

A regulação *ad hoc* nas decisões do CADE Ad hoc regulation in CADE's decisions

Submetido(submitted): 15/12/2016

Parecer(revised): 15/01/2017

Aceito(accepted): 30/03/2017

Tereza Cristine Almeida Braga*

Resumo

Propósito – O presente artigo pretende lançar luzes à incipiente discussão acerca da inserção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no processo brasileiro de agencificação e debater sobre o reconhecimento da autarquia como agência reguladora no panorama institucional do Brasil.

Metodologia/abordagem/design – Teorias regulatórias processuais e decisões do CADE.

Resultados – O CADE exerce papel regulador nos casos que lhe são submetidos.

Implicações práticas – O reconhecimento institucional do CADE como agência reguladora poderá ocasionar uma revisão do seu papel como formulador de políticas públicas e agregar conhecimento complementar e interdisciplinar aos demais campos da regulação.

Originalidade/relevância do texto – O CADE tem sido cada vez mais exigido pela sociedade para realizar intervenções no domínio econômico a título de defesa da concorrência. As decisões do CADE são formas de intervenção do Estado no domínio econômico que nem sempre são vistas como regulação. O plano governamental brasileiro que abrange as agências reguladoras não inclui o CADE como agente fomentador da defesa da concorrência e como possível instrumento de regulação em searas mais delimitadas da economia. No entanto, nos casos em que o CADE recorre a remédios comportamentais e estruturais, tanto em controle de estruturas quanto em controle de condutas, a autoridade antitruste acaba fazendo uma regulação *ad hoc*. Tais intervenções acabam por modelar e, de certa forma, regular alguns mercados, sem que haja autorização ou proibição legal para que o CADE exerça esse papel regulatório. O reconhecimento do papel regulador do CADE pode significar a passagem de um auxiliar da estrutura regulatória brasileira para o de um efetivo agente formulador de políticas públicas, o que beneficia toda a sociedade.

Palavras-chave: CADE, agência reguladora, decisões, norma jurídica, legitimidade.

Abstract

Purpose – The paper intends to enlighten the incipient debate concerning the Administrative Council for Economic Defense – CADE's insertion in Brazilian agencies'

*Especialista em Planejamento Tributário pelo Departamento de Ciências Contábeis da Universidade de Brasília. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Foi Coordenadora-Geral Substituta da Coordenação-Geral de Análise de Infrações nos Setores de Agricultura e Indústria da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Atualmente é Assessora-Chefe do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. E-mail: tereza.cristine@gmail.com.

model and discuss the acknowledgement of the authority as a regulatory agency in Brazilian institutional panorama.

Methodology/approach/design – *Procedural regulatory theories and CADE’s decisions.*

Findings – *CADE plays a regulatory role in the cases submitted to its jurisdiction.*

Practical implications – *CADE being institutionally recognized as a regulatory agency may incur in a review of its role as a policy maker and add complimentary and interdisciplinary knowledge to the various fields of regulation.*

Originality/value – *CADE has been increasingly required by Brazilian society to make interventions in economic domain regarding competition defense. CADE’s decisions are ways of State intervention that are not always considered regulation. Brazilian regulatory agencies governmental plan does not include CADE as a competition fostering agent and as a possible tool of regulation in more specific areas of the economy. However, when CADE applies behavioral and structural remedies in merger control or in analysis of anticompetitive practices the antitrust authority does an ad hoc regulation. Those interventions are able to model and, in some ways, regulate some markets without legal authorization or legal prohibition to CADE’s ruling. Recognizing CADE’s regulatory role may mean the changing from an auxiliary in Brazilian regulatory structure to an effective policy maker agent, process that is able to benefit the whole society.*

Keywords: CADE, regulatory agency, decisions, legal norm, legitimacy.

Introdução

Na recente história do fortalecimento das agências no Brasil, é de se investigar sobre a inserção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE como um elemento no processo de agencificação pelo qual o país tem passado nos últimos anos. Apesar de, na prática e por força da Lei 12.529/11, o CADE ser uma autarquia com independência funcional, decisória, administrativa e financeira, de deter agentes públicos investidos em cargos de direção por período determinado e de estabelecer restrições e sanções aptas a afetar a disponibilidade de bens e serviços no mercado brasileiro, a configuração institucional do sistema em que estão inseridas as agências reguladoras não comporta explicitamente o Conselho como ator estruturante de políticas públicas relacionadas ao setor econômico.

Um exemplo dessa confusão institucional é que, não obstante lançar mão de conceitos estruturais que definiriam uma autarquia especial como agência reguladora¹, o texto final do chamado “projeto de lei das agências reguladoras”

¹ Segundo o art. 3º Projeto de Lei 52 que tramitou no Senado Federal até 06/12/2016, “a natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos,

não contempla o CADE² como agência reguladora e sim como órgão auxiliar das agências brasileiras, embora tal autarquia reúna diversos dos conceitos enumerados pelo projeto de lei. O fato de não incluir o Conselho nas regras formais das agências reguladoras tem trazido à tona as seguintes questões: o CADE é uma agência reguladora? O CADE faz regulação?

Caso se tenha apreço pelo estrito texto de lei, a resposta já é dada: não. No entanto, quando se remete, por exemplo, aos fundamentos institucionais da regulação como atividade realizada por uma agência especializada para gerenciar o controle público como alternativa à propriedade pública (MORAN, 2007, p. 14), ao próprio conceito de agência reguladora trazido pelo mencionado projeto de lei ou se considerados conceitos de *smart regulation* que dizem respeito à adaptação a diferentes tipos regulatórios de acordo com circunstâncias (MORAN, 2007, p. 24), a dúvida vem à tona. É prudente avaliar quão ativa é a autoridade antitruste brasileira, isto é, é relevante discutir se o CADE busca regular para corrigir as falhas de mercado que identifica ou se ele utiliza apenas as sanções para sinalizar ao mercado quais são as práticas comerciais socialmente reprováveis a título de preservação da livre concorrência (STIGLITZ, 1999, p. 7-11).

O presente trabalho é composto de quatro partes principais. A primeira delas discute como o CADE pode criar normas jurídicas mesmo sem a competência constitucional de legislar. A segunda parte traz alguns elementos presentes em teorias regulatórias que caracterizariam um ente público como regulador. Em seguida, apontam-se números acerca das decisões do CADE em que a intervenção estatal nos mercados foi efetivamente utilizada na forma de remédios antitruste a fim de avaliar se a prática da autarquia contempla mandamentos regulatórios *ad hoc*. Por fim, são trazidas algumas considerações relevantes para a compreensão do papel do CADE como agência efetivamente reguladora.

O CADE como criador de normas jurídicas

Uma das premissas para avaliar se o CADE é ou não um órgão regulador é avaliar se ele pode criar normas jurídicas, formalidade necessária para induzir

bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação”.

²Segundo o art. 2º do Projeto de Lei 52 que tramitou no Senado Federal até 06/12/2016, as agências reguladoras a serem consideradas para as finalidades da futura lei são as seguintes: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Agência Nacional de Águas (Ana); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional do Cinema (Ancine); e Agência Nacional de Aviação Civil (Anac).

condutas voluntárias do administrado para comportamentos socialmente aprovados ou para evitar condutas reprováveis. Essa indução é geralmente realizada por lei em sentido formal, aprovada pelos representantes do povo por meio de processo legislativo.

O CADE pode ser um criador de normas jurídicas na decisão final que ele exara nos assuntos de sua competência. O julgador do CADE, antes de mais nada, é equiparado a um juiz, pois a ele cabe, como integrante de um colegiado, criar a norma individual a fim de decidir sobre a existência de infração contra a ordem econômica, decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral, apreciar as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral e apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, entre outras atribuições (vide art. 9º da Lei 12.529/11). A diferença é que o julgador do CADE exerce a função de conselheiro com mandato definido e está atrelado ao Poder Executivo ao passo que o juiz exerce sua função no Poder Judiciário de modo vitalício (vide art. 22 da Lei Complementar 35/1979 – Estatuto da Magistratura). Outra diferença é que a decisão do colegiado do CADE é passível de revisão judicial como ato administrativo que é enquanto a decisão do juiz é passível apenas de recursos na forma da legislação aplicável.

O conselheiro é indicado pelo Presidente da República e sabatinado pelo Senado Federal, ou seja, é um agente político cuja legitimidade não deriva do processo eleitoral. Isso não significa que o conselheiro não deva agir de acordo com a Constituição a que está submetido e com o ordenamento jurídico brasileiro e não conforme suas crenças pessoais. Nesse sentido:

Se democracia é o autogoverno do povo, não é democrática a substituição das normas de convivência estabelecidas no exercício deste autogoverno pela visão de uma só pessoa, quanto mais como no Brasil, em que ela não possui esta legitimação eleitoral. Por isso, encontrar respostas adequadas à Constituição é uma necessidade democrática (LUIZ, 2013, p. 127).

Se a atuação do julgador do CADE é equiparada à atuação do juiz, pode-se dizer, por decorrência lógica, que a decisão do CADE também é equiparada à decisão judicial. Por isso, os mesmos princípios fundantes da teoria da decisão judicial podem ser aplicados à do CADE, já que a autarquia exerce função claramente judicialiforme. E essa conclusão tem vinculação direta com o conceito de norma jurídica na medida em que a decisão judicial também é uma norma jurídica.

A norma é um imperativo cuja função é moldar o comportamento de seus destinatários. O descumprimento da norma é sujeito a uma sanção, a qual constitui o elemento coercitivo que incentiva o indivíduo a observar a proposição prescritiva que nela está engendrada. A eficácia de uma norma jurídica é

assegurada por uma sanção de naturezas externa e institucionalizada, não obstante a existência de normas sem sanção (BOBBIO, 2001, p. 72-73, 120, 160-161 e 166-170). Aqui não se vai longe sobre a tipologia da norma – considerando aqui a posição de Alexy de que “toda norma é ou uma regra ou um princípio” (ALEXY, 2008, p. 91), mas se adota o conceito de que a decisão do CADE também é uma norma jurídica.

A analogia do pronunciamento definitivo do CADE com a decisão judicial advém da própria função decisória, na qual a norma individual é construída pelo julgador, independentemente da esfera à qual vinculado, mas com supedâneo na Carta Magna e nos consectários jurídicos dela decorrentes:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava *a norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói *a norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto (MARINONI, 2014, p. 101).

Aplicando tais conceitos ao direito concorrencial, a norma individualizada criada a partir do múnus decisório do CADE deve aliar a razão teórica à razão prática do caso concreto por meio da fixação de uma solução que concilie as particularidades desse caso com as regras positivadas nas leis e na Constituição e com os direitos fundamentais. Reitere-se que a caracterização da decisão como norma jurídica não está vinculada à função que o julgador exerce, mas à forma pela qual o julgador – inclusive o do CADE – decide.

Nesse sentido, os julgadores do CADE fazem um juízo de harmonização para que haja relação válida entre os paradigmas do caso e a decisão a partir das seguintes diretrizes (LORENZETTI, 2009, p. 228-229), entre outras: (a) não substituição da decisão coletiva pelas convicções pessoais de cada conselheiro, (b) identificação dos consensos sociais básicos, (c) harmonização entre paradigmas concorrentes, (d) consideração do pluralismo de valores, (e) utilização da persuasão enfocada em problemas para pacificação social, (f) busca de elementos de consenso e (g) limitação do consenso que violar direitos fundamentais.

Instrumentos regulatórios *extra legem*

Em um mundo que demanda cada vez mais intervenção, especialmente após a crise financeira mundial de 2008, existem vozes que clamam por mais regulação, por mais Estado (LAZZARINI, 2011, p. 34-35; STIGLITZ, 2009). Muitas das ideias sobre regulação não começam com a avaliação do papel das instituições, mas sim com o vácuo institucional que atrai as mais variadas formas de lidar com falhas de mercado e de governo dos mais diferentes tipos (CARPENTER, 2009). Embora esse seja um ponto comum entre as teorias

regulatórias, sejam elas processuais ou substantivas, ele não esgota por si só as diferentes acepções para o termo regulação e tampouco resolve a pergunta objeto do presente trabalho, porém fornece um interessante ponto de partida para a compreensão do papel interventivo do Estado nessa seara.

O principal motivo pelo qual não se sabe ao certo se o CADE faz ou não regulação não está na atividade da autarquia em si, mas na indefinição sobre o que é regulação. E no que toca ao direito da concorrência, vale lembrar que “antitrust is a question of when to rely on markets as an institution and when to choose a nonmarket institutional response” (SOKOL, 2007). As conceituações de regulação econômica como “o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada do Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado” (DI PIETRO, 2003) e de regulação jurídica como “o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público” (DI PIETRO, 2003) parecem interessantes, mas não resolvem a questão porque lançam conceitos abertos que, por si só, também são de difícil definição.

A teoria dos sistemas traz, em diversas nuances, o prenúncio de que a regulação não advém de normas externas a um dado universo jurídico, porquanto é depreendida das regras inerentes ao sistema jurídico. Segundo essa teoria, “a regulação é uma forma de coerência sistêmica – de resgate da ordem – quando as contradições internas em um determinado sistema social revelam uma disfuncionalidade” (ARANHA, 2014, p. 23). Por essa perspectiva, o CADE segue a autorização que a Lei 12.529/11 lhe concedeu e que reluz diversas outras normas esparsas de defesa da concorrência que estão na Constituição e em outras leis, mas que estão todas inscritas no sistema jurídico que rege o antitruste. As inconsistências encontradas são solucionadas pelo CADE com base nas normas a que está submetido e no direito criado por suas decisões judicialiformes, o que se encontra dentro do escopo regulatório assumido pela teoria dos sistemas.

Uma das teorias regulatórias mais interessantes diz respeito à influência de grupos de interesse na formulação de políticas públicas. A teoria política da regulação faz uma analogia entre a formulação de decisões regulatórias e a formulação de decisões de mercado, já que há, em ambos os cenários, uma oferta e demanda de bens entre os agentes envolvidos. O mais interessante dessa teoria é que a crítica a essa analogia enumera explicitamente algumas das características da regulação. Uma delas é a de que as decisões regulatórias são proposições de “tudo ou nada”, sem gradações de intensidade em relação à atuação junto à sociedade: ou se escolhe um caminho, ou se escolhe outro (CROLEY, 2008, p. 20). Quando o CADE se dispõe a aplicar medidas acessórias às da multa, ele também as impõe em comando único e unilateral, sem flexibilização posterior. A segunda é a de que as decisões regulatórias são mais perenes que as decisões de

mercado, pois não podem ser frequentemente reexaminadas (CROLEY, 2008, p. 20). O princípio da motivação dos atos administrativos obriga que o CADE fundamente suas decisões a fim de aplicar medidas proporcionais ao caso concreto, o que significa que a autoridade faz um juízo justificado de adequação, de razoabilidade e de cabimento para apontar a forma mais efetiva, eficiente e eficaz de se propor uma medida acessória. Diante de tantos controles, o reexame do remédio aplicado pelo CADE é bastante improvável e, portanto, tende a ser perene. Em terceiro lugar, as decisões regulatórias abarcam a sociedade como um todo, são pouco frequentes e tendem a não abranger interesses particulares dos cidadãos (CROLEY, 2008, p. 20). A aplicação de medidas acessórias pelo CADE é excepcional, produz efeitos no mercado e, conseqüentemente, na sociedade e visam o bem-estar social.

Outra faceta dos grupos de interesse está na teoria da captura que admite que a regulação é uma resposta à maximização de interesses de determinados grupos. Tal teoria tem nuances como a detenção das instituições regulatórias pelos capitalistas, da que considera a importância do interesse público na conformação de políticas públicas ou da que considera que as agências reguladoras são dominadas pelas indústrias reguladas (POSNER, 1974). Uma remodelagem desses conceitos é proposta na “teoria econômica da regulação” de Stigler como uma vertente que estatui que a regulação é primariamente instituída para a proteção e o benefício do público em geral ou de alguma subclasse do público. Outrossim, o processo político desafia uma explicação racional da regulação, já que as políticas públicas devem ter algum grau de previsibilidade, ponderação e constância (STIGLER, 1971). Tal vertente descarta o propósito virtuoso e probo da regulação e admite que haja uma captura por grupos de interesse e não pelas firmas reguladas, ainda que a regulação sirva aos interesses privados de grupos mais efetivos sob o ponto de vista político. A captura é vista como uma relação de oferta e demanda de regulação – vista como um bem – e estabelece uma correlação entre impacto dos esforços de coordenação entre firmas para obterem uma determinada regulação e dois outros fatores, que são o número de firmas beneficiárias de uma determinada regulação e a homogeneidade dos interesses envolvidos (POSNER, 1974). Não há notícias de que o CADE tenha estabelecido relações de captura com seus administrados.

A teoria da escolha pública é outra teoria processualista da regulação, a qual deslocou a análise das falhas de mercado para as falhas de governo e pode ser também um bom prisma para avaliar se o CADE faz regulação. Tal teoria se dispõe a indicar as motivações econômicas dos tomadores de decisão no contexto de incompletude de informações e de imperfeição na atuação do Estado, ou seja, preconiza que o indivíduo tende a tomar na vida pública as mesmas decisões que

toma na vida privada, tendo em vista que “pessoas são pessoas”³ (TULLOCK; SELDON; BRADY, 2000). À semelhança das teorias anteriores, o CADE parece trazer em suas decisões o desenho motivado de política pública que melhor se adequa a uma determinada realidade, mesmo com a imperfeição das informações com que lida diariamente. Novamente, o princípio da fundamentação dos atos administrativos acaba por legitimar o trabalho regulatório do CADE, pois, caso a motivação seja contraditória ou insuficiente, a decisão pode ser submetida a revisão judicial inclusive no mérito porque a fundamentação dos atos administrativos – entre os quais a decisão administrativa – é condição inafastável para a legalidade do mandamento antitruste.

Para aqueles que defendem a intervenção do Estado como saída para correção das falhas de mercado, o papel do CADE cai como uma luva para trazer novas bases às tradicionais teorias da regulação. Sob os aspectos da modelagem do mercado pela regulação e da acepção do interesse público como uma construção social (STIGLITZ, 2009), a autoridade antitruste brasileira certamente atende às finalidades regulatórias como uma forma de absorção dos custos de se lidar com mercados incompletos e imperfeitos.

Importante notar que defensores da desregulação trazem argumentos que, na verdade, subsidiam a autorregulação, pois aduzem que o controle dos mercados por agências públicas independentes nem sempre é feito por quem detém o conhecimento especializado no setor, que os controles positivados não comportam a flexibilidade dos mercados e que a regulação possui efetivo custo-benefício quando controlada diretamente por aqueles que arcam com os custos dessa regulação (MORAN, 2007, p. 70). Todavia, há uma série de formas de se fazer regulação que, independentemente da teoria não envolvem o direito positivado e podem abranger mecanismos de autorregulação (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 102-108; MORAN, 2007), *disclosure* (STIGLITZ, 2009), descentralização (TULLOCK; SELDON; BRADY, 2000, p. 13-14), *soft law* e *soft bureaucracy* (MORAN, 2007, p. 13 e 20-21), por exemplo, por meio dos quais o Estado atua na regulação com ferramentas que se sobrepõem a postulados e a prescrições normativas. A atuação do CADE é um exemplo concreto de que esses mecanismos de regulação podem ser postos em prática como uma forma menos gravosa de intervenção estatal na economia.

Além da multa, o CADE utiliza medidas acessórias destinadas a alterar a rede de incentivos de um possível cenário anticompetitivo. Tais medidas são

³ O autor enumera outros elementos como componentes fundamentais da teoria da escolha pública, tais como sistema de votação fraudulento, procura de *rent seeking*, recompensas de *logrolling*, burocracia autointeressada, tributação excessiva crônica e falha na limitação da competência da legislação a seus limites econômicos federais (TULLOCK; SELDON; BRADY, 2000, p. 3-134), os quais não serão individualmente abordados aqui por não serem objeto do presente trabalho.

chamadas no jargão antitruste de “remédios” que, como o próprio nome sugere, “curam” as lesões à concorrência e são provavelmente a forma mais cristalina de intervenção do Estado no domínio econômico por meio do CADE. A doutrina e a jurisprudência classificam os remédios em dois tipos. O primeiro é o remédio comportamental, consubstanciado em obrigações de fazer e não fazer e visa a direcionar a ação empresarial ou individual. Esse tipo de medida constringe direitos de propriedade e impõe às partes comportamentos, por exemplo, de não abusar de ativos ou de limitar arranjos contratuais dos quais a firma pode participar (MOTTA, 2004, p. 264-265). O segundo tipo de remédio antitruste é o chamado remédio estrutural e afeta a alocação dos direitos de propriedades ou a liberdade de contratar envolvidos em uma relação econômica (MOTTA, 2004; OLIVEIRA, 2011). Com esse tipo de atuação proativa, o CADE consegue realizar pequenos ajustes a título de falhas de governo e de falhas de mercado no âmbito do direito da concorrência sem realizar uma intervenção estatal mais estruturada e nos moldes realizados pelas agências reguladoras.

Por fim, o professor Márcio Aranha traz uma definição de regulação que, diante de todos esses cenários, aplica-se à atuação do CADE: “processo de realimentação contínua da decisão pelos efeitos dessa decisão, reconfigurando a atitude do regulador em uma cadeia infinita caracterizada pelo planejamento e gerenciamento conjuntural da realidade” (ARANHA, 2014, p. 23).

O CADE como regulador

Depois da análise de algumas das concepções regulatórias existentes, que mostram alguns elementos essenciais ao exercício de um papel de regulação por uma entidade do Poder Público, é importante trazer o lado prático da discussão a fim de que tais debates não pereçam no mundo do mero embate de ideias.

Para tanto, foram observadas as decisões colegiadas proferidas pelo CADE, que se revelaram como verdadeiras fontes de insumo para avaliar como o direito administrativo sancionador têm tratado os casos que gerem danos anticompetitivos, ainda que potencialmente. O objetivo dessa observação foi avaliar se o CADE tem alterado as estruturas de mercado para inibir comportamentos lesivos à concorrência ou se tem apenas cumprido seu papel pedagógico de evitar a reincidência.

Para essa análise, observaram-se todas as decisões colegiadas proferidas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica em 2015 e 2016⁴. Com isso, o universo das decisões abrangeu apenas as manifestações definitivas de mérito do Conselho e consignou 173 julgados, dos quais 86 são processos

⁴ Desse conjunto, foram excluídas aquelas exaradas em sede de embargos declaratórios, de pedido de reapreciação, de pedido de revisão de ato de concentração e de apreciação de termos de compromisso de cessação de processos que ainda estão em fase instrutória.

administrativos, 33 são atos de concentração, 29 são requerimentos de termos de compromisso de cessação, 11 são consultas, 5 são processos administrativos para imposição de sanções incidentais (chamados de “autos de infração” na revogada Lei 8.884/94) e 2 são averiguações preliminares. Desse total, poucos casos sofreram a incidência de remédios antitruste, conforme demonstra o gráfico a seguir:

Gráfico 1 - Remédios nos processos do Cade - 2015 e 2016



O mais interessante dessa investigação é que, a despeito de mais da metade dos casos abranger a atuação repressiva do CADE, foram os atos de concentração o principal instrumento interventivo do CADE. 46,1% dos atos de concentração foram encerrados por acordos de controle de concentrações, dos quais 50% continham remédios estruturais. Outro fator importante desse estudo é a adoção de intervenções estruturais nem sempre é acompanhada de restrições comportamentais. Interessante notar também que as medidas de desinvestimento são uma realidade no controle prévio de concentrações e foram sempre objeto de negociação entre o CADE e as partes a fim de alcançar a mais conveniente e oportuna configuração de intervenção estrutural para o caso concreto. O que é mais curioso é que seria mais natural que as medidas estruturais fossem vistas com mais frequência em processos administrativos porque tal tipo processual só é demandado depois da ocorrência de algum fato potencialmente ilícito e, portanto, há uma maior tendência de se debruçar sobre efeitos demonstrados. Por um lado, nos processos administrativos, a instrução já trouxe o conjunto probatório em que o dano foi causado, já trouxe a estrutura de mercado viciada e já trouxe a realidade afetada por uma prática comercial reprovável. Por outro lado, os atos de concentração trabalham com a perspectiva de efeitos projetados a partir de uma análise prospectiva do mercado, isto é, o controle de concentrações vislumbra potenciais efeitos anticompetitivos que ocorreriam caso a operação fosse aprovada tal como notificada.

Ainda no tocante aos atos de concentração, os destaques estruturais se circunscrevem a 6 casos que não possuem afinidade temática entre si, mas que valem a pena examinar.

O setor de saúde foi objeto de dois escrutínios interventivos do CADE que determinaram significativos desinvestimentos a fim de conter o poder de mercado resultante das novas empresas. O primeiro deles destinou-se ao exame de *joint venture* no negócio de medicamentos⁵ e o segundo abrangeu uma fusão entre dois grandes players no mercado de produtos odontológicos⁶.

O terceiro destaque refere-se a uma intervenção estrutural realizada pelo CADE no mercado de molas pneumáticas de cargas pesadas para peças originais e no mercado de correias transportadoras pesadas de cabo de aço⁷. A autoridade negociou com as partes procedimentos para alienação de planta industrial localizada em solo mexicano, produtora de molas pneumáticas, e outra planta industrial sediada em território brasileiro, fabricante de correias transportadoras de cabos de aço. Segundo o CADE, o desinvestimento em questão permitiria a inserção de um novo concorrente capaz de rivalizar efetivamente no mercado e contestar eventual exercício abusivo de posição dominante. Como a operação tinha escopo internacional, o remédio foi desenhado pelo CADE com auxílio das autoridades canadense e mexicana e, por isso, deveria guardar alguma similaridade com as intervenções estruturais adotadas pelo Canadá, pelos Estados Unidos e pelo México.

O mercado de preservativos masculinos e lubrificantes íntimos também foi estruturalmente afetado pela defesa da concorrência empreendida pelo Conselho no controle prévio de concentrações. Os pontos críticos identificados pelo CADE⁸ abarcaram as barreiras à entrada ligadas à fidelidade a marcas e à correlação entre os dois mencionados mercados, já que, para o Conselho, haveria uma tentativa “de transferir o valor da marca de preservativos masculinos para os lubrificantes íntimos. O grau de confiança na marca gera externalidades para os demais produtos que possuam identidade visual semelhante”. Para tanto, o CADE determinou a venda de uma das mais importantes e conhecidas marcas de lubrificantes no Brasil para mitigar os efeitos nocivos que o grande portfólio integrado das duas empresas causaria no futuro.

O caso das latas de alumínio⁹ foi um cavalo de batalha entre o CADE e os dois maiores produtores de latas para bebidas no Brasil. A operação tinha um elevado nível de concentração em um cenário econômico de improváveis entrantes e de escopo internacional da operação com duvidosas oportunidades de venda decorrentes de eventual crescimento do mercado e com estruturas propícias à colusão. Nesse contexto, o CADE pensou em uma solução que envolveu desinvestimento de unidades fabris, transferência de contratos vigentes

⁵ Ato de Concentração n. 08700.008607/2014-66.

⁶ Ato de Concentração n. 08700.001437/2015-70.

⁷ Ato de Concentração n. 08700.004185/2014-50.

⁸ Ato de Concentração n. 08700.003462/2016-79.

⁹ Ato de Concentração n. 08700.006567/2015-07.

relacionados a tais unidades e celebração de contratos de fornecimento de tampas com o adquirente dos ativos. O voto condutor registrou que “não haveria outra possibilidade de aprovação da operação senão valer-se de remédio estrutural e comportamental expressivo, que pudesse manter um padrão de rivalidade exigido para manutenção da concorrência”.

Outra importante intervenção estrutural diz respeito ao transporte ferroviário brasileiro, que foi um marco importante no trabalho conjunto entre a ANTT e o CADE no processo de desestatização desse setor de infraestrutura¹⁰. O ponto interessante é que alguns usuários do modal ferroviário trouxeram ao CADE que os instrumentos regulatórios da ANTT não pareciam eficazes para suprimir possíveis condutas discriminatórias e exclusionárias do novo agente econômico que estava se formando. Esse foi um dos motivos pelos quais o CADE exerceu seu papel de complementaridade no controle regulatório para desenhar medidas que diminuíssem o poder de mercado que estava em formação, já que a operação tinha significativas utilidades para a economia brasileira, porém tinha também o condão de criar consideráveis distorções concorrenciais. Na exposição introdutória do acordo negociado com as partes realizada pelo voto condutor, o CADE já deixou claro o escopo de seu papel notadamente regulatório no caso:

O referido Acordo foi elaborado tendo-se em mente tanto a perspectiva futura de expansão da capacidade da ferrovia e, conseqüentemente, da oferta do serviço de transporte ferroviário, como também – e principalmente – o **cenário atual**, de restrição na capacidade da ferrovia, sobrecarga em corredores logísticos essenciais, gargalos logísticos, inadimplemento contratual e baixa efetividade do controle repressivo da regulação. Nesse sentido, o argumento de eficiência foi levado em consideração tão somente na criação de mecanismos que incentivem sua efetivação, mas não como fundamento para uma atuação menos vigorosa por parte desse Conselho. Assim, os remédios negociados com as Requerentes consideram o pior cenário possível num momento pós-operação, no qual os investimentos anunciados não sejam concretizados e nem haja superioridade logística por parte da nova companhia – o que, a rigor, representaria a completa ausência de eficiências decorrentes da operação.

Além de mecanismos comportamentais de governança corporativa e de vedação ao *interlocking directorates*, o CADE impôs restrições aos critérios de precificação para assegurar a isonomia na contratação com usuários a fim de evitar que lacunas da regulação positivada sejam utilizadas para aplicação de tarifas distintas para contratantes de um mesmo serviço, limitando, ainda que justificadamente, os mecanismos de oferta e demanda do mercado, a despeito da manutenção da liberdade tarifária da nova empresa. Outro ponto estrutural veio a sanar a preocupação concorrencial referente à possibilidade de adoção de estratégia comercial que vincule os serviços verticalmente relacionados que serão prestados pela nova empresa, o que poderia configurar venda casada. Tal

¹⁰ Ato de Concentração n. 08700.005719/2014-65.

preocupação foi sanada com a separação dos contratos de prestação de cada serviço a ser prestado pela nova empresa, ainda que tais serviços fossem prestados de forma conjunta. Segundo o CADE, “a separação dos contratos impedirá a conjugação desses contratos em um arranjo que, ao fim e ao cabo, confira situação mais vantajosa a um usuário ou desvantajosa a outro”. Limitação de uso de ativos por partes relacionadas também foi realizada pelo CADE para estimular investimentos em expansão, o que também altera o conjunto de incentivos do agente econômico em relação ao tamanho ideal da capacidade instalada de transporte ferroviário. Por último, a criação de mecanismos de transparência em relação a potenciais projetos de investimento e a apurações de atendimento, o que altera inequivocamente o comportamento dos agentes ao reduzir assimetrias de informação que potencialmente influenciam na tomada de decisões que refletem na oferta e na demanda de bens no mercado.

O papel repressivo do CADE também contou com medidas estruturais, porém mais tímidas e com um viés regulatório menos explícito e incisivo. Mesmo depois da decisão do “cartel do cimento”¹¹ em 2014, na qual houve determinação de um incontável número de desinvestimento das empresas condenadas por cartel além da imposição de elevadíssimas multas, não parece que o Conselho quis replicar tal ideia com maior frequência.

Das 60 condenações em processos administrativos, 33 foram objeto de imposição de remédios comportamentais e 3 foram alvo de remédios que alteram a estrutura do mercado, os quais eram relacionados à proibição de contratar com o Poder Público. A única intersecção desse conjunto foi o chamado “cartel internacional de mangueiras marítimas”¹², que recebeu a reprimenda concomitante sob os vieses estrutural e comportamental.

Ao agrupar alguns setores, percebeu-se um padrão bastante interessante em relação ao setor médico. Houve a adoção de remédios comportamentais em todos os casos submetidos a reprovação antitruste nesse setor. Tal padrão parece revelar uma preocupação do CADE com a sinalização de práticas comerciais permitidas ou proibidas nesse complexo ambiente econômico. Em outros casos ou grupos de casos em um mesmo setor, mesmo aqueles que trataram de cartel, o Conselho não teve a preocupação de utilizar o art. 38 da Lei 12.529/11 para buscar incentivos adicionais de expurgar a conduta anticompetitiva do mercado.

A realidade do direito administrativo sancionador no Brasil parece majoritariamente fundada na ousadia das intervenções estruturais que ocorreram com mais frequência exatamente nos cenários de incertezas, deixando perpetuar muitos casos com desenhos de mercado conformados por condutas

¹¹ Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79.

¹² Processo Administrativo n. 08012.010932/2007-18.

anticompetitivas e reprovados apenas a título de multa e de desincentivos meramente comportamentais cristalizados em obrigações de não fazer.

Outro aspecto interessante dessa pesquisa é que o CADE ainda não tem um padrão de punição no grupo de casos que abordou cartéis em licitações. Dos 9 casos identificados, apenas 3 foram objeto de intervenção unicamente comportamental e 2 foram objeto de intervenção unicamente estrutural. Nesses dois últimos casos, chamados de “cartel dos antirretrovirais”¹³ e “cartel da roupa suja”¹⁴, o CADE entendeu que a proibição de contratação com o Poder Público seria adequada e proporcional para estancar a prática anticompetitiva em futuras licitações, além da multa fixada. No “cartel da roupa suja”, o voto condutor dos remédios estruturais apontou as escolhas públicas que estavam disponíveis ao CADE para avaliar o cabimento da proibição de licitar:

Avançando, em face da estrutura de mercado apresentada vislumbrei três formas de tratar a questão da aplicação da sanção de proibição de contratar como poder público neste caso concreto:

Cenário 1 - aplicá-la a todos os agentes que participaram da conduta, excetuando-se apenas a empresa Atmosfera (ex-Acqualimp), tendo em conta que, para esta, já foi acordada toda a punição cabível na assinatura de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta;

Cenário 2 - não a aplicar a nenhum dos agentes que participaram da conduta;

Cenário 3- aplicá-la apenas a um ou alguns dos agentes que participaram da conduta.

No caso concreto, o CADE explicitou a correlação entre tal proibição e a conformação estrutural de aquisição de serviços de lavanderia de indumentária hospitalar: “isto teria, para as empresas remanescentes, o efeito de crescimento extraordinário de mercado, superior ao ditado pela atividade econômica geral, mas sem perspectiva de repetição”. Em termos de incentivo ao mercado, o voto condutor acrescentou o seguinte:

(...) estando a Brasil Sul provisoriamente fora do mercado gerado pelas novas compras públicas, por força de punição estatal, terá que ocupar seu parque instalado e pressionará as margens das rivais que atendem demanda privada, dificultando qualquer acordo parcial ou global. Por fim, tendo sucesso em uma nova estratégia deste tipo, poderá constituir ameaça de desestabilização de qualquer tentativa de acordo nas demandas de compras públicas, vez que desejará reocupar *share* ao final do período de proibição.

(...) Outro fator a ser considerado como benéfico ao interesse público no mercado em questão é o efeito dissuasório geral da pena de proibição de contratar com a Administração Pública. Uma vez que ela seja aplicada à empresa líder do primeiro cartel, todas as empresas levariam em conta que tomar a liderança do cartel traz o risco real de sofrer a mesma sanção. Isto deve

¹³ Processo Administrativo n. 08012.008821/2008-22.

¹⁴ Processo Administrativo n. 08012.008850/2008-94.

fazer com que cada empresa espere que outra assuma a liderança, de forma que nenhuma tomaria a frente do conluio, deixando o cartel sem líder ou figura de maior destaque. A falta de organização e liderança é outro fator que pode trazer potencial desestabilidade para o cartel, aumentando os riscos de sua manutenção e indicando como melhor opção não agir em conluio.

Consoante esse raciocínio, a intervenção estrutural em certames públicos seria naturalmente aplicável a restrições competitivas identificadas em licitações. Todavia, esse raciocínio não tem sido constantemente invocado pelo CADE em 2015 e 2016, tendo em vista que o Conselho silenciou sobre o porquê dessa não aplicação aos demais cartéis em licitação condenados no período.

Faz-se um adendo de que essa penalidade também foi observada no “cartel internacional de mangueiras marítimas”, o qual era destinado a manipular o procedimento de compras realizado por empresa pública de atuação nacional – que é ente da Administração Indireta e não é obrigada a utilizar todas as regras licitatórias existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o CADE, essa penalidade seria jurídica e economicamente sustentável nos seguintes termos:

Por último, os Embargantes suscitam a **omissão com relação ao princípio da preservação da empresa: desproporcionalidade das penalidades de proibição de licitar e de parcelamento de tributos**. Tal como no argumento anterior, as Embargantes invocam a crise econômico-financeira das empresas para exclusão de duas das penalidades aplicadas pelo CADE no julgamento do dia 25/02/2015. Para tanto, as Embargantes defendem que o voto-relator “*não apresentou qualquer justificativa que o levou a aplicar todas as sanções previstas na legislação aplicável*”, o que rechaço em virtude da explanação sobre a gravíssima natureza da infração de cartel, ainda mais em âmbito internacional.

Em seguida, ressalto que a proibição de licitar não inviabiliza a atividade da empresa, uma vez que há outros compradores nacionais de mangotes (parágrafo 329), apesar de ter sido um dos principais meios de lesar o interesse público diante da materialização do cartel em processos licitatórios mencionados nos autos. Além disso, a proteção ao interesse público impõe ao CADE o dever de evitar que recursos públicos continuem a serem utilizados como financiamento de um cartel de tamanha proporção, especialmente quando os infratores se aproveitaram das condições estruturais facilitadoras da colusão para implementar uma estratégia anticompetitiva coordenada. O mesmo raciocínio é aplicável para afastar a impossibilidade de aplicação da penalidade de vedação de contratação de linhas de crédito em que haja o uso de recursos públicos.

Ao que tudo indica, o esforço de contenção de estruturas nocivas nos atos de concentração não tem sido replicado no processo administrativo sancionador, apesar de a concretização dos efeitos anticompetitivos ser mais facilmente visualizável em condutas já ocorridas. Os elementos consequencialista (“olhar para frente”) e de consistência (“olhar para trás”) trazidos pelas decisões em controle de concentrações não têm sido adotados pelo CADE como elementos de

coerência (“olhar para cima”)¹⁵, o que traz um campo interessante de aperfeiçoamento das decisões condenatórias em sede de práticas comerciais ofensivas à concorrência.

Considerações finais

O presente trabalho buscou trazer um debate que muitas vezes é relegado ao segundo plano em termos de desenhos de políticas públicas e em termos de posicionamento institucional a respeito da defesa da concorrência no Brasil. De um lado, a sociedade cobra do Estado uma intervenção efetiva para gerar incentivos inscritos nos custos de punição para desestimular o ímpeto transgressor do agente (SOKOL, 2007). De outro lado, o Estado não reconhece que essa cobrança gera uma expectativa de regulação, ainda que *ad hoc*, dos setores iluminados pelas difíceis escolhas institucionais de quadros de incentivos e desincentivos (SOKOL, 2007) que o CADE deve fazer para cumprir seu papel de defensor da concorrência.

Quando se enumeram as características consensuais do que é uma regulação, é possível observar que o CADE exerce papel regulatório relevante, apesar de a lei não afirmar explicitamente que a autarquia é uma agência reguladora *stricto sensu*. Esse papel é também confirmado na prática, já que muitas das decisões da autarquia contemplam importantes mandamentos regulatórios fixados caso a caso e que interferem sobremaneira na estrutura de mercado escrutinada pelo Conselho.

Claro que, no dia-a-dia, esse papel regulatório tende a variar conforme a complexidade e a dinâmica de cada caso, que é tratado de maneira individualizada e considerando todos os aspectos, especialmente os jurídico-econômicos, que envolvem a preservação da concorrência no mercado analisado. E quando não se tem uma política bem definida quanto aos objetivos da atuação da autoridade e as projeções futuras dessa atuação, podem ocorrer significativas variações no ímpeto interventivo da autoridade, que acaba vendo cada norma individual de modo isolado e sem uma verdadeira integração das políticas públicas a partir do diálogo das decisões judiciais entre si. Por isso é que se vê um avanço interventivo considerável em atos de concentração e uma silente timidez estrutural na seara repressiva, não obstante o constante empenho do CADE no combate a cartéis e a outras condutas anticompetitivas.

A objetivação de direitos e a entronização da técnica no campo da defesa da concorrência são diuturnamente realizadas pelo CADE e não é necessário um reconhecimento formal do ordenamento jurídico a fim de que sua atuação

¹⁵No tocante à conceituação de elemento de consistência, elemento de coerência e elemento consequencialista, adota-se as acepções de Ricardo Lorenzetti (LORENZETTI, 2009, p. 160-163).

reguladora nos casos submetidos à autarquia seja legítima. Contudo, há muito ainda a caminhar acerca da utilização de instrumentos externos à multa para que a dissuasão pretendida pela autoridade seja efetivamente alcançada na seara repressiva.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**. 2. ed. Coleford: Laccademia Publishing, 2014.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BOBBIO, N. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.
- CARPENTER, D. Confidence Games: How Does Regulation Constitute Markets? In: BALLEISEN, E.; MOSS, D. (Eds.). **Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation**. New York: Cambridge University Press, 2009.
- CROLEY, S. P. **Regulation and Public Interests**. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- DI PIETRO, M. S. Z. Limites da Função Reguladora das Agências Diante do Princípio da Legalidade. In: **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- LAZZARINI, S. G. **Capitalismo de Laços: os Donos do Brasil e suas Conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LORENZETTI, R. L. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LUIZ, F. V. **Teoria da Decisão Judicial: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MARINONI, L. G. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MORAN, M. **The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation**. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MOTTA, M. **Competition Policy: Theory and Practice**. New York: Cambridge University Press, 2004.

- OLIVEIRA, A. F. DE. Remédios Antitruste e o Ordenamento Jurídico Brasileiro: Primeiras Reflexões. In: OLIVEIRA, A. F. DE; RUIZ, R. M. (Eds.). . **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.
- POSNER, R. A. Theories of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 5, n. 2, 1974.
- SOKOL, D. Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age. **Berkeley Business Law Journal**, v. 4, n. 1, 2007.
- STIGLER, G. J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, 1971.
- STIGLITZ, J. E. **Economics of the Public Sector**. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- STIGLITZ, J. E. Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation. In: BALLEISEN, E.; MOSS, D. (Eds.). . **Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation**. New York: Cambridge University Press, 2009.
- TULLOCK, G.; SELDON, A.; BRADY, G. L. **Government Failure: A Primer in Public Choice**. Washington: Cato Institute, 2000.