusões internacionais e registro de patentes. No tocante ao direito concorrencial, destacou-se a ideia de Oliver Budzinski de criar um modelo de "jurisdição líder" no qual um conjunto de regras elevaria, voluntária ou obrigatoriamente, uma determinada jurisdição à posição de líder e, por conseguinte, competente para analisar e julgar em última instância fusões com efeitos que ultrapassem as fronteiras dos países afetados.

[4] A estrutura institucional do enforcement antitruste norte americano é composto por duas agências federais, a já mencionada FTC e o *Antitrust Division* do *Department of Justice* ("DoJ"). Esse seria outro tema interessante de estudo: concorrência entre agências com competências compartilhadas. De acordo com

Markets Authority do Reino Unido ("CMA"), a *Fair Trade Commission* da Coreia e a *Netherlands Authority for Consumers and Markets* da Holanda ("ACM") também tem funções antitruste e de proteção ao consumidor. Por outro lado, há jurisdições que optaram por agências especializadas em direito antitruste, como a *Bundeskartellamt* da Alemanha e a *Autorité de la Concurrence* da França. Essas configurações não são estáticas, mudaram com o passar do tempo com fusões, cisões e incorporações institucionais no âmbito internacional.

Por que o legislador brasileiro decidiu cindir órgãos de defesa da concorrência e de defesa do consumidor? Quais critérios são (ou deveriam ser) levados em consideração em decisões dessa natureza? O presente artigo é uma tentativa de contribuir para o debate de design institucional brasileiro. O texto não tem a pretensão de ser conclusivo ou definitivo, buscará apenas (i) apresentar reflexões sobre o sistema de defesa da concorrência, de defesa do consumidor e de proteção contra atos de concorrência desleal e se indagar se os três sistemas têm pontos em comum que permitam se cogitar um design institucional integrado; e (ii) explorar alguns critérios para decidir fundir ou cindir as competências de autoridades de defesa da concorrência, consumidor e concorrência desleal.

O design institucional tem outras variáveis que não serão tema da presente discussão, mas que são igualmente importantes. Por exemplo, para criar um órgão público o legislador deve especificar (i) a relação da agência com o processo político (*i.e.*, o *trade-off* entre autonomia e controle/*accountability*), (ii) o mecanismo de governança (*i.e.*, se será um colegiado ou um único mandatário), (iii) a relação "geográfica" do órgão (*e.g.*, Administração Pública Direta ou Indireta), (iv) instrumentos de *enforcement* (*e.g.*, o órgão terá poderes investigativos amplos ou restritos, poderá celebrar acordos de leniência de forma exclusiva ou concorrente, será uma autoridade com poderes administrativos ou criminais, entre outros), (v) competência exclusiva ou compartilhada (*e.g.*, como ocorre com a FTC e DoJ norte-americanos) e (vi) competência especializada ou portfólio de competências (HYMAN; KOVACIC, 2013).

O presente artigo se dedica apenas ao item "vi" acima e, para tanto, será dividido em cinco seções, incluindo a presente introdução. A segunda parte tratará das razões que justificam o estudo de design

---

David Hyman e William Kovacic, a FTC foi criada em 1914 como alternativa ao modelo de promotoria (*prosecutorial model*) do DoJ e para ter papel mais "pro-ativo" no design de normas de conduta nos negócios.

institucional, bem como uma breve análise das ideias de Douglass North e Ronald Coase. A terceira busca apresentar os pontos em comum entre as políticas públicas de defesa da concorrência, consumidor e concorrência desleal. A quarta elencará alguns critérios de avaliação para a tomada de decisão sobre design institucional. A última apresentará as conclusões.

2. Porque estudar o design institucional: a visão da floresta e da árvore

2.1. A visão da floresta

A ideia de que estruturas jurídicas fomentam a atividade econômica ao alocar, proteger e regular direitos de propriedade não é nova. No início do século 20, Max Weber defendeu que uma "autoridade jurídica racional" (*legal-rational authority*) seria condição precedente para o surgimento do capitalismo (MILHAUPT; PISTOR, 2008, p. 18). Weber se concentrou na ideia de que um sistema jurídico racional deveria ser previsível, consistente e estável. Além disso, deveria ter esferas de competências e hierarquia (*i.e.*, direito a recurso) definidos e todos, inclusive aqueles que criam normas, deveriam estar sujeitos à lei. Ainda de acordo com Weber, a forma mais pura da autoridade jurídica racional seria a burocracia (algo que para "ouvidos modernos" soa contra intuitivo).

As reflexões e conclusões de Weber foram alcançadas após uma comparação entre países nos quais a Revolução Industrial estava ocorrendo e aqueles em que o fenômeno não estava acontecendo. Por um processo de subtração, Weber concluiu que os países que estavam se industrializando possuíam uma ética de trabalho Protestante e o "sistema jurídico racional" acima descrito (MILHAUPT; PISTOR, 2008, p. 18). Essa ideia foi, mais adiante, bastante propagada pelo Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, para citar apenas algumas instituições.

Douglass North, na esteira de Weber, ampliou o debate para as instituições. Em síntese, o prêmio Nobel argumenta que o que separa países ricos de países pobres seria a qualidade das suas instituições. Instituições, de acordo com North, "[...] são restrições criadas por seres humanos que estruturam a interação política, econômica e social [, tais restrições] podem ser informais (sanções, tabu, costumes, tradições e códigos de conduta) e regras formais (constituições, leis, direitos de propriedade)." (NORTH, 1991). As instituições somadas às restrições econômicas determinam os custos de transação e, portanto, a lucratividade e a possibilidade de desenvolver atividade econômica.

Ainda de acordo com North, as instituições mudam de forma incremental e essa mudança é produto, ao menos em parte, da ideia de dependência de trajetória (*path dependence*), *i.e.*, as estruturas institucionais anteriores moldam a capacidade da estrutura atual de reagir a problemas na medida em que estes surgem.

Diante do fato de que instituições criam estruturas de incentivos da economia e que instituições mudam de forma incremental e depende de trajetória, é fundamental observar e analisar tais mudanças, uma vez que podem gerar crescimento, estagnação ou declínio econômico. As escolhas do legislador brasileiro, sob a ótica da floresta (macro), merecem análise detida.

2.2. Examinando a árvore

Além de olhar o sistema jurídico racional e as instituições, também pode ser interessante examinar cada instituição ou conjunto de instituições sob a ótica da árvore (micro). Guardadas as devidas proporções e diferenças que o presente artigo não ignora, talvez a pergunta de Ronald Coase "porque empresas existem?" e "se empresas existem, porque tem determinado tamanho" possa contribuir para o debate.

De acordo com a descrição de Ronald Coase no clássico artigo "*The nature of the firm*", a teoria de preços econômica neoclássica não explicaria a razão de empresas existirem, pois "[…] o sistema econômico normal se ajusta sozinho. Porque sua operação atual é descentralizada, sendo desnecessário vigilância central. Por todo o escopo das atividades humanas e necessidades humanas, a oferta é ajustada à demanda, e produção ao consumo, por meio de um processo que é automático, elástico e ágil."[5]

Se o sistema econômico se ajusta sozinho, porque criar empresas se podemos elaborar inúmeros contratos de fornecimento individuais que poderão prever, com perfeição, as contingências futuras (*e.g.*, flutuações de oferta e demanda)?

A grande evolução de Coase, e que lhe rendeu um prêmio Nobel de economia, foi observar que haveria custos (os conhecidos "custos de

[5] COASE, Ronald Harry. The firm, the market and the law. Chicago: The University of Chicago Press. Coase cita Sir Arthur Salter na página 34.

transação") para utilizar o sistema de mercado descrito pela teoria econômica neoclássica.

Não faria sentido, portanto, partir de premissas da teoria econômica neoclássica como a "tese do contrato completo" (*i.e.*, agentes de mercado conseguem prever todas as contingências futuras e podem, sem custos, elaborar contratos para cobrir todas essas contingências) e a "tese da simetria de informação" (*i.e.*, principal e agente em uma empresa tem informação perfeita e, assim, conseguem elaborar contratos que alinham seus incentivos na direção da maximização do lucro da empresa)[6] para tentar explicar a existência de empresas.

Empresas existiriam porque o contrato de trabalho, por exemplo, reduz significativamente os custos de transação se comparado com contratos de fornecimento individuais (*i.e.*, a empresa detém autoridade sobre empregado e, portanto, maior flexibilidade para adaptar variações de oferta/demanda do mercado e, ainda, não precisa negociar preços reiteradamente, pois há "preço fixo" ou salário).

Também existiriam empresas porque a racionalidade limitada dos seres humanos (*i.e.*, não são capazes de prever todas as contingências futuras) produz contratos incompletos que, por sua vez, resultam na necessidade de decisões sequenciais para adaptação à realidade. Além disso, a natural busca pelo interesse próprio (oportunismo) somada aos contratos incompletos descritos acima, permite que agentes econômicos criem situações em que o contratante se torna refém do fornecedor. Assim, seria economicamente menos custoso formar empresa (ou integrar verticalmente) para regular essa relação.

O fundamento da existência e expansão de empresas também determina suas fronteiras. Para tanto, basta observar a história do famoso diretor executivo da General Electric, Jack Welch, que em apenas dois anos após assumir o cargo, na década de 1980, reduziu o número de unidades de negócios da GE de 150(!) para 15. Grandes empresas com linhas de produtos diversificadas têm dificuldades de gerar economias de escala. Poucos conglomerados podem dizer que conseguem gerar economias de escopo (exceção seria, por exemplo, a Proctor & Gamble, que produz vários produtos de higiene e consegue reduzir custos de design gráfico e marketing).

---

[6] FOSS, Nicolai et al. Theory of the firm. Disponível em: http://encyclo.findlaw.com/5610book.pdf (Acesso em 18.08.2016).

A maior parte das empresas aprende rápido que à medida que se tornam grandes e diversificadas a própria estrutura organizacional da empresa demanda capacidade gerencial mais complexa e mais custosa. A empresa ainda reduz eficiência da administração e dos trabalhadores, pois há limite para a capacidade do ser humano de lidar com grande número de linhas de produtos. A comunicação entre as unidades de negócios se torna mais custosa e o monitoramento de desvios idem.

Como pensar, portanto, na fronteira de competência de um órgão de governo? Soluções extremas são obviamente inválidas: ninguém cria uma agência sem qualquer mandato e também não há super-agência responsável por tudo. A análise da estrutura de custos de transação do Estado – aliada, é claro, ao exame de fatores políticos e, principalmente, de limitações orçamentárias (usualmente e infelizmente o principal e, por vezes, único motor de rearranjos institucionais) – também explica e justifica a fronteira ótima de competências de um órgão da Administração Pública.

3. Potencial relação entre antitruste, consumidor e concorrência desleal

3.1. Direito antitruste como macro-defesa do consumidor

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 173, parágrafo 4º, que a "lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros." O comando constitucional foi concretizado na Lei n. 12.529/2011, que "dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico."

A prevenção às infrações contra a ordem econômica está descrita em maiores detalhes no artigo 88 e seguintes da Lei n. 12.529/2011. De acordo com o parágrafo 5º do referido artigo, fusões, aquisições, incorporações e outras operações societárias somente serão proibidas se resultarem em (i) eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, (ii) criem ou reforcem posição dominante, ou (iii) possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. Ainda que tenham os efeitos negativos acima descritos, poderão ser autorizadas se (i) aumentarem a produtividade ou a competitividade; (ii)

melhorarem a qualidade de bens ou serviços; ou (iii) propiciarem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; mas tais benefícios sempre deverão ser (iv) *repassados, em parte relevante, aos consumidores*.

Nos termos do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, atos de concentração "[...] podem gerar efeitos negativos e positivos simultaneamente [e] [c]umpre ao CADE verificar se os efeitos negativos do AC não superam seus efeitos positivos. Ou seja, se o resultado líquido for não-negativo *para os consumidores*, haverá condições de aprová-lo." (g.n.)

A repressão às infrações contra a ordem econômica, por sua vez, está regulada no artigo 36 e seguintes da Lei n. 12.529/2011. De acordo com o dispositivo, atos de qualquer natureza poderão ser considerados ilícitos se puderem resultar em (i) limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) dominação de mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumento arbitrário de lucros; ou (iv) exercício abusivo de posição dominante. Importante notar que o mesmo artigo protege a aquisição de poder de mercado pelo "processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores".

O parágrafo 3º do artigo 36 contém longa, mas não exaustiva, lista de ilícitos antitruste. Para a finalidade do presente artigo, basta observar a conduta considerada pelo CADE como a mais grave: o cartel. Conforme trecho repetido em inúmeras notas técnicas da Superintendência-Geral do CADE, a razão pela qual o CADE considera os cartéis como a conduta anticompetitiva que merece maior reprimenda é porque "[c]artéis *prejudicam seriamente os consumidores* ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis, e comprometendo a inovação tecnológica." (g.n.)[7]

Nesse sentido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Herman Benjamín, afirmou que "[a] concorrência tem um papel, indireto mas não secundário, na proteção do consumidor. Onde é efetiva,

---

[7] Vide exemplo na Nota Técnica n. Nº 042/2018/CGAA6/SGA2/SG/CADE, disponível em < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTlNgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJlTXxQMN01pTgFwPLudAzY7C_YJkA2D4PB52-FN9U7tFxM-_TaJT1BCj4UVKk8S> (Acesso em 22.06.2018).

os consumidores têm opção de produtos e serviços, assim como melhor informação sobre eles, já que haverá disputa pela sua preferência."[8]

É possível, portanto, defender que o direito concorrencial brasileiro busca proteger o bem-estar do consumidor.[9] Entende-se, ademais, que o direito antitruste busca a proteção do bem-estar do consumidor por meio de intervenção na estrutura de mercados relevantes (macro) e não nas relações individuais entre concorrentes (horizontal), entre empresas e seus fornecedores (vertical), entre empresas em mercados "vizinhos" (conglomerados) e, por fim, entre empresas e consumidores.

Não por outra razão, o Regimento interno do CADE determina, no artigo 175, que "[n]ão será admitida a instauração de qualquer das espécies de tipos processuais previstas na Lei nº 12.529, de 2011, para apurar fatos que constituam lide privada, sem interesse para a coletividade [...]". Trata-se da materialização da máxima de que o direito concorrencial protege a concorrência e não os concorrentes.[10,11]

---

[8] BENJAMÍN, Antonio H. *Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos*. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8860/Prote%C3%A7%C3%A3o_do_Consumidor_e_Patentes.pdf> (Acesso em 23.6.2018).

[9] Apesar de não ser objeto direto da presente discussão, é óbvio que o conceito de "consumidor" para o direito antitruste e para o direito do consumidor merece análise, pois há nítidas diferenças. O Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE não tem definição de consumidor, nem mesmo no item 3.2 (p. 45) quando trata do termo "bem-estar do consumidor". O documento equivalente na Europa traz definição de "consumidor" na nota de rodapé 105 ao dizer que "[...] o conceito de 'consumidores' engloba os consumidores intermédios e finais, ou seja, os utilizadores dos produtos abrangidos pela concentração. Por outras palavras, na acepção desta disposição, a noção de consumidores inclui os clientes potenciais e/ou efectivos das partes na concentração."

[10] "*Taken as a whole, the legislative history illuminates congressional concern with the protection of competition, not competitors, and its desire to restrain mergers only to the extent that such combinations may tend to lessen competition.*" (Suprema Corte dos Estados Unidos, caso *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962))

[11] "Não existem elementos contundentes nos autos que possam conduzir ao entendimento de que a coletividade possa ser afetada pela operação e. conforme dispõe o Parágrafo único do artigo 2° da Lei de Defesa da Concorrência. 'a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica não pode se prestar à defesa de interesses

O que é efetivamente discutido no direito antitruste brasileiro e internacional há décadas é a forma como esse bem-estar deve ser protegido.[12] Nesse sentido, não foi possível encontrar melhor síntese que a realizada pelo professor Hovenkamp:

> [N]ão podemos identificar regras sem considerar o significado de ideologias e slogans que se encontram subentendidos, e 'bem-estar do consumidor' é o mais poderoso, retoricamente. As principais ideologias antitruste são as escolas de Chicago, Harvard e a alternativa 'pós-Chicago'. Apesar de, em determinado momento, ter sido diferente, hoje essas escolas não definem diferentes objetivos para o antitruste. Na maior parte, todas as três concordam que a proteção do bem-estar do consumidor é a finalidade maior do antitruste. As diferenças restantes se encontram nas suas visões sobre como o antitruste pode melhor atingir essa finalidade. Suas diferenças refletem premissas conflitantes sobre a complexidade e robustez dos mercados, bem como avaliações distintas da capacidade de o Poder Judiciário e de outros órgãos de governo corrigirem falhas de mercado. Em sua forma mais extrema, a escola de Chicago defende que mercados são relativamente simples e tendem naturalmente a resultados competitivos. Em contraste, instituições governamentais são fracos instrumentos para desenvolver o que mercados podem fazer sozinhos. De uma forma ou de outra, as outras escolas discordam ou qualificam essas duas premissas. (HOVENKAMP, 2009, p. 31)

Ao defender o funcionamento eficiente do mecanismo de mercado prevenindo operações societárias que poderiam criar ou reforçar, artificialmente, poder de mercado e reprimindo condutas que buscam falsear o eficiente funcionamento desse mesmo mecanismo, o CADE está restringindo a livre iniciativa no menor grau possível para permitir a existência de livre concorrência. O que é considerado maior ou menor grau de restrição à livre iniciativa, este artigo deixa a critério do leitor em sua

---

de cunho privado dos concorrentes. A Lei deve proteger a concorrência, não os concorrentes." (Ato de Concentração n. 08012.004668/2000-15, Norton/Chemfab, Relator Thompson Andrade, fls. 788/789).

[12] Recente tese de doutorado de Bruno Braz de Castro traz esse debate para as praias brasileiras. A tese está disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-ASUFJG/bruno_braz_de_castro___vers_o_02.pdf?sequence=1> (Acesso em 22.06.2018).

busca pelas discussões nacionais e internacionais sobre as escolas norte-americanas e como países em desenvolvimento deveriam interpretá-las ou ampliá-las ou ignorá-las. O que se pode concluir, em artigo preliminar como este, é que, em última linha, é o bem-estar do consumidor que é protegido pelo CADE quando a autoridade busca corrigir a falha de mercado que é o poder de monopólio.

3.2. Direito do consumidor como defesa na microesfera

A regulação das relações individuais[13] de consumo realizada, principalmente, por meio da aplicação da Lei n. 8.078/1990 ("CDC") tem justificativa, sob a ótica econômica, na correção de falhas de mercado específicas.[14] A primeira e principal falha de mercado que o CDC busca corrigir é a assimetria de informação. A maior parte das regras previstas no código busca forçar fornecedores de produtos e serviços a prestarem informações corretas e completas aos consumidores, uma vez que o

[13] Mesmo as ações coletivas previstas, por exemplo, no artigo 91 do CDC buscam responsabilizar os fornecedores por "danos individualmente sofridos" pelos consumidores. Trata-se, na verdade, de ferramenta de reequilíbrio do fato de haver, em diversos casos, alto custo de transação de os consumidores buscarem ressarcimento de valores que, individualmente, são baixos, mas que coletivamente somam danos substanciais.

[14] Não se ignora a discussão doutrinária em direito do consumidor sobre a justificação da existência da referida proteção normativa com fundamento na vulnerabilidade do consumidor. Neste sentido, afirmou Claudia Lima Marques: "[a] vulnerabilidade, como afirma sempre Antonio Herman Benjamin, é a 'peça fundamental' do direito do consumidor, é 'o ponto de partida' de toda a sua aplicação [...]" (BENJAMIN; LIMA MARQUES; BESSA, 2014, p. 103)

mercado não é capaz de criar tal estrutura de incentivos.[15,16,17,18,19] As demais regras do CDC, em menor volume, buscam reduzir a assimetria econômica e técnica do consumidor perante os fornecedores[20], o que, por si só, não configura falha de mercado mas resultado natural da estrutura da economia.

Tendo em vista que a assimetria informacional, econômica e técnica do consumidor perante o fornecedor pode ocorrer mesmo se ausente poder de mercado, fica nítida a natureza complementar entre o direito da concorrência e o direito do consumidor. É nesse sentido que se manifestou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Herman Benjamín:

---

[15] Vide, por exemplo, o CDC, art. 8° Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. § 1º Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

[16] Vide, por exemplo, o CDC, art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

[17] Vide, por exemplo, o CDC, art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

[18] Vide, por exemplo, o CDC, art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

[19] Vide, por exemplo, o CDC, art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

[20] Ao permitir, por exemplo, a inversão do ônus probatório, o CDC reduz os custos de litigar do consumidor (redução de assimetria financeira e técnica do consumidor) e aumenta os incentivos para o fornecedor manter e disponibilizar ao Poder Judiciário informações sobre seu relacionamento comercial com o consumidor (vide artigo 6º, inciso VIII).

> É equivocado imaginar-se que a proteção do consumidor nasceu 'do nada'. Em realidade, o movimento consumerista encontra parte de sua origem na luta mais antiga contra os monopólios, os oligopólios e as práticas de dominação de mercado. É daí, na fase que precede o consumo (o plano concorrencial), que vamos localizar uma primeira preocupação com a posição de vulnerabilidade do consumidor. É ele então protegido, não de modo direto, mas pela via transversa da garantia de um modelo concorrencial genuíno. É tutela indireta, na esteira do adágio de a 'concorrência é o melhor amigo do consumidor'. (BENJAMÍN)

Da mesma forma, o professor Roberto Pfeiffer – ex-conselheiro do CADE e Procurador do Estado de São Paulo que exerceu a função de Diretor Executivo da Fundação Procon do Estado de São Paulo – defendeu que:

> A defesa da concorrência traz nítidos benefícios para o bem-estar do consumidor, na medida em que tutela as condições propícias para o exercício de direito de escolha, bem como preserva os mecanismos competitivos de formação de preço e de incentivos à inovação e aperfeiçoamento de bens e serviços. A defesa do consumidor também beneficia a concorrência, na medida em que garante o acesso às informações adequadas, veda a publicidade enganosa e assegura a liberdade de contratação, estabelecendo um padrão de competição baseado na boa-fé e transparência. Assim, a proteção do consumidor e a defesa da concorrência são duas políticas públicas que devem ser executadas de modo harmônico e que rendem benefícios mútuos. (PFEIFFER, 2015).

Não há dúvida sobre quem o direito do consumidor busca proteger, o que se buscou demonstrar na presente seção foi que o combate a atos ou omissões lesivas ao consumidor é realizado por ângulo distinto daquele que é foco do direito da concorrência.

O direito do consumidor, diferentemente do antitruste, está preocupado com cada ato[21] e contrato individual de fornecimento de produtos ou serviços. A despeito do diferente ângulo, o direito do consumidor e o direito da concorrência são complementares. Como já visto, a política de defesa da concorrência defende, na última linha, o bem-

[21] Interessante notar que nem sempre é necessário que exista uma relação de consumo para ocorra a responsabilização de um fornecedor. Para tanto, basta pensar em situações de acidentes de consumo ou oferta de produtos não solicitados pelo consumidor.

estar do consumidor. A política de defesa do consumidor, ao reduzir a assimetria de informação entre consumidor e fornecedor, contribui para o fomento da competição entre empresas, uma vez que maior transparência permite que empresas mais eficientes consigam alcançar os consumidores de forma mais rápida e menos custosa, reduzindo importante barreira à entrada. A aplicação das duas políticas públicas deve ser harmônica e coordenada, como bem defendeu o professor Roberto Pfeiffer.

3.3. Concorrência desleal: proteção do concorrente e do consumidor

A relação entre direito antitruste e direito do consumidor é mais nítida do que a relação entre esses campos e o combate a práticas de concorrência desleal. A política pública de combate a atos de concorrência desleal está descrita no final da Lei n. 9.279/1996 ("LPI"), sendo que a referida norma, em grande parte, se dedica à proteção da propriedade industrial (*i.e.*, patentes de invenção e de modelo de utilidade, desenhos industriais, marcas e indicações geográficas) e apenas nos artigos 195 e seguintes se preocupa com a ilicitude de atos de concorrência desleal.[22]

Contrariamente aos direitos antitruste e do consumidor, que são primordialmente sistemas de direito administrativo e cível, o combate a atos de concorrência desleal tem, originalmente, natureza criminal. Diz-se "originalmente" porque o artigo 207 da LPI prevê que "[i]ndependentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis [...]" para a reparação de eventuais danos sofridos. Apesar de o presente estudo não ter realizado pesquisa empírica, é razoável defender a hipótese de que o maior volume de medidas de combate à concorrência desleal encontra-se na seara cível, uma vez que a baixa penalidade criminal (*i.e.*, 3 meses a 1 ano ou multa) leva à consequente possibilidade de

[22] De acordo com Alberto Luís Camelier da Silva, "[apesar de] a legislação nacional e mesmo a convencional evita[r] definir concorrência desleal [...] concorrência desleal é todo e qualquer ato praticado por um industrial, comerciante ou prestador de serviço contra um concorrente direto ou indireto, ou mesmo um não concorrente, independentemente de dolo ou culpa, utilizando-se de meios ilícitos com vistas a manter ou incrementar sua clientela, podendo ou não desviar, em proveito próprio ou de terceiro, direta ou indiretamente, clientela de outrem." (DA SILVA, 2013, p. 63)

conversão da penalidade de detenção em restrição de direitos.[23] A busca por ressarcimento cível aparenta ter melhor relação custo-benefício.

Diferentemente do direito antitruste, mas de forma similar ao direito do consumidor, o combate a atos de concorrência desleal é realizado de forma individualizada. No âmbito criminal, as ações penais relativas a atos de concorrência desleal são de iniciativa privada (*i.e.*, dependem de queixa-crime) e a vítima tem prazo de apenas 6 meses para realizar a referida queixa e buscar a repressão da conduta delitiva (vide artigo 38 do Código de Processo Penal). Na esfera cível, como visto acima, cabe exclusivamente ao prejudicado pelo de ato de concorrência desleal levar seu pleito de perdas e danos ao Poder Judiciário.[24]

Interessante para o presente estudo notar que a LPI não outorgou a qualquer autoridade administrativa a competência de prevenir ou reprimir atos de concorrência desleal. Nesse sentido, destaca-se o Parecer n. 20/2008 da Procuradoria Federal perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial ("INPI"), segundo o qual:

> A concorrência desleal é uma espécie de concorrência ilícita, que ao contrário da infração à ordem econômica que ameaça as estruturas da economia de mercado, seus reflexos só atingem o empresário que é vítima direta de sua prática, razão pela qual não há na legislação brasileira repressão administrativa à sua prática, apenas civil e penal. [...]
>
> O INPI, como autarquia federal responsável por registros de marcas, concessão de patentes, averbação de contratos de transferência de tecnologia e de franquia empresarial, e por registros de programas de computador, desenho industrial e indicações geográficas, de acordo com a Lei da Propriedade Industrial, não possui o poder de polícia para analisar a materialidade e culpabilidade de um ilícito penal. Ou seja, por ser a concorrência desleal um tipo penal, o julgamento de

[23] Vide artigos 61 e 62 da Lei n. 9.099/1995.

[24] Além do artigo 207, também merece destaque o artigo 209 da LPI, segundo o qual "[f]ica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio."

> questões dessa espécie cabe exclusivamente ao Poder Judiciário.[25]

Ao contrário do que afirmou a Procuradoria Federal perante o INPI e de forma semelhante ao defendido pelo professor Roberto Pfeiffer quando examinou a relação entre defesa da concorrência e do consumidor, entende-se que seria sim possível argumentar que o combate a práticas ilícitas de concorrência desleal protege diretamente o empresário, mas também o consumidor e, de forma indireta, o próprio mercado.

Para tanto, o presente artigo apresenta uma sugestão de categorização geral de atos de concorrência desleal. Haveria dois tipos de medidas de combate à concorrência desleal: aquelas que protegem diretamente os concorrentes, mas também diretamente os consumidores (Tipo 1) e aquelas que protegem apenas os concorrentes (Tipo 2). Em ambos os casos, há exemplos que tem efeitos benéficos ao mercado, de forma ampla.[26]

Os primeiros atos de concorrência desleal que podem ser considerados de Tipo 1 referem-se aos chamados "atos confusórios". Dessa modalidade, é possível citar o artigo 195, inciso IV, segundo o qual será considerado ilícito utilizar "[...] expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos". Da mesma forma, promovem aumento de assimetria de informação entre consumidores e fornecedores aqueles que usam "[...], indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências" (artigo 195, inciso V, da LPI).

A segunda modalidade de atos de concorrência desleal que podem ser considerados de Tipo 1 são aqueles relativos à "propaganda

---

[25] ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Parecer INPI/PROC/DIRAD n. 20/2008*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em <http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Refer%C3%AAncias#Pareceres-normativos> (Acesso em 23.6.2018).

[26] Importante observar que os atos de concorrência desleal, ao menos no tocante à proteção pela ferramenta da responsabilidade civil, não estão limitados a lista contida no artigo 195 da LPI (vide artigo 209 da LPI). Exemplo disso é o conceito de trade dress, já utilizado diversas vezes pelo Poder Judiciário e que tem fundamento em ato de concorrência desleal não listado no artigo 195. No âmbito criminal, o rol seria taxativo, por respeito ao princípio da legalidade, conforme previsto no artigo 5, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

dispersiva". Ocorre esse tipo de ilícito quando um concorrente "substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento" (artigo 195, inciso VI, da LPI) ou quando vende/expõe/oferece, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado (artigo 195, inciso VIII, da LPI).

Como é possível observar, o combate aos atos confusórios e àqueles que promovem propaganda dispersiva tem o mesmo efeito de diversas medidas protetivas aos consumidores previstas no CDC, qual seja, o de reduzir a assimetria de informação entre consumidores e fornecedores. Nesse caso, a proteção da LPI complementa o direito do consumidor, uma vez que não há exigência de existência de relação de consumo ou até mesmo de efetiva venda de produtos para pessoas naturais ou jurídicas não consideradas consumidores. O que deve haver, para a configuração de ato de concorrência desleal, é apenas a prova da concorrência, mesmo que potencial. Apesar de não ser a atual prática, seria razoável defender a hipótese de o Poder Judiciário realizar tal prova por meio da definição do mercado relevante, nos mesmos moldes do CADE.

As medidas de Tipo 2 são categorizadas na doutrina de propriedade intelectual como (i) atos tendentes ao descrédito (*e.g.*, prestar/divulgar, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem, conforme artigo 195, inciso II, da LPI); (ii) atos tendentes ao erro (*e.g.*, publicar falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem, conforme artigo 195, inciso I, da LPI; e atribuir-se distinção que não obteve, conforme artigo 195, inciso VII, da LPI); e (iii) atos atentatórios à organização de concorrente (*e.g.*, dá/promete dinheiro ou vantagem a empregado de concorrente para que este lhe proporcione vantagem, conforme artigo 195, inciso IX, da LPI; recebe dinheiro/vantagem para proporcionar vantagem a concorrente, conforme artigo 195, inciso X, da LPI; divulga/explora/utiliza, sem autorização, informações confidenciais a que teve acesso por relação contratual ou de emprego, mesmo após fim do contrato, conforme artigo 195, inciso XI, da LPI).

Mesmo algumas medidas que foram categorizadas no presente artigo como de Tipo 2 podem ter efeitos protetivos ao consumidor. Os atos tendentes ao descrédito e os atos tendentes ao erro, por exemplo, afetam diretamente o nível de informação que o consumidor possui sobre um determinado fornecedor, resultando em desvio indevido e provavelmente ineficiente de clientela. A presente classificação não é estanque ou definitiva, mas optou-se por encaixar essas duas modalidades no Tipo 2 pela relação mais direta com a proteção do negócio que do consumidor. Os

atos atentatórios à organização de concorrente são mais nitidamente classificáveis como Tipo 2.

Apesar de uma relação mais distante com a defesa da concorrência e o direito do consumidor, a presente seção tinha o objetivo de demonstrar a possibilidade de se relacionar as duas políticas públicas que já estiveram unidas sob o mesmo telhado da SDE com a política pública que está dispersa no Poder Judiciário. Não se buscou avaliar normativamente essa escolha do legislador, mas apenas sugerir que o combate a atos de concorrência desleal também seja levado em consideração por aqueles que tomam decisões sobre o design institucional brasileiro.

4. Alguns critérios de avaliação de design institucional

Partindo-se da premissa que as três áreas do direito acima exploradas poderiam ser consideradas relacionadas o suficiente para se cogitar uma "operação institucional" (*i.e.*, uma fusão ou transformação institucional), é necessário discutir quais seriam os critérios de avaliação de uma decisão dessa natureza.

A primeira sugestão seria, por óbvio, levar em consideração a *coerência entre as políticas públicas* (HYMAN; KOVACIC, 2013). As seções anteriores se dedicaram a apresentar a possibilidade de existência de coerência entre as competências delegadas ao CADE, à SENACON e demais membros do chamado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor ("SNDC")[27] e ao Poder Judiciário pela LPI. Contudo, independentemente da conclusão sobre a existência de coerência suficiente para uma "operação institucional", é importante perceber que seria mais provável que sinergias decorressem de "operações institucionais" nas quais há maior grau de coerência entre os objetivos/finalidades/bens juridicamente tutelados.

Da mesma forma, "operações institucionais" entre órgãos com competências muito díspares poderiam resultar em "esquizofrenia regulatória" ou mesma paralisia institucional. Por exemplo, a fusão de uma agência antitruste e uma autoridade de defesa comercial não seria bem-sucedida, pois uma autoridade de defesa da concorrência está preocupada

[27] Para mais informações sobre o SNDC, vide <http://justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/a-defesa-do-consumidor-no-brasil/anexos/sistema-nacional-de-defesa-do-consumidor-sndc> (Acesso em 24.6.2018).

com redução de poder de mercado (e de preços), enquanto uma autoridade de defesa comercial busca a promoção das exportações nacionais, investimentos e a competitividade internacional do País, o que pode resultar em aumento de poder de mercado em território nacional para permitir maior competitividade no foro mundial. Não por outra razão é comum que o CADE, em decisões administrativas, envie recomendação à Câmara de Comércio Exterior ("CAMEX") para redução de tarifas ou levantamento de medidas antidumping.

Um segundo critério a ser levado em consideração seria a *credibilidade ou marca regulatória*. A reputação de um órgão público funciona como uma marca de uma empresa, pois transmite informação sobre a qualidade do produto ou serviço ofertado. A marca de um órgão público também transmite à população informação sobre a função do órgão e suas prioridades.

Uma "operação institucional" que reúna, por exemplo, dois órgãos públicos com marcas em diferentes estágios de consolidação pode resultar na diluição da marca de maior valor. Também pode criar, perante o público interno (*i.e.*, servidores públicos) e externo, confusão sobre as prioridades do novo órgão. A preservação de uma marca institucional também tem valor perante o Poder Judiciário (*i.e.*, órgãos de maior credibilidade tendem a receber maior deferência no momento de revisões de suas decisões administrativas, ao menos em questões de substância) e o Poder Legislativo (*i.e.*, alterações legislativas que o referido órgão busque perante o Poder Legislativo serão mais ou menos custosas a depender de sua credibilidade institucional) (HYMAN; KOVACIC, 2013).

Por outro lado, a multiplicidade de competências de um órgão público tem a vantagem de tornar a sua potencial captura por interesses de grupos de pressão mais custosa e, portanto, auxiliar o referido órgão a manter-se autônomo. Isso porque, o maior número de áreas de competência resulta em maior número de "concorrentes" no processo de captura, tornando-o mais caro (HYMAN; KOVACIC, 2013).

Como visto acima, a reunião de competências em único órgão pode ter efeitos deletérios para o público interno. Logo, um terceiro critério a ser levado em consideração seria a *coesão organizacional interna*. Em outras palavras, ao se definir uma "operação institucional" é necessário realizar o design de forma a mitigar o surgimento de culturas organizacionais, objetivos e estratégias entre as unidades de um mesmo órgão. A ausência de coesão interna pode gerar custos relevantes para uma agência governamental (HYMAN; KOVACIC, 2013).

Decisões relativas a "operações institucionais" podem ser tomadas em momento de crise financeira e orçamentária. Há vários exemplos recentes de fusões de autoridades de defesa da concorrência com autoridades de direito do consumidor na Europa após a crise de 2008. A CMA do Reino Unido e a ACM da Holanda são apenas dois exemplos.

Apesar de análises sobre a necessidade ou não de "operações institucionais" serem realizadas, muitas vezes, sob a pressão de uma crise orçamentária, fato é que a *redução de custos* é um critério relevante. A integração de múltiplas funções a um órgão único pode resultar em redução de custos administrativos, mas também na *redução de custos relativos ao intercâmbio de informações entre órgãos*. Para observar a relevância desse critério basta examinar a quantidade de convênios[28] e acordos nacionais[29] e internacionais[30] que o CADE possui apenas para intercâmbio de informações. O último acordo celebrado pelo CADE, em 17.5.2018, foi exatamente para intercâmbio de informações com a SENACON, algo que não seria necessário na estrutura anterior à Lei n. 12.529/2011 (OCDE, 2015).

Há diversos outros critérios explorados, principalmente, por HYMAN & KOVACIC e em documento da OCDE já citado, como (i) a *capacidade* da autoridade de receber novas atribuições, tanto sob a ótica de recursos financeiros como de ferramentas de *enforcement* para exercer o novo mandato; (ii) a *adaptabilidade do ecossistema regulatório* a mudanças que podem gerar disputas de competência entre agências (*e.g.*, conflito regulatório entre CADE e Banco Central do Brasil sobre atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional); e (iii) os *efeitos colaterais no ecossistema regulatório* de mudanças de competências (*e.g.*, a dificuldade do Estado brasileiro em organizar os efetivos responsáveis por acordos de leniência e colaborações premiadas no âmbito da nova legislação anticorrupção).

Por fim, é importante lembrar que o design institucional deve levar em consideração outras variáveis que não foram tema da presente discussão, mas que são igualmente importantes. Por exemplo, para criar

---

[28] Vide http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/convenios-e-transferencias/convenios

[29] Vide http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais

[30] Vide http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/assuntos/internacional/cooperacao-bilateral-1

um órgão público o legislador deve especificar (i) a relação da agência com o processo político (*i.e.*, o *trade-off* entre autonomia e controle/*accountability*), (ii) o mecanismo de governança (*i.e.*, se será um colegiado ou um único mandatário), (iii) a "geolocalização" do novo órgão[31], (iv) os instrumentos de *enforcement* (*e.g.*, o órgão terá poderes investigativos amplos ou restritos, poderá celebrar acordos de leniência de forma exclusiva ou concorrente, será uma autoridade com poderes administrativos ou criminais, entre outros), e (v) competência exclusiva ou compartilhada (*e.g.*, como ocorre com a FTC e DoJ norte-americanos).

5. Conclusões

Como apontado na introdução, o presente artigo buscou contribuir para o debate brasileiro de design institucional por meio da reflexão sobre os pontos de interseção e diferenças entre os sistemas de defesa da concorrência, do consumidor e de combate a atos de concorrência desleal. A pergunta referia-se à possibilidade de se criar uma "Autoridade Brasileira de Defesa do Consumidor e dos Mercados" ("ABCOM") para proteger consumidores, concorrentes e o próprio mecanismo de mercado.

A presente discussão não tratou de variáveis importantes, como a relação da agência com o processo político, o mecanismo de governança, a geolocalização político-institucional do órgão e os instrumentos de *enforcement*. Buscou-se apenas experimentar com a ideia de um balcão único nas relações de mercado sob a ótica da coerência material entre as políticas públicas.

O primeiro critério apresentado para a avaliação da pergunta foi exatamente a existência ou não de coerência entre as referidas políticas públicas. Sob esse aspecto, o presente artigo defendeu haver nítida coerência entre as políticas públicas de defesa da concorrência e do

[31] Nesse ponto, destaque-se que a decisão de atribuir competências a uma agência reguladora da Administração indireta ou a uma Secretaria de Estado pode ser determinante para o resultado regulatório. Se esta nova agência ou órgão será vinculado ao Ministério X ou Y também determinará não apenas quem tomará as decisões, mas também como tais decisões serão tomadas. Para tanto, basta imaginar uma "operação institucional" em uma zona cinzenta de competências entre o Ministério da Agricultura e o Ministério do Meio Ambiente.

consumidor. Ambas defender o bem-estar do consumidor por meios e ferramentas distintas.

Não fazia parte do corte epistemológico do presente artigo avaliar as estruturas atuais de defesa da concorrência e de defesa do consumidor, mas um breve comentário é necessário. O presente artigo não ignora o potencial custo institucional de se colocar sob o mesmo guarda-chuva um sistema primordialmente administrativo, federalizado e apenas residualmente judiciário (*i.e.*, ações de indenização por danos de cartel, que são ainda incipientes no Brasil) e um sistema administrativo, pulverizado em políticas e normas estaduais e judicializado. Contudo, o Brasil já tem experiência na união dessas duas funções e não há relatos de desvantagens ou ineficiências especificamente relacionadas à junção dessas duas funções na SDE. Seria interessante estudo sobre eventuais ganhos de eficiência oriundos da criação da SENACON, mas estes não foram localizados.

A coerência entre as políticas de defesa da concorrência e consumidor e o combate de atos de concorrência desleal não é tão óbvia. Apesar de alocada na LPI, a política pública de combate a atos de concorrência desleal não está vinculada materialmente ao direito da propriedade intelectual. Os artigos 183 a 194 da referida norma tratam especificamente dos crimes contra a propriedade industrial (*i.e.*, patentes, desenhos industriais, marcas e indicações geográfica), o artigo 195 e seguintes não depende da existência de direito de propriedade industrial para sua aplicação. Além disso, os atos confusórios e os atos de propaganda dispersiva combatidos pela LPI contém similaridades com discussões relativas a publicidade enganosa no direito do consumidor. Também compartilham o efeito positivo de reduzir a assimetria de informação entre consumidores e fornecedores, além de proteger os próprios fornecedores de concorrentes desleais. Mesmo as medidas de Tipo 2 tem efeitos protetivos ao consumidor e, indiretamente, ao mercado, uma vez que fomentam a competição pela eficiência produtiva e não por estratégias de descrédito, erro e de atentados à organização do concorrente.

A política de combate a atos de concorrência desleal ainda poderia se beneficiar de eventual atribuição de competência à ABCOM. Primeiro por introduzir no sistema ferramentas econômicas úteis como aquelas utilizadas pelo CADE para definição de mercado relevante. A fusão das três áreas em uma única agência traria a harmonização entre direito da concorrência e do consumidor defendida pelo professor Roberto Pfeiffer e ainda traria maior nível de estabilidade e coerência na aplicação

da política de combate a atos de concorrência desleal, pulverizada exclusivamente no Poder Judiciário estadual.

Por fim, além da nítida redução de custos do necessário intercâmbio de informações entre as três esferas – o que é comprovado pela quantidade de convênios e acordos de cooperação institucional celebrados pelo CADE –, um balcão único na ABCOM transferiria a credibilidade que a marca de defesa do consumidor possui perante o público e o Poder Legislativo para as duas outras áreas. Isso facilitaria o entendimento do público sobre as funções da defesa da concorrência e do combate à concorrência desleal, bem como permitiria menor custo de transação para aprovações legislativas e busca de orçamento perante o Congresso Nacional. Por outro lado, o respeito angariado pelo CADE perante o Poder Judiciário em razão da utilização de critérios objetivos e ferramental econômico seria benéfico ao direito do consumidor.

Referências Bibliográficas

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Parecer INPI/PROC/DIRAD n. 20/2008*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em <http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Refer%C3%AAncias#Pareceres-normativos> (Acesso em 23.6.2018).

BENJAMIN, Antonio H. *Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos*. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8860/Prote%C3%A7%C3%A3o_do_Consumidor_e_Patentes.pdf> (Acesso em 23.6.2018).

BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Cláudio L.; BESSA, Leonardo R. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BUDZINSKI, Oliver. *Lead Jurisdiction Concepts Towards Rationalizing Multiple Competition Policy Enforcement Procedures*. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2458663> (Acesso em 18.6.2018).

CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia para análise de atos de concentração horizontais*. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf> (Acesso em 18.6.2018).

CSERES, K.J. *Integrate or separate: institutional design for the enforcement of competition law and consumer law*. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2013-03. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2200908> (acesso em 20 de junho de 2018).

CAMELIER DA SILVA, Alberto L. *Concorrência desleal: atos de confusão*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOSS, Nicolai et al. *Theory of the firm*. Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/5610book.pdf> (acesso em 20 de junho de 2018).

HYMAN, David; KOVACIC, William. *Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?* Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2110351> (acesso em 21 de junho de 2018).

HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

MILHAUPT, Curtis; PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism: what corporate crisis reveal about legal systems and economic development around the world*. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

NORTH, Douglass. *Institutions*. Journal of Economic Perspectives, Volume 5, Número 1, 1991, páginas 97-112. Disponível em <https://campus.fsu.edu/bbcswebdav/orgs/econ_office_org/Institutions_Reading_List/02._Institutional_Quality_and_Growth/North,_D._C.-_Institutions> (acesso em 20 de junho de 2018).

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Summary record: annex to the summary record of the 123rd meeting of the competition committee held on 15-19 june 2015 - key points of the roundtables on changes in institutional design. Disponível em <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL&docLanguage=En> (Acesso em 24.6.2018).

PFEIFFER, Roberto A. C. *Defesa de concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

14. BIG DATA E REGULAÇÃO: O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE O DIREITO DO CONSUMIDOR E DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

14. REGULATION OF BIG DATA: THE NECESSARY INTERPLAY BETWEEN CONSUMER PROTECTION AND COMPETITION LAW FOR THE EFFECTIVE PROTECTION OF PERSONAL DATA

Ana Luisa Tarter Nunes

Resumo: O presente trabalho propõe afastar a teoria de “microssistemas” de direito do consumidor e direito da concorrência para enfrentar a temática de regulação do *Big Data*. Sustenta-se que o reconhecimento da pluralidade de normas, ramos do direito ou de disciplinas jurídicas não se confunde com a fragmentação (reconhecimento de *microssistemas*), sob o risco de ameaçar a unidade do sistema. Para subsidiar o tema, enfrenta-se o cabimento do direito concorrencial para regular mercados digitais e a necessidade de adequação dos tradicionais instrumentos de análise concorrencial baseados no preço para a regulação de mercados caracteristicamente bilaterais.

Palavras-Chave: *Big Data*. Proteção de dados. Privacidade. Direito concorrencial. Microssistema. Direito do consumidor.

Abstract: This paper aims to demonstrate the inadequacy of the theory of "microsystems" of consumer law and competition law to address the issue of regulation of Big Data. It is argued that recognition of the plurality of norms, branches of law or legal disciplines is not confused with fragmentation (recognition of *microsystems*), at the risk of threatening the unity of the system. In order to subsidize the issue, it is argued that the antitrust law must be used to regulate digital markets and the need to adapt the traditional price-based competitive analysis instruments to the regulation of characteristically bilateral markets.

Keywords: Big data. Data protection. Privacy. Competition law. Microsystem. Consumer's right.

1. Introdução

Como decorrência das rápidas mudanças tecnológicas e da contínua disseminação do acesso aos dados, o crescimento da economia digital ensejou o surgimento de modelos de negócios diferenciados, marcados pela multiplicação exponencial do volume de dados coletados, processados, analisados e utilizados pelas empresas em diferentes mercados.[1]

Surge o que se convencionou denominar "mercados de plataforma"[2], expressão que retrata a expansão da atividade de converter dados (muitas vezes pessoais) em poder econômico e utilizada, neste trabalho, como sinônima de "mercados digitais". Os dados pessoais, nesse contexto, assumem papel central por constituírem em um insumo valioso para o fornecimento de serviços *online*.

De modo geral, é possível sintetizar o funcionamento desse mercado da seguinte forma: a coleta de dados de usuários é conduzida por empresas que oferecem uma ampla gama de serviços às pessoas – ou mesmo a outras empresas. Os provedores *on-line*, por sua vez, coletam dados do usuário tanto para melhorar os serviços oferecidos como para monetizá-los por meio de publicidade direcionada, o que possibilita o oferecimento de uma ampla gama de serviços aos usuários a preços subsidiados – ou mesmo "de graça".

Por essa visão sintetizada, a coleta de dados de usuários por provedores *on-line* – parte importante do atual processo competitivo das empresas – é relevante para a livre iniciativa e demostra o potencial de gerar consideráveis benefícios para o consumidor, especialmente se for

---

[1] BROWN, Brad; CHUI, Michael; MANYIKA, James. Are you ready for the era of 'big data'? *McKinsey Quarterly*, 2011. Disponível em: http://www.mckinsey.com/business-functions/strategy-and-corporate-finance/our-insights/are-you-ready-for-the-era-of-big-data. Acesso em: 22/05/2018.

[2] Designação utilizada por Rolf H. Weber (tradução livre), *in* Data Ownership in Platform Markets. Rolf H. Weber *in* Platform regulations: how platforms are regulated and how they regulate us. Official outcome of the UN IGF Dynamic Coalition on Platform Responsibility / Edited by Luca Belli and Nicolo Zingales; preface by David Kaye and Julia Reda. – Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.

considerada a promessa de oferta de serviços mais eficientes e sem a exigência de uma contrapartida monetária imediata.[3]

Nessa visão, pautada por critérios consequencialistas, a utilização do *Big Data* no mercado digital demonstra ser uma atividade eficiente economicamente, baseada na livre iniciativa, e que não teria o condão, a princípio, de atrair a atenção do direito concorrencial.

No entanto, essa corrida desenfreada pela coleta de informação sobre os usuários também enseja potenciais danos a direitos fundamentais, como o direito à privacidade e à identidade. A transgressão a tais direitos – como projeções dos direitos da personalidade – implica, em última análise, violação à dignidade da pessoa humana, o que demanda a tutela jurídica para sua reparação. Concomitantemente, referidas circunstâncias novas têm chamado a atenção de autoridades antitruste, que passaram a sugerir a necessidade de revisitar as tradicionais medidas de repressão do abuso do poder econômico.

Paralelamente, a preocupação jurídica com o assunto intensificou-se na mesma proporção que ocorreram significativos avanços tecnológicos na área de informática. Há consenso, tanto na doutrina nacional quanto alienígena, de que os avanços tecnológicos, ao lado dos seus inúmeros benefícios, representam ameaças aos direitos da personalidade ou, em última análise, à dignidade da pessoa humana.[4]

---

[3] Lerner, Andres V., The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition (August 26, 2014). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2482780 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2482780 Acesso em 24/05/2018.

[4] A propósito, consultem-se Robert Ellis Smith, *Privacy*, Garden City (NY): Anchor Press, 1979, Milton Fernandes, *Proteção civil da intimidade*, Saraiva, 1977, Orlando Gomes, *Direitos da personalidade*, *Revista de Informação Legislativa*, v. 3, n. 11, p. 39-48, set. 1966.v. Tal constatação, na verdade, é bastante antiga. No conhecido artigo *The right to privacy*, publicado no ano de 1890, por Samuel Dennis Warren e Luiz Dembitz Brandeis, os autores alertavam quanto aos riscos apresentados pelos novos inventos: “Recents inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right ‘to be let alone’. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that ‘what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops” Harvard Law Review, n. 5, p. 195, dez.1890. Também, especificamente na área de proteção de dados, bastante ilustrativa é a colocação de James Michael: “embora clichê, é verdadeiro que a ineficiência própria dos arquivos manuais era um dispositivo de

A aprovação da Lei no 13.709/2018, a qual institui marco legal para proteção de dados no Brasil, reforça a importância atual e futura do tema. Tal normativa foi amplamente debatida com a sociedade. Inspirou-se no modelo europeu de proteção de dados. Foi sancionada pela Presidência da República em 14 de agosto de 2018 e há o dever de respeitar a *vacation legis* de 180 dias (art. 65).

Em síntese, esse cenário enseja discussões jurídicas, regulatórias e administrativas que culminam em posições acentuadamente díspares, especialmente quando se considera a possibilidade de regulação da concorrência nesse mercado das plataformas combinada com a efetiva implementação de medidas protetivas do consumidor e de seus dados.

Há que se enfrentar, portanto, a necessidade de uma construção equilibrada de um aparato normativo que estabeleça medidas protetivas aos dados pessoais e regule o *Big Data* sem que isso implique em prejuízo à economia digital, ao desenvolvimento e à livre iniciativa brasileira, motivo pelo qual defende-se não apenas a necessidade de atenção do direito concorrencial sobre o tema, mas a sua aplicação integrada – em diálogo – com o direito do consumidor e as leis de proteção de dados pessoais.

2. Big Data: conceito

O *Big data* contempla as variadas e amplas fontes de dados disponíveis – como *smartphones*, computadores e outros dispositivos conectados à internet no nosso cotidiano – que possibilitam a coleta de praticamente todas as ações e comunicações de seus usuários, desde registros de celulares, dados de GPS, imagens de satélite ou novas mídias. Esses dados, quando analisados e processados, fornecem uma riqueza de informações úteis, como os padrões de viagem de indivíduos em uma cidade congestionada ou mesmo o caminho de um vírus da gripe.

O *Big Data*, portanto, pode ser conceituado como "o constante aumento no fluxo de dados coletados de indivíduos a partir de dispositivos conectados, bem como a nova geração de soluções que estão sendo

---

efetiva proteção da privacidade até os recentes avanços na automação do processamento de dados." *Privacy and human rights*, Paris: Unesco Publishing, 1994, p. 08.

utilizadas para extrair insights e valor desse fluxo de dados."[5] É por esse raciocínio que o termo é usualmente associado a características identificadas como os "4Vs": volume, velocidade, variedade e valor dos dados.[6]

Ao que interessa para este artigo, o Big Data é tema que divide o debate jurídico e técnico em, ao menos, três abordagens distintas. A primeira volta-se à análise de uma teoria normativa da regulação, que busca determinar as boas práticas no disciplinamento da oferta de serviços de acesso à rede e de tratamento de informações nesse contexto. A segunda volta-se a um estudo dos efeitos sociais e macroeconômicos da internet e das perdas sociais decorrentes de falhas de mercado. A terceira refere-se a um exame das práticas comerciais e de relacionamento na rede e sua evolução em decorrência de restrições regulatórias, com um enfoque de economia positiva.[7]

Para o propósito desse trabalho, interessa a primeira abordagem, isto é, analisar o *Big Data* com o propósito de indicar uma teoria normativa da regulação que discipline a oferta de bens e serviços de acesso à rede e de tratamento de informações. Tal assunto não é inédito no direito brasileiro, mas é realizado de modo setorizado – e, consequentemente, de modo fragmentado. A título de exemplo, cite-se a importante disciplina legal da utilização do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011) e as propostas normativas de tratamento de dados pessoais, ainda em tramitação no Congresso Nacional, que não afastam a aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor.

O trabalho ultrapassa o campo restrito de tutela dos dados pessoais à disciplina consumerista. Com o propósito de fomentar a dinâmica singular dos mercados de plataforma, leva-se em conta que a inovação e controle do risco são elementos contraditórios que envolvem a

---

[5] MACHADO, Luiza Andrade. Desafios do Big Data ao direito da Concorrência. *REVISTA DO IBRAC*. Volume 23. Número 2. 2017. Disponível em: http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista_23_n%C2%BA_2.pdf. Acesso em 02/06/2018.

[6] Disponível em http://www.ibmbigdatahub.com/infographic/four-vs-big-data. Acesso em 12/06/2018.

[7] Divisão citada por Bernardo Felipe Estellita Lins em Privacidade em Tempos de Internet: Uma Apreciação Da Dimensão Econômica No Tratamento De Dados Pessoais *Estudo técnico*. Janeiro de 2018. Disponível em: file:///Users/Downloads/privacidade_internet_lins.pdf.

análise do avanço tecnológico e sua regulação normativa.[8] Nesse cenário, impõe-se a necessidade de analisar a regulação de boas práticas concernentes ao *Big Data* tanto pelo direito concorrencial quanto pela disciplina do direito do consumidor, de modo a afastar medidas que provoquem efeitos ou interpretações normativas contraditórias. Na medida em que os efeitos das medidas aplicadas na regulação da tecnologia afetam as duas áreas – consumerista e concorrencial –, conclui-se que a análise da regulação de dados deve ser realizada de modo interdisciplinar.

No entanto, esse posicionamento não é unívoco. A perspectiva de cabimento a tutela do direito da concorrência na regulação da utilização do *Big Data* é matéria polêmica que divide a doutrina em dois posicionamentos contrapostos.

De um lado, considera-se que a indevida utilização de dados enseja unicamente a violação do direito à privacidade, o que leva à conclusão – precipitada e equivocada – pela inadequação do direito concorrencial em regular práticas comerciais que façam uso do *Big Data*.

Por outra perspectiva, a possibilidade de que a má utilização de dados possa ensejar um comportamento lesivo ao mercado é reconhecida como fator capaz de atrair a atenção do direito concorrencial. Adicionalmente, reconhece-se o dever do direito concorrencial em promover a defesa dos consumidores (art. 1º, *caput*, Lei nº 12.529/2011).

Sustenta-se aqui que a última abordagem é a mais adequada a efetivar a regulação da utilização de dados na nova economia. Isso porque, embora a realidade demonstre ser possível a existência de rivalidade entre plataformas em determinados segmentos – a exemplo de aplicativos de vendas de imóveis, atividades de turismo e *sites* de namoro – este padrão não se verifica quando se analisa os segmentos das grandes plataformas digitais, como *Google*, *Apple* e *Facebook*. Conforme alerta Ana Frazão, o

[8] FEENBERG, A. Questioning technology. London: Routledge, 1999, p. 195.

modelo de negócios das plataformas é propenso à formação de monopólios naturais em razão dos efeitos de rede[9] e das economias de escala.[10]

No Brasil, ainda não há uma legislação específica de proteção de dados pessoais (marco legal). No entanto, é preciso ponderar que a regulação do fluxo de dados – embora desejável – implica na restrição dos fluxos de informação, o que afeta a essência da economia digital da sociedade atual.

Não se quer, com isso, afastar a essencialidade da regulamentação específica da proteção de dados, mas sim ressaltar a necessária correlação e intersecção dos ramos do direito tidos como essencialmente apartados (direito do consumidor e direito da concorrência). As definições tomadas no âmbito consumerista necessariamente afetarão as relações nos mercados digitais, podendo favorecer o ambiente concorrencial ou agravar problemas já existentes.

Daí a premente necessidade da articulação da discussão relativa à regulação de dados ocorrer em sintonia com a política de defesa da concorrência, com vistas a possibilitar a efetiva proteção de dados e proteção dos consumidores sem prejuízo à inovação e ao mercado digital, o que exige o conhecimento do funcionamento dos "mercados de plataforma" sob a perspectiva de ambos ramos jurídicos.

3. Os "mercados de plataforma"

As rápidas mudanças tecnológicas e a contínua disseminação do acesso aos dados são apenas algumas das causas que dificultam a apreciação e a avaliação dos parâmetros de competitividade que

---

[9] Efeito de rede pode ser entendido como o fenômeno pelo qual o valor de uma rede (plataforma digital) aumenta quanto mais pessoas a utilizam. Tal situação incentiva a denominada "integração vertical", característica comum dos agentes atuantes na nova economia. Exemplo clássico remete à empresa Google que, incialmente, apresentou-se apenas como um buscador na internet e atualmente oferece navegador de internet (Chrome), provedor de e-mail (Gmail), rede social (Google+), sistema operacional (Android), smartphones (Nexus), mapas digitais (Google Maps), comparador de preços (Google Shopping e Google Flights), GPS (Waze) e transmissor de mídia (Chromecast). Nesse cenário, o ganho de escala pelo lado da demanda permite que as plataformas digitais acumulem um grande número de dados de seus usuários.

[10] Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-analise-concorrencial-2-07022018#sdfootnote5sym Acesso em 27/05/2018.

influenciam os novos mercados que se formam – os denominados "mercados de plataforma".

Referidos mercados assumem características de tal forma específicas que não são identificáveis nos mercados tradicionais, o que se traduz em um desafio para a aplicação dos clássicos termos da lei antitruste em eventuais análises de práticas abusivas.

Os mercados de plataforma são caracteristicamente bilaterais (*two-sided market*), isto é, em regra, tem-se os usuários (indivíduos) de um lado e, de outro há os contratantes de anúncios publicitários e outros serviços. Os usuários das plataformas não geram – em regra – receitas diretas para os proprietários. A remuneração é paga pelos anúncios publicitários. O preço das publicidades, por sua vez, depende do número de participantes da plataforma, dado que quanto mais participantes, mais caros são os anúncios (e mais dados são coletados).[11] Quanto mais dados são coletados, maior a possibilidade de a empresa oferecer serviços mais especializados com vistas a atrair mais usuários (é o que se denomina "efeito de rede").

Outro ponto característico dos mercados de plataforma é a importância dos grandes bancos de dados. A utilização do *Big Data* permite que as plataformas digitais aprendam cada vez mais sobre o comportamento de seus usuários, o que é justificado pela possibilidade das empresas oferecerem serviços e produtos cada vez mais eficientes e específicos para as necessidades de cada consumidor.

A utilidade do *Big Data* reside na possibilidade da informação relevante (*insigth*) que se pode extrair de sua utilização, normalmente pelo uso de um algorítimo. O algorítimo é o que permite o processamento automatizado de dados nos processos decisórios, o que é elemento chave na oferta de diversos serviços online, como decidir qual anúncio será exibido para o usuário ou quem será a próxima pessoa a aparecer em um aplicativo de relacionamentos.[12]

---

[11] Data Ownership in Platform Markets. Rolf H. Weber *in* Platform regulations: how platforms are regulated and how they regulate us. Official outcome of the UN IGF Dynamic Coalition on Platform Responsibility / Edited by Luca Belli and Nicolo Zingales; preface by David Kaye and Julia Reda. – Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

[12] Disponível em http://www.internetlab.org.br/pt/opiniao/especial-em-um-mundo-de-big-data-quais-tipos-de-controle-temos-em-relacao-a-nossos-dados/ Acesso 15/08/2018

Nesse sentido, o ativo mais importante no mercado digital não é o preço de um produto ou serviço (ou o produto ou serviço em si). O desenvolvimento de produtos e serviços, bem como o desenvolvimento e aperfeiçoamento de estratégias de marketing e a organização logística giram em torno do "dado" (ou melhor, da informação que pode ser extraída dos dados).[13]

4. Dados pessoais como ativo relevante

A adoção dos dados como ativos relevantes no âmbito de atos de concentração não é novidade para autoridades da concorrência. Ilustrativamente, cite-se que, em 2014, a Comissão Europeia, ao avaliar a operação de aquisição do *Whatsapp* pelo *Facebook*, ponderou a respeito da potencial concentração de dados decorrente da referida operação e se isso poderia reforçar a posição do *Facebook* no mercado de publicidade *online*.[14] A operação foi concretizada, mas a reflexão sobre os potenciais danos que a concentração de dados pode gerar reflete a importância do tema.

Cabe ainda mencionar o caso da aquisição do *DoubleClick* pela Google, o qual foi o primeiro a expressamente demonstrar a preocupação com a privacidade sob uma ótica concorrencial. No entanto, apesar de a Conselheira Pamela Jones Harbour ter suscitado preocupações pertinentes quanto ao impacto que a operação poderia gerar à privacidade dos consumidores[15], a operação não foi bloqueada pela *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos.

---

[13] Conforme afirmado no título do famoso artigo publicado pela revista norte-americana The Economist "O recurso mais valioso do mundo não é mais o óleo, mas os dados". Disponível em https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-newapproach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource. Acesso em 18/06/2018.

[14] COMISSÃO EUROPEIA. Case Nº COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, 2014, p. 29. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_39 62132_EN.pdf. Acesso em 01/08/2018.

[15] Disponível em https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf Acesso em 07/06/2018

No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) também já analisou os impactos dos dados como ativos relevantes em determinadas operações notificadas. A mais emblemática refere-se à operação que envolveu a formação de um *bureau* de crédito entre os principais bancos do país para atuar nos mercados de serviços de informações de crédito para pessoas físicas e jurídicas. Na ocasião, avaliou-se o fato de os bancos serem, ao mesmo tempo, fornecedores de informações e consumidores dos serviços prestados por eles, o que poderia ensejar a prática de condutas anticompetitivas, tais como a discriminação no acesso a informações geradas pelos bancos aos bureaux de crédito existentes no mercado bem como a discriminação do acesso de bancos concorrentes aos serviços do novo bureau. Para afastar referidas preocupações, a operação foi aprovada mediante a celebração de Acordo em Controle de Concentrações que previu, dentre outras medidas, a obrigação de não discriminação de bureaux de crédito concorrentes no acesso a informações de crédito fornecidas pelas instituições financeiras.[16]

A despeito da representatividade dos casos citados, não há, ainda, nenhum que tenha sido apreciado de modo decisivo pela autoridade antitruste. Por conta disso, alguns autores adotam posicionamento, como o de Andres Lerner, no sentido de que preocupações concorrenciais relativas ao *Big Data* não encontram suporte em evidências concretas ou casos reais.[17]

Ocorre que o argumento de que "ainda não houve casos em que foram adotadas medidas concretas por autoridades antitruste" é, no mínimo, simplória demais para enfrentar a complexidade do tema. Até porque a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE), ao afirmar que os dados são "a nova moeda da internet", já sinalizou a importância do direito da concorrência considerar a utilização de dados pessoais como um fator relevante à análise concorrencial, em especial, na análise de mercados que não se baseiam no preço.[18] Em outra oportunidade, a Organização defendeu que o aumento no volume de dados

---

[16] Disponível em http://www.cade.gov.br/noticias/cade-aprova-com-restricoes-joint-venture-entre-bancos-no-setor-de-servicos-de-informacoes-de-credito. Acesso em 12/06/2018.

[17] Andres V. Lerner, *The Role of "Big Data" in Online Platform Competition* 4–5 (2014), http://ssrn.com/abstract=2482780.

[18] https://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/supporting-investment-in-knowledge-capital-growth-and-innovation_9789264193307-en Acesso em 18/06/2018.

privados coletados seria comparável, em parte, ao aumento de preço.[19] Nessa linha, eventual utilização indevida de dados, em "troca" por um serviço oferecido, poderia ser entendido como serviço inadequadamente prestado, por ter violado o direito à privacidade do usuário.

Nesse sentido, considerando os argumentos já expostos, conclui-se que a falta de casos concretamente enfrentados não justifica a falta de atenção do direito da concorrência. Aliás, cabe citar que, recentemente, a autoridade da concorrência alemã instaurou investigação contra o *Facebook* para averiguar se, por meio dos seus termos de uso dos dados coletados de seus usuários, a empresa abusou de sua posição dominante no mercado de redes sociais.[20]

No entanto, a controvérsia do direito concorrencial em regular o mercado digital não se limita a defender o cabimento de sua tutela. Isso porque há ainda o desafio de de se adaptarem os instrumentos de análise e controle para esse específico mercado. As ferramentas do direito antitruste foram desenvolvidas para o funcionamento de mercados de um único lado, de modo que sua aplicação tradicional – inalterada ou não adaptada – pode levar a distorções nocivas. A exemplo do *Facebook*, de um lado há os usuários do serviço oferecido (serviço de relacionamento) e, de outro, há o mercado de anunciantes. A perda de usuários de um lado da plataforma pode levar a uma perda de usuários na outra ponta, não diretamente por questões de preço, mas por externalidades de rede. Aliás, a precificação ótima em um lado do mercado pode até mesmo envolver um preço abaixo do custo marginal, inclusive preços zero.[21]

---

[19] OCDE. Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, 2016, p. 18. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competitionpolicy-to-the-digital-era.htm. Acesso em: 03/06/2018.

[20] COMISSÃO EUROPEIA. Case Nº COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, 2014, p. 29. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. Acesso em 18/08/2018

[21] DAVID, Evans. Defining markets that involve multi-sided platform businesses. An empirical framework with an application to Google'spurchase of DoubleClick. 2007. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1027933. Acesso em: 18/08/2018.

5. Condutas anticompetitivas no mercado digital: o cabimento da tutela do direito concorrencial

A dificuldade de dimensionamento da relevância do *Big Data* para o mercado digital e os impactos de seu controle sobre empresas com poder de mercado são alguns dos desafios enfrentados na análise de atos tendentes à dominação dos mercados. Aliado a essa dificuldade, o critério de faturamento usualmente utilizado pelas autoridades da concorrência para determinar as operações sujeitas à notificação concorrencial mostra-se inadequado (ou mesmo insuficiente) para lidar com operações que envolvam a aquisição de empresas que, apesar de não possuírem elevado faturamento, são inovadoras e detêm dados relevantes (que são tomados como ativos).

Parte da doutrina defende o mero fato de uma empresa deter a tecnologia *Big Data* não confere, de modo automático, vantagem competitiva em relação aos demais concorrentes e, portanto, não representaria uma barreira à entrada. Por esta visão, as infinitas possibilidades de fontes de dados é argumento que impossibilita considerar que os dados seriam um recurso inimitável, raro, insubstituível ou que, por si só, detenham valor.

Daniel Sokol e Rison Comerford seguem este entendimento com base em três principais argumentos.[22] Como primeiro argumento, defendem que as características dos dados impedem que que grandes empresas *on-line* consigam obstar a capacidade de empresas rivais repliquem os benefícios do *Big Data*. Dessa forma, a utilização do *Big Data* por grandes empresas não representaria um risco antitruste relevante.

O segundo argumento sustenta que as plataformas digitais, por oferecerem produtos subsidiados – e muitas vezes "gratuitos" – torna desnecessária a ação da autoridade antitruste. Por fim, defendem que eventuais problemas atinentes ~~à~~ a uma indevida utilização do *Big Data* e outras tecnologias na prestação de serviços suficientemente enfrentados pelo direito do consumidor. [23]

Sobre o primeiro argumento, há que se considerar que, apesar de a coleta e o controle de volume substancial de dados não constituírem, por

---

[22] Daniel Sokol e Rison Comerford. Antitrust and Regulating Big Data. *George Mason Law Review*, v. 199. 2016

[23] Daniel Sokol e Rison Comerford. Antitrust and Regulating Big Data. *George Mason Law Review*, v. 199. 2016

si só, um ato ilícito, o abuso em relação à utilização do *Big Data* com o objetivo de aumentar os custos de entrada e manter ou elevar o poder de mercado pode implicar violação ao direito da concorrência e, assim, atrair a intervenção de autoridades de defesa da concorrência.

Sobre o segundo ponto, cabe demonstrar o descontexto do argumento de parte da doutrina, que suscita o fato de que empresas, por oferecerem produtos subsidiados – e muitas vezes "gratuitos" – torna desnecessária a ação da autoridade antitruste.[24] Isso porque o direito concorrencial não se limita a constatar que os preços estão mais baixos para os consumidores. Nos mercados de plataforma, cabe analisar a vantagem competitiva das empresas que utilizam o *Big Data*, o que é verificado na medida de sua capacidade de direcionar suas decisões comerciais e criar barreiras para novos entrantes.

Por fim, conforme afirma Vicente Bagnoli, sustentar o foco de qualquer análise de mercado na medida de afetação do consumidor como critério para afastar a aplicação do direto da concorrência enseja uma visão deturpada do tema. Isso porque o incentivo a tornar um serviço mais atraente com o fim de ter acesso a mais dados pessoais pode culminar em comportamentos de exclusão de outras empresas, o que favorece a concentração econômica e a limitação dos agentes que concorrem no mercado.

Nesse ponto, a correlação entre o direito da concorrência e o direito do consumidor também é ressaltada, tendo em vista que a concentração econômica nos mercados de plataforma faz com que os consumidores estejam envolvidos no efeito rede. Se por um lado, mais usuários tornam um serviço mais atraente ao interligar as pessoas, por outro, o consumidor acaba obrigado a aderir a tal serviço, sujeitando-se as exigências ou contrapartidas impostas pelo agente econômico, caso contrário estará fora da rede, vale dizer, fora do mundo. [25]

De todo modo, a aplicação harmônica da disciplina do direito concorrencial e do direito do consumidor não é simples, motivo pelo qual será aprofundada no próximo item.

---

[24] Daniel Sokol e Rison Comerford reforçam esse argumento em. *In* SOKOL, Daniel; COMERFORD, Rison. *Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?*, *in* CAMBRIDGE HANDBOOK OF ANTITRUST, INTELLECTUAL PROPERTY AND HIGH TECH (Roger D. Blair & D. Daniel Sokol eds.) (forthcoming 2017).

[25] Vicente Bagnoli https://www.conjur.com.br/2015-nov-13/vicente-bagnoli-concorrencia-big-data-favorece-consumidor Acesso em 18/06/2018.

6. Da necessária convivência harmônica entre o direito concorrencial, o direito do consumidor e a legislação de proteção de dados

Um dos argumentos suscitados por doutrinadores contrários ao cabimento do direito concorrencial para lidar com questões atinentes ao *Big Data* consiste em declarar que as questões atinentes ao fenômeno são suficientemente enfrentadas pelo direito do consumidor.[26] Afirma-se que buscar enquadrar a proteção ao consumidor dentro da análise do direito concorrencial poderia levar a confusões doutrinárias que, em última análise, não permitiriam ganhos reais para a proteção do consumidor.

Deduzem que a regulação da utilização do *Big Data* pelo antitruste pode ameaçar a inovação tecnológica. Além disso, a consideram que a violação da privacidade do consumidor forçaria uma subjetividade desnecessária que poderia levar ao arbítrio do regulador antitruste.

De fato, benefícios sem precedentes aos consumidores foram alcançados por meio do *Big Data*. Ocorre que não é exagero afirmar que a regulamentação da privacidade (i.e., do tratamento dos dados pessoais), por assumir importância economicamente significativa, deve fazer parte da política de regulação da concorrência do Brasil.[27]

Nesse sentido, não é somente desejável, mas também necessário, que seja afastada a ideia da divisão estanque entre o objeto de tutela de direito concorrencial e a matéria afeta ao direito do consumidor. Isso porque a defesa do consumidor e a defesa da concorrência, por abrangerem todos os setores da atividade econômica, não podem criar "microssistemas" de proteção aos cidadãos.

---

[26] 1. SOKOL, Daniel; COMERFORD, Rison. *Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?, in* CAMBRIDGE HANDBOOK OF ANTITRUST, INTELLECTUAL PROPERTY AND HIGH TECH (Roger D. Blair & D. Daniel Sokol eds.) (forthcoming 2017).

[27] Sobre o tema, James C. Cooper *et al* sintetiza: "*To use a tired cliché, data is today's currency, and by regulating these data flows, privacy regulation has enormous impacts on one the most vibrant sector of the US economy. Just as privacy regulation has grown in importance, so should the analysis on which it relies grow in coherence and sophistication*." Cooper, James C. and Wright, Joshua D., The Missing Role of Economics in FTC Privacy Policy (January 5, 2017). Cambridge Handbook of Consumer Privacy, Jules Polonetsky, Evan Selinger & Omer Tene, eds., Cambridge University Press (2017), Forthcoming; George Mason Law & Economics Research Paper No. 17-01. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2894438 Acesso em 15/05/2018.

O termo *microssistema* é utilizado com frequência para aludir a diploma normativo específico que possui pretensão de regular, de modo completo e autônomo, determinado ramo de direito. Ilustrativamente, o Estatuto da Criança e Adolescente seria um microssistema, assim como o Código de Defesa do Consumidor. Embora seja possível, em termos didáticos, referir-se a microssistema, a expressão não pode significar absoluta autonomia e independência de determinada área ou ramo do direito.[28] Ao contrário, a tendência atual é de se estabelecer um permanente *diálogo das fontes*[29] entre diplomas diversos que cuidam de temas semelhantes ou próximos.

O ordenamento jurídico é moldado pela Constituição Federal, pelos seus valores e princípios. Não é possível conceber, nessa ideia, autonomia de princípios decorrentes do microssistema que sejam incompatíveis com a Lei Fundamental.[30] Como observa Pietro Perlingieri:

---

[28] Sobre a oposição à denominada teoria dos microssistemas – compreendido como a existência de lógicas e valores autônomos nos diversos estatutos e leis especiais – Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder, ao abordar a metodologia civil-constitucional, ensinam que "o reconhecimento da complexidade e das peculiaridades de certos setores não afasta, mas intensifica a necessidade de realizar, por meio do controle de legitimidade, o uso e a aplicação dos princípios constitucionais também nas relações intersubjetivas, como garantia de sujeição aos valores fundantes do ordenamento jurídico." SCHREIBER Anderson e KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito Civil-Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil.* ISSN 2358-6974. Vol. 10 – out/dez 2016. p. 9-27 No mesmo artigo, os autores ensinam que "a proliferação de estatutos protetivos no Brasil (Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso etc.) não deve ser encarada como oportunidade par construção de novos 'guetos' doutrinários. Ancorados em 'lógicas próprias', permeadas por princípios e conceitos setoriais." Para aprofundar a crítica à ideia de microssistema, ver PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[29] Sobre a tendência de ampliação dos diálogos das fontes, bem como seu sentido, significado e alcance, ver por todos MARQUES, Claudia Lima *in* BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135-151.

[30] Gustavo Tepedino, ao considerar a qualidade da unidade do ordenamento, propugna que "a unidade mostra-se incompatível com os chamados microssistemas. Como se sabe, a doutrina que defende a existência de microssistemas acredita que leis especiais constituem-se em centros normativos autônomos, fragmentados, cada qual com sua lógica e principiologia próprias. Entretanto, a pluralidade de fontes normativas deve submeter-se à unidade axiológica do ordenamento, conferida pelas normas constitucionais, a despeito da profusão de normas regulamentares, não raro

> As relações entre princípios constitucionais e regras ordinárias estatais são, portanto, expressas não como relações entre sistemas normativos, mas como componentes do unitário ordenamento jurídico, ao qual o intérprete deve se sentir vinculado. Não se trata de uma complementariedade entre sistemas singulares, mas de uma coessencialidade estrutural que se resolve em uma integração completa, de forma que cada norma é norma de um mesmo e único sistema.[31]

No âmbito infraconstitucional, não é possível conceber a absoluta independência entre diplomas ou princípios normativos que, direta ou indiretamente, disciplinam ramo material ou processual do direito.

Com efeito, a complexidade do ordenamento jurídico – decorrente de inúmeros fatores, como a composição legislativa, o sistema social e cultural, a aplicação jurisprudencial das normas – não afasta seu caráter unitário. Vale consignar que o reconhecimento da pluralidade de normas, ramos do direito ou de disciplinas jurídicas não se confunde com a fragmentação (reconhecimento de *microssistemas*), sob o risco de ameaçar a unidade do sistema. Gustavo Tepedino reconhece que a noção de ordenamento, o qual deve se mostrar[32]

---

desprovidas de coerência entre si." TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil* – Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2009, p. 428.

[31] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 97 Na mesma linha, é o pensamento de Fernando Noronha: "os direitos especais normalmente têm autonomia legislativa e didática, mas não têm autonomia substantiva ou científica. Autonomia legislativa significa que os direitos especiais podem ter códigos especiais, ou consolidações de leis próprias [...] autonomia didática (por sua vez) significa que eles ainda podem ter disciplinas específicas a eles consagradas, o que aliás é vantajoso. Só se poderia falar em autonomia substantiva, ou científica, se esses direitos tivessem princípios jurídicos que lhe fossem peculiares, radicalmente diversos daqueles que informam os institutos fundamentais do respectivo direito comum ou geral." NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 336.

[32] A esse respeito, Gustavo Tepedino ensina que "em última análise, como o ordenamento jurídico há de ser unitário, a exigir a harmonização das diversas fontes normativas orientadas pelos valores constitucionais, rejeita-se a expressão microssistema, mesmo tendo em conta o sentido meramente didático que se quer emprestar à sua utilização no Brasil, diversamente da noção originariamente concebida pela doutrina italiana. Seu emprego, desta feita, demonstra-se perigoso, por admitir visão fragmentada do sistema." TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil* – Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 30.

> (i) abrangente, para comportar toda a pluralidade de matizes da normatividade social, muito além do direito positivo; (ii) complexa, já que tal conjunto de normas advém de fontes e de níveis hierárquicos diversos; (iii) dinâmica, para permitir que se preserve a coercitividade, coerência e eficácia, a despeito da transitoriedade normativa, assegurando-se a abertura do sistema.[33]

Por essa linha de raciocínio, levando-se em conta, ademais, os efeitos da regulação, pelo direito do consumidor ou da proteção de dados, sobre a relação entre os agentes do mercado digital, o que necessariamente implica em agravar ou diminuir as clausulas de barreira decorrentes do uso de dados, há que se considerar o necessário diálogo entre os dois ramos do direito, com vistas à integração do sistema jurídico.

7. Considerações finais

A discussão do papel do Big Data sob a perspectiva jurídica já ultrapassa a análise do cabimento do direito concorrencial na regulação da matéria. O foco da discussão doutrinária volta-se ao desafio de definir o mercado relevante e quais instrumento do antitruste seriam cabíveis a combater práticas anticoncorrenciais nos mercados digitais, além de definir como o direito concorrencial se inter-relacionará com o direito do consumidor de forma harmônica.

Há que se considerar que a alta concentração não é, por si só, uma indicação de conduta ilícita, e pode ser, inclusive, um elemento natural do mercado de tecnologia.[34] Além disso, a análise do mercado relevante não pode olvidar do lado gratuito da plataforma que oferece serviços aos usuários com os reais benefícios e serviços que são prestados aos consumidores. Seguindo o clichê “não há almoço grátis” conclui-se – por outro clichê – que "se você não está pagando para usar o produto, o produto é você." Em outras palavras, a moeda de pagamento para os ditos produtos “gratuitos” são os dados pessoais de seus usuários.

Esse fato não enseja, automaticamente, a ilegalidade da utilização do *Big Data* pelas empresas. Há meios de se legitimar a coleta de dados

---

[33] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil* – Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 30 e 427.

[34] FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: Fabio Ulhoa Coelho. (Org.). Tratado de Direito Comercial. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 429-469.

pessoais dos usuários, seja via do consentimento informado, seja por autorização legal – a exemplo da autorização do art. 43 do CDC, que autoriza a formação de bancos de dados de proteção ao crédito com informações negativas dos consumidores.

Portanto, tarefa de regular os mercados digitais não é simples. A complexidade da análise dos casos necessariamente deverá considerar: i) a compreensão da racionalidade dos mercados de dois lados; ii) a reflexão dos efeitos de rede; iii) o poder dos algorítimos; vi) o controle de estruturas.[35]

A despeito dos atuais parâmetros do direito antitruste não se mostrarem perfeitamente adequados para a análise de comportamentos anticompetitivos de plataformas digitais, Ana Frazão alerta que o CADE poderia utilizar de sua discricionariedade para conhecer operações que não atendam os requisitos legais, conforme permissivo contido no artigo 88, § 7º, da Lei n. 12.529/2011.[36]

Considera-se, portanto, que há permissivo legal para a utilização de outros parâmetros além da tradicional análise do direito concorrencial centrada no preço – que se mostra inadequada no ponto em que se analisam mercados bilaterais – tais como a utilização dos dados como ativos relevantes nas análises de práticas anticompetitivas.

No entanto, esse artigo não busca apenas afirmar o cabimento da análise antitruste sobre condutas possivelmente anticompetitivas no mercado das plataformas. O maior propósito volta-se a afirmar a necessária correlação interpretativa que deve ocorrer entre o direito da concorrência, direito do consumidor e legislação de proteção de dados que deve ocorrer em qualquer análise que envolva a regulação ou condução de políticas públicas que envolvam os mercados digitais. [37]

---

[35] Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-analise-concorrencial-2-07022018#sdfootnote9anc Acesso em 13/06/2018

[36] Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: [...] § 7o É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

[37] Sobre o tema, Frederico Meinberg Ceroy destaca que: “De forma equivocada, alguns acreditam que a futura lei de proteção deva ser formatada com um viés exclusivamente consumerista clássico, que foi construído com base num mundo físico, palpável, *off-line*. Por este olhar, teremos, necessariamente, de um lado o consumidor hipossuficiente e de outro os gigantes da tecnologia, como Facebook,

Nesse ponto, cabe destacar que a defesa do consumidor e a defesa da concorrência, por serem instrumentos de política econômica, são complementares e com interfaces identificáveis. A convergência e convivência harmoniosa dos sistemas não é apenas um objetivo, mas é um imperativo para regulação coerente do Big Data. Tal conclusão afasta a ideia de "microssistemas" para a regulação de dados pessoais, direito do consumidor e defesa da concorrência, de modo a demonstrar a necessária correlação entre os referidos ramos do Direito quanto ao tratamento de dados pessoais.

Referências Bibliográficas

BEN-SHAHAR, Omri; CHILTON, Adam S., Simplification of Privacy Disclosures: An Experimental Test (April 13, 2016). University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 737.

BENNETT, Colin. *The Privacy Advocates: Resisting the Spread of Surveillance* Massachusetts: MIT Press. 2010.

BENNETT, Colin ; RAAB, Charles. *The governance of privacy:* policy instruments in global perspective. Massachusetts: MIT Press. 2006.

BENNET, Colin J. *Regulating privacy*: data protection and public policy in Europe and United States. Ithaca: Cornell University Press, 1992.

BORK, Robert. The antitrust paradox: a policy at war with itself. Nova Iorque: Free Press, 1993.

BROUSEEAU; Eric (ed.); MARZOUKI, Meryem (ed.); MÉADEL, Cécile (ed.). *Governance, regulations, and powers on the Internet*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Alphabet (Google), Microsoft, Apple e Amazon**[4]**. Algo que se assemelharia a um duelo nos moldes de Davi contra Golias, onde a legislação funcionária como a pedra a ser atirada na direção dos gigantes. Não percebem que a futura lei de dados terá incidência sobre quase todos os setores da economia brasileira e em especial sobre as chamadas *startups***[5]** nacionais que muitas das vezes têm como matéria prima de suas inovações, os dados e que segundo o comando constitucional devem ter um tratamento favorecido e não esmagas por uma lei pensada exclusivamente em abater os gigantes." Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-conceitos-de-dados-pessoais-07112017#_ftnref4 Acesso em 14/06/2018.

CASTELLS, Manuel. O Poder da Comunicação. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito*: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Fabris, 2001.

DAVID, Evans. Defining markets that involve multi-sided platform businesses. An empirical framework with an application to Google'spurchase of DoubleClick. 2007.

DENARDIS, Laura. *The global war for Internet governance*. New Haven, CT: Yale University Press, 2014.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

MAROTTA-WURGLER, Florencia. Self-Regulation and Competition in Privacy Policies. *The Journal of Legal Studies n. 45*, Junho/2016.

Mayer-Schönberger, Viktor und Cukier, Kenneth, *Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think*, London 2013.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 9. ano 3. p. 35-48. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2016.

MURRAY, Andrew D. *Information, technology, law*: the law and society. Oxford: Oxford University Press, 2013.

NISSENBAUM, Helen, *Privacy in Context*: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life, Stanford 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHNEIDER, Carl E.; BEN-SHAHAR, Omri. *More Than You Wanted to Know*: The Failure of Mandated Disclosure. New Jersey: Princeton University Press. 2014.

STEVEN, Levy. *Hackers:* heroes of the computer revolution. Oreilly & Assoc. 2010.

SCHNEIER, Bruce. *Data and Goliath*: the hidden battles to collect your data and control your world. New York: W.W. Norton & Company. 2015.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton, et al. (org.). *Direito & Internet III – Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. Oxford University Press. 2016.

VENKATARAMANAN, Nataraj; SHRIRAM, Ashwin. *Data Privacy:* principles and practice. CRC Press. 2016.

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica*: na era da informática. Brasília: Brasília Jurídica. 2007.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*. n. 5, p. 123-220, dez. 1890.

WEBER, Rolf H. Data Ownership in Platform Markets. *in Platform regulations: how platforms are regulated and how they regulate us.* Official outcome of the UN IGF Dynamic Coalition on Platform Responsibility. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.