

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
MESTRADO DE DIREITO DA REGULAÇÃO**

MARJORIE GRESSLER AFONSO

**O CONTROLE CONCORRENCIAL DAS CONDUTAS UNILATERAIS
DAS EMPRESAS ESTATAIS**

Rio de Janeiro

2017

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
MESTRADO DE DIREITO DA REGULAÇÃO**

MARJORIE GRESSLER AFONSO

**O CONTROLE CONCORRENCIAL DAS CONDUTAS UNILATERAIS DAS
EMPRESAS ESTATAIS**

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: Leandro Molhano Ribeiro

Co-orientadora: Patricia Regina Pinheiro
Sampaio

Rio de Janeiro
2017

Afonso, Marjorie Gressler

O controle concorrencial das condutas unilaterais das empresas estatais / Marjorie Gressler Afonso. – 2017.

124 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Orientador: Leandro Molhano.

Coorientadora: Patrícia Regina Pinheiro Sampaio.

Inclui bibliografia.

1. Direito regulatório. 2. Concorrência. 3. Sociedades de economia mista. 4. Empresas públicas. 5. Atos unilaterais (Direito). I. Ribeiro, Leandro Molhano, 1971- . II. Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDD – 341.3787


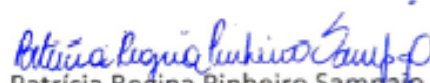
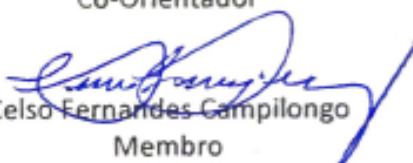
MARJORIE GRESSLER AFONSO

**“O CONTROLE CONCORRENCIAL DAS CONDUTAS UNILATERAIS DAS EMPRESAS
ESTATAIS”.**

dissertação apresentado(a) ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação
do(a) Escola de Direito do Rio de Janeiro para obtenção do grau de Mestre(a) em
Direito da Regulação.

Data da defesa: 05/01/2018

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA


Leandro Molhano Ribeiro
Orientador(a)
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
Membro
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Co-Orientador
Celso Fernandes Campilongo
Membro

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não teria sido possível sem o apoio de várias pessoas.

Aos meus pais, pelo apoio, incentivo e amor incondicional durante todos esses anos.

Às minhas irmãs e ao meu irmão, pelo carinho e o convívio, e à Nathalie, em especial, pela companhia nas horas de estudo.

Ao João Marcelo pela paciência infinita e pela ajuda, sugerindo leituras, precedentes e ideias.

A todos os professores de quem fui aluna no Mestrado em Direito da Regulação, que foram tão importantes na minha formação acadêmica e ao Professor Carlos Ragazzo, em especial, pelo meu primeiro contato com o Direito da Concorrência ainda na época da graduação.

Ao professor Eduardo Jordão pelos comentários na versão preliminar deste trabalho, apresentado à banca de qualificação, e pelas conversas e sugestões de leitura que enriqueceram este trabalho.

À Marília Rennó, Patricia Sampaio, Carolina Fidalgo, Carolina Morizot, Rafaela Canetti, e Carolina Romanelli pela compreensão, o apoio, e a convivência diária, tornando as tarefas sempre mais leves e divertidas.

Ao Professor Leandro Molhano, pelas conversas, revisões e comentários que tanto agregaram para este trabalho.

À Professora Patrícia Sampaio, novamente, pelo exemplo pessoal e profissional, e pela disponibilidade e dedicação. Suas observações e sugestões foram essenciais para a realização deste trabalho.

RESUMO

Neste trabalho, pretende-se estudar como se dá o controle concorrencial de condutas unilaterais das empresas públicas e sociedades de economia mista pelo CADE. Pretende-se verificar: (i) se as empresas estatais estão sujeitas ao controle concorrencial de condutas exercido pelo CADE, tal como previsto na Lei nº 12.529/2011, (ii) se o CADE exerce o controle das condutas unilaterais praticadas pelas empresas estatais tal como previsto na legislação aplicável, (iii) se, e em quais casos, há ou deve haver uma isenção do controle concorrencial sobre as condutas unilaterais das empresas estatais, e (iv) se a metodologia adotada pelo CADE para a análise e o controle de condutas unilaterais das estatais é adequada para identificar e coibir práticas anticompetitivas unilaterais praticadas por empresas estatais.

Na primeira parte, foram estudadas as regras que definem a competência do CADE, de forma a delimitar o escopo subjetivo de aplicação da Lei nº 12.529/2011, e foram analisados alguns precedentes do CADE que tratam de sua competência subjetiva, com especial ênfase na aplicação das normas concorrenciais aos entes públicos e na atividade de prestação de serviços públicos. Verificamos que o CADE possui, de fato, competência para controlar as condutas concorrenciais das empresas estatais, mas exerceu esse poder poucas vezes.

Em seguida, foram investigadas as possíveis isenções concorrenciais que podem se aplicar às empresas em geral, e às empresas estatais, especificamente. Verificamos que a jurisprudência e doutrina pátria já reconhecem a possibilidade de isenção decorrente da regulação. Analisou-se, também, a possibilidade de isenção das condutas das empresas estatais que sejam voltadas à promoção de políticas públicas, e concluiu-se que, diante do risco de captura da empresa estatal, a isenção não seria adequada.

Na segunda parte, apresentamos alguns incentivos que recaem sobre os acionistas e administradores das empresas estatais e que pautam a sua conduta concorrencial. Em seguida, foi analisada a metodologia do CADE para a identificação e o controle das condutas anticompetitivas unilaterais – abuso de posição dominante e prática de preços predatórios, especificamente – para verificar se esta é adequada quando aplicada às empresas estatais. Verificou-se que algumas premissas das quais o CADE parte em sua análise, não são perfeitamente aplicáveis à realidade das empresas estatais.

Palavras chave: Concorrência. Conduta unilateral. Sociedade de economia mista. Empresa Pública.

ABSTRACT

In this paper, we intend to study how CADE carries out antitrust control of unilateral conduct of state-owned enterprises. We intend to verify: (i) whether state-owned enterprises are subject to the antitrust control by CADE, as provided for in Law 12,529 of 2011 (ii) whether CADE exercises this control, (iii) whether and in what cases, there should be an exemption from competitive control of unilateral conduct of state-owned enterprises, and (iv) whether the methodology adopted by CADE for the analysis and control of unilateral conduct by state-owned is adequate to identify and restrain unilateral anticompetitive practices by these companies.

In the first part, we examine the rules that define CADE's competence in order to define the subjective scope of Law 12,529 of 2011 and analyze some precedents in which CADE addresses its subjective competence with special emphasis on the application of the competition rules to public entities and public services. We have verified that CADE is indeed competent to control the competitive behavior of state-owned enterprises but has used this power only on rare occasions.

Next, we examined the possible competitive exemptions that may apply to companies in general, and to state-owned enterprises, specifically. We have verified that jurisprudence and legal scholars already recognize that regulation may lead to immunity from antitrust control. Furthermore, we addressed if measures taken by of state-owned enterprises that are to promote public policies could be exempted from antitrust control.

In the second part, we present some incentives that apply to shareholders and administrators of state-owned enterprises and that will affect the competitive behavior by these firms. Next, we analyzed CADE's methodology for the identification and control of unilateral anticompetitive conduct – specifically regarding the abuse of dominant position and predatory pricing – to verify if it is adequate when applied to state-owned enterprises. We have verified that the rule of reason applied to verify if the conduct of a dominant firm is abusive, in general, only considers the economic efficiencies of the investigated conduct, and not other possible social and public policies gains that can be legitimately pursued by the state-owned enterprises.

Key words: Competition. Antitrust. Unilateral conduct. State-owned enterprises.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ASEP	Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEG	Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro
Constituição Federal	Constituição Federal de 1988
COMGÁS	Companhia de Gás de São Paulo
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
Eletrobras	Centrais Elétricas Brasileiras S.A.
FESEMPRE	Federação Interestadual dos Servidores Públicos dos Estados
GásLocal	GNL Gemini e Comercialização e Logística de Gás Ltda.
GNL	Gás natural liquefeito
LCD	Lei de Defesa da Concorrência (Lei Federal nº 12.529/2011)
Petrobras	Petróleo Brasileiro S.A.
PRC	Comissão de Regulação Postal
Refinaria Manguinhos	Refinaria de Petróleos de Manguinhos S.A.
RPP	Research Partnership Platform
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SG	Superintendência-Geral
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

UNIMED	UNIMED de Joinville – Cooperativa de Trabalho Médico
UPS	United Parcel Service
USPS	Serviço Postal dos Estados Unidos
TBG	Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil
TCC	Termo de Compromisso de Cessação
TFUE	Tratado de Fundação da União Europeia
White Martins	White Martins Gases Industriais Ltda.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS AO CONTROLE CONCORRENCIAL DE CONDUTAS EXERCIDO PELO CADE	15
1.1. O escopo de aplicação da legislação concorrencial	15
1.2. A jurisprudência do CADE sobre a aplicação das normas concorrenciais às empresas estatais.....	26
1.3. Conclusão parcial	40
2. AS HIPÓTESES DE ISENÇÃO DE CONTROLE CONCORRENCIAL APLICÁVEL ÀS ESTATAIS.....	41
2.1. A isenção decorrente da regulação	41
2.1.1. Estados Unidos	42
2.1.2. União Europeia	50
2.1.3. Jurisprudência do CADE sobre a isenção decorrente da regulação	54
2.2. A possibilidade de isenção de condutas unilaterais voltadas à promoção do interesse público.....	58
2.2.1. O controle concorrencial das empresas estatais no direito comparado	60
2.2.2. O caso brasileiro	68
2.3. Conclusão parcial	76
3. A ADEQUAÇÃO DO CONTROLE DE CONDUTAS UNILATERAIS DAS ESTATAIS EXERCIDO PELO CADE.....	78
3.1. Os incentivos que recaem sobre os acionistas e administradores das empresas estatais e que pautam a sua conduta concorrencial.....	80
3.1.1. A obtenção de lucro	81
3.1.2. A promoção de políticas públicas.....	83
3.1.3. O aumento na escala e no escopo do seu serviço e no número de empregados ...	85
3.2. As práticas predatórias.....	87
3.2.1. A análise concorrencial da prática de preço predatório no Brasil	91
3.2.2. Análise concorrencial de prática de preços predatórios pelas empresas estatais	97
3.2.3. A solução proposta	101
3.3. Outras condutas de abuso de posição dominante	102
3.3.1. A análise concorrencial do abuso de posição dominante no Brasil.....	104

3.3.2.	As considerações não-econômicas na análise concorrencial.....	106
3.4.	Conclusão parcial	110
CONCLUSÃO.....		112
REFERÊNCIAS		114

INTRODUÇÃO

Esse trabalho busca discutir o controle de condutas unilaterais exercido pelo CADE sobre as sociedades de economia mista e empresas públicas.

Empresas públicas e sociedades de economia mista, conhecidas conjuntamente como empresas estatais¹, são empresas cujo controle é detido pelo Estado que são criadas para atender a relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional.² Tais empresas podem atuar tanto em mercados sujeitos a monopólio quanto em regime de concorrência com empresas privadas. Contudo, independentemente do regime aplicável, as empresas estatais são instrumentos de atuação do estado na economia e, como tanto, devem atuar pela promoção do interesse público que justificou a sua criação.

A Constituição Federal determina que as empresas estatais se submetem ao regime jurídico próprio das empresas privadas (artigo 173, §1º, inciso II) e, como tal, estão sujeitas ao controle concorrencial de condutas realizado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), que incide sob as empresas privadas³. Na esfera infralegal, a Lei nº 12.529/2011, que trata do papel do CADE e da defesa da concorrência no Brasil, prevê expressamente sua aplicação também às pessoas jurídicas de direito público. A exigência constitucional de que as empresas estatais estejam sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas visa a assegurar condições igualitárias de competição entre empresas estatais e empresas privadas que atuam no mesmo mercado. Pretende-se, com isso, evitar que as empresas estatais obtenham vantagens em relação às empresas privadas, que lhes deem condições de prejudicar a concorrência no mercado em que atuam.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) já reconheceu que o artigo 173, §1º, da Constituição Federal

visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exercem ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a

¹ Para fins deste trabalho, a expressão “empresas estatais” será utilizada para se referir às sociedades de economia mista e empresas públicas, conjuntamente.

² A Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) traz a definição de empresa pública e a sociedade de economia mista: “Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. (...) Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta”.

³ Conforme se verá mais adiante, o art. 31 da Lei nº 12.529/11, que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, prevê expressamente a aplicação de suas normas às pessoas jurídicas de direito público.

entidades privadas que se dediquem à atividade econômica na mesma área ou em áreas semelhantes.⁴

O direito da concorrência é relevante pois busca promover a competição. A competição, por sua vez, é tida como a melhor forma de alocar recursos no mercado, podendo gerar menores preços para bens e serviços, melhor qualidade, variedade, inovação, eficiência e produtividade, desenvolvimento e crescimento econômico, entre inúmeras outras vantagens.⁵

A aplicação do direito concorrencial às empresas estatais é especialmente importante considerando o porte e a relevância dessas sociedades na economia mundial e nacional. As empresas estatais representam uma parte relevante da economia mundial, produzindo cerca de 10% do PIB global⁶. Nos países em desenvolvimento, as empresas estatais figuram dentre as maiores companhias abertas dos mercados de ações e são das empresas mais lucrativas do mundo.⁷ No Brasil, especificamente, as empresas estatais têm impacto especialmente relevante no mercado, representando 20% do volume diário de negociações no pregão nacional.⁸ Grande parte conta com participação privada em seu capital, configurando, assim, uma sociedade de economia mista. No mercado de capitais brasileiro, as sociedades de economia mista representam 24,8% das empresas listadas na Bm&f Bovespa.⁹

Apesar da sua grande relevância no cenário nacional, não foram identificados estudos no Brasil que analisam como se dá o controle de condutas unilaterais das sociedades de economia mista e das empresas públicas brasileiras de modo a considerar as suas peculiaridades em relação às empresas privadas. Diferentemente das empresas privadas, existe, no cerne das empresas estatais um conflito intrínseco relacionado aos diferentes objetivos almejados por seus acionistas e administradores. Enquanto, por um lado, são controladas pelo Estado e integrantes da administração pública indireta, devendo ser utilizadas como mecanismo de promoção do

⁴ Trecho da ementa do Recurso Extraordinário nº 172816. (STF. RE nº 172816. Relator: Ministro Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/1994, DJ 13-05-1994 PP-11365.)

⁵ Essa lista das vantagens trazidas pela concorrência foi tirada do texto: STUCKE, Maurice E. Is competition always good? **Journal of Antitrust Enforcement**. vol. 1, n. 1, 2013. p. 162–197. p. 167.

⁶ BRUTON, Gary D., PENG, Mike W., AHLSTROM, David, STAN, C. V., e XU, Kehan. State-owned enterprises around the world as hybrid organizations. **Academy of Management Perspectives**, vol. 29, n.1, 2015. p. 92–114.

⁷ “O número de estatais entre as cem maiores empresas da lista Fortune “Global 500”, que classifica as empresas por receita, aumentou de onze, em 2005, para 25, em 2010. Em 2005, não havia estatais entre as dez primeiras colocadas, mas, em 2010, já havia quarto – Japan Port Holding, Sinopec e China National Petroleum (duas petrolíferas estatais chinesas), e State Grid (concessionária de serviços públicos chinesa)”. (LAZZARINI, Sérgio G.; MUSSACHIO, Aldo. **Reinventando o Capitalismo de Estado – O Leviatã nos Negócios: Brasil e outros países**. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015, p. 12)

⁸ Informação disponível no site: <<https://capitalaberto.com.br/boletins/boletins-madrone/decisao-da-cvm-sobre-o-poder-de-controle-nas-empresas-estatais/#.WXIC0CMrK8V>> Acesso em 21 de julho de 2017.

⁹ Informação disponível no site: <<https://capitalaberto.com.br/boletins/boletins-madrone/decisao-da-cvm-sobre-o-poder-de-controle-nas-empresas-estatais/#.WXIC0CMrK8V>> Acesso em 21 de julho de 2017.

interesse público, por outro, adotam a forma empresarial típica da iniciativa privada e podem, ainda, contar com capital privado.

Esta natureza híbrida pode gerar repercussões do ponto de vista concorrencial. Apesar de serem de propriedade do Estado e de terem sido criadas para a promoção de interesses públicos, na prática, as empresas estatais também podem adotar práticas anticoncorrenciais de forma a prejudicar os seus concorrentes e os consumidores. Afinal, “a propriedade acionária estatal não assegura automaticamente a atuação da companhia no sentido de atender ao interesse público que justificou a sua criação”.¹⁰⁻¹¹

Em importante trabalho sobre a aplicação do direito concorrencial às empresas estatais chamado “Competition Law for State-Owned Enterprises”, publicado no *Antitrust Law Journal*, Sappington e Sidak¹² apontam que, em decorrência do menor interesse das estatais na obtenção de lucro em relação a outros interesses, elas teriam maior incentivo econômico que as empresas privadas maximizadoras de lucro para praticar atividades exclusionárias que prejudicam os seus concorrentes, como: (i) praticar preços abaixo do custo, (ii) aumentar o custo dos concorrentes, e (iii) aumentar barreiras à entrada.

Contudo, a despeito de todos os possíveis malefícios que podem ser causados pela prática anticoncorrencial das empresas estatais, há motivos para acreditar que a abordagem de análise concorrencial de condutas anticompetitivas unilaterais realizada pelas autoridades de defesa da concorrência não é a mais adequada para verificar os efeitos anticoncorrenciais das condutas dessas empresas. Nos Estados Unidos, há estudos que constataram que “a legislação antitruste doméstica pode não aplicar as ferramentas analíticas adequadas para endereçar condutas anticompetitivas por empresas estatais”.¹³ Em relação à prática de preços predatórios,

¹⁰ Mario Engler Pinto Junior escreve sobre os fatores que podem influenciar o comportamento das empresas estatais: “A criatura pode desenvolver objetivos próprios conflitantes com a função instrumental que lhe foi atribuída originariamente. A divergência que muitas vezes se observa entre a conduta oficialmente assinalada à empresa estatal, e aquela efetivamente constatada, decorre da incapacidade do Estado para impor sua observância aos administradores sociais, combinando com a atuação pouco transparente de grupos de interesse que tentam capturar os mesmos gestores para coloca-los a seu serviço”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 88.)

¹¹ Sobre os motivos para esse conflito de interesse inerente às empresas estatais, Thomas Trebat escreve: “Public ownership *per se* will not ensure that state-owned enterprises always act in line with the broader public interest. An inherent problem is that the state-owned company is primarily an agent of government development policy, but also pursues a set of sometimes conflicting microeconomic objectives. The conflicts between ‘macrosocial’ and microeconomic objectives of the public enterprise pose institutional problems that would not appear to have been resolved in a completely satisfactory manner in any national setting. In Brazil, they have been a source of controversy over the last two decades”. (TRABAT, Thomas J. **Brazil state-owned enterprises: a case study of the state as entrepreneur**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983. p.70)

¹² SAPPINGTON, David. SIDAK, J. Gregory. Competition Law for State-Owned Enterprises. **Antitrust Law Journal**. vol. 71, p. 479-523, 2003.

¹³ SOKOL, Daniel D. Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises. **Brigham Young University Law Review**, 1713-1812, 2009. p.1778.

especificamente, decisões em diversas jurisdições sugerem que a lei antitruste é ineficaz para monitorar comportamentos indesejáveis das empresas estatais.¹⁴ Para Daniel Sokol, isso decorre do fato de que, ao aplicar a lei concorrencial, não se leva em consideração a diferente dinâmica entre a propriedade privada e a propriedade pública das empresas.

No Brasil, muito já se escreveu sobre o conflito de interesse interno às empresas públicas e sociedades de economia mista, que, de um lado, visam à maximização do lucro e, de outro, visam à promoção de interesses públicos.¹⁵ Contudo, não há, até o momento, no país, qualquer estudo acerca das possíveis implicações que este conflito pode ter na análise antitruste das condutas das empresas estatais. Como já mencionado, não foi encontrado aqui qualquer estudo que sistematizasse os precedentes do CADE envolvendo a prática de condutas unilaterais das empresas estatais e a extensão da aplicação do direito antitruste nesses casos.

Neste trabalho, pretende-se estudar como se dá o controle concorrencial de condutas unilaterais das empresas públicas e sociedades de economia mista pelo CADE. Pretende-se verificar: (i) se as empresas estatais estão sujeitas ao controle concorrencial de condutas exercido pelo CADE, tal como previsto na Lei nº 12.529/2011; (ii) se o CADE exerce o controle das condutas unilaterais praticadas pelas empresas estatais tal como previsto na legislação aplicável; (iii) se, e em quais casos, deve haver uma isenção do controle concorrencial sobre as condutas unilaterais das empresas estatais; e, (iv) se a metodologia adotada pelo CADE para a análise e o controle de condutas unilaterais das estatais é adequada para identificar e coibir práticas anticompetitivas unilaterais praticadas por estas empresas.

Ressalta-se que o escopo deste trabalho se aterá à análise das condutas unilaterais praticadas pelas empresas estatais. Como se sabe, as condutas anticoncorrenciais podem ser classificadas como condutas colusivas ou condutas unilaterais. As condutas colusivas são aquelas por meio das quais o infrator estabelece um acordo, expresso ou tácito, com seu

¹⁴ “[A] review of antitrust decisions across jurisdictions on the issue of predatory pricing by SOEs reveals that antitrust law is equally ineffective in its attempts to monitor SOE bad behavior”. (SOKOL, Daniel D. Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises. **Brigham Young University Law Review**, 1713-1812, 2009. p. 1718)

¹⁵ Veja, nesse sentido, afirmação de Sérgio Abranches: “Uma das questões recorrentes nos debates em torno do papel da empresa estatal em economias de mercado refere-se à ambiguidade inerente à sua ação, que caracteriza um comportamento oscilante entre sua face estatal – que a leva a realizar objetivos políticos e de natureza macroeconômica, e sua face empresarial – que privilegia interesses particulares, que se poderia considerar microeconômicos”. (ABRANCHES, Sérgio Henrique. Questão da empresa estatal: economia, política e interesse público. **Revista de Administração de Empresas**, vol.19, n. 4, p. 95-105, 1979.) Também sobre esse ponto, Mario Engler Pinto Junior escreve: “É conhecida a dupla tendência disfuncional que contamina as estatais brasileiras. Conquanto sejam parte integrante da estrutura do Estado, possuem dinâmica própria e agem movidas por interesses de natureza corporativista e capitalista, inclusive no seu relacionamento com agências governamentais e agentes privados, buscando constituir parcerias que fortaleçam sempre a autonomia empresarial”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 89.)

concorrente, que tenha como efeito ou possa prejudicar a concorrência.¹⁶ As condutas unilaterais, por sua vez, são as demais condutas anticoncorrenciais que são implementadas por um único agente do mercado, podendo ser classificadas como condutas predatórias ou de abuso de posição dominante¹⁷. São exemplos de condutas unilaterais a discriminação de preços para clientes; a recusa de vendas; a prática de preços predatórios; a prática de *sham litigation*; e a fixação de preço de revenda.¹⁸ São essas as condutas que serão objeto de análise no presente estudo.

Pretende-se, aqui, analisar os incentivos concorrenciais que recaem exclusivamente sobre as empresas estatais, para verificar a incidência do controle concorrencial e a adequação dos instrumentos de análise concorrencial utilizados pela autoridade antitruste. Por este motivo, não serão objeto deste estudo as condutas colusivas que, por sua natureza, necessariamente envolvem dois ou mais agentes econômicos, pois se entende que estas configuram claro desvio da atuação das empresas envolvidas, não havendo, nesses casos, qualquer peculiaridade em relação às empresas estatais.

Para responder às perguntas apresentadas acima, o presente trabalho será dividido em duas partes, além desta introdução e da conclusão. Na primeira parte, serão estudadas as regras que definem a competência do CADE de forma a delimitar o escopo subjetivo de aplicação da Lei nº 12.529/2011. Nesse contexto, serão analisados alguns precedentes do CADE que tratam de sua competência subjetiva, com especial ênfase à aplicação das normas concorrenciais aos entes públicos e à atividade de prestação de serviços públicos.

Na primeira parte também serão estudadas as possíveis isenções aplicáveis às condutas das empresas estatais. Primeiro, analisar-se-ão as restrições regulatórias à concorrência e seus efeitos sobre o controle de conduta exercido pelo CADE. Esta análise será precedida de um

¹⁶ No geral, trata-se de acordos que têm como objetivo a fixação conjunta, entre os concorrentes, de alguma variável concorrencial, como preço ou volume de produção. Também são considerados colusivos os acordos para divisão de partes ou segmentos de um mercado, ou para fixação de preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública. Na legislação antitruste brasileira, exemplos de condutas anticoncorrenciais concertadas estão listadas no artigo 36, §3º, inciso I da Lei nº 12.529/11. Veja, nesse sentido, o artigo 36, §3º, inciso I da Lei nº 12.529/11: “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”.

¹⁷ A doutrina entende que a predação é uma espécie de abuso de posição dominante pois só seria racional se fosse praticada por empresa dominante no mercado. (MOTTA, Massimo. SALGADO, Lúcia Helena. **Política da Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 192.)

¹⁸ Esta lista pode ser encontrada no site do CADE: (<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>)

breve relato da experiência estrangeira, sobretudo dos Estados Unidos e da União Europeia, jurisdições que tem maior tradição no enfrentamento destas questões e que fortemente influenciaram a experiência brasileira.¹⁹

Na sequência, debruçar-se-á sobre a questão da possível isenção da incidência das normas concorrenciais a empresas estatais quando estas estão atuando em prol do interesse público. Em um primeiro momento, será brevemente apresentado o tratamento concorrencial das empresas estatais em algumas outras jurisdições, de forma a ilustrar as diferentes possibilidades e formas de endereçar essa questão. Em seguida, buscar-se-á responder se, e em que medida, eventual isenção seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será apresentado brevemente como se dá o controle das empresas públicas e das sociedades de economia mista pela Administração Pública central, de forma a verificar as eventuais implicações desse regime à existência de isenção do controle concorrencial das condutas destas empresas no Brasil.

Na segunda parte, buscar-se-á verificar a adequação do controle antitruste realizado pelo CADE na análise das condutas das empresas estatais, considerando, sobretudo, os diferentes incentivos que recaem sobre os acionistas e administradores dessas sociedades e que pautam a sua conduta concorrencial. Em seguida, serão analisadas, separadamente, a aplicação da regra da razão na análise das condutas caracterizada pelo abuso de posição dominante e a metodologia utilizada pelo CADE especificamente para o controle das condutas predatórias. O objetivo aqui será analisar se a metodologia de análise de condutas unilaterais realizada pelo CADE é adequada quando aplicada às empresas estatais. Para verificar se a metodologia é “adequada” para identificar a conduta anticoncorrencial da empresa estatal, buscaremos identificar as premissas adotadas pelo CADE para a análise da licitude da conduta, de modo a verificar se as mesmas premissas são aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista.

¹⁹ JORDÃO, Eduardo F. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 21.

1. A SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS AO CONTROLE CONCORRENCIAL DE CONDUTAS EXERCIDO PELO CADE

A função deste primeiro capítulo é apresentar o escopo de aplicação da legislação antitruste pelo CADE no que tange, especificamente, às empresas estatais. Em um primeiro momento, será estudado o escopo de aplicação, pelo CADE, da Lei nº 12.529/11 (Item 1.1). O foco, aqui, será na interpretação do artigo 31 desta Lei. Com base na doutrina e na jurisprudência, buscar-se-á identificar quais pessoas e atividades estão sujeitas ao controle concorrencial exercido pelo CADE. Em seguida, serão apresentadas as decisões do CADE nos processos administrativos envolvendo condutas unilaterais por empresas estatais (Item 1.2). O objetivo, aqui, consiste em verificar se o controle concorrencial exercido sobre as empresas estatais leva em consideração o fato de estas serem controladas pelo Estado e integrantes da administração pública indireta.

1.1. O escopo de aplicação da legislação concorrencial

A legislação antitruste no Brasil tem matriz constitucional e encontra fundamento nos artigos 173, §4º, e 170 da Constituição Federal de 1988 (“Constituição Federal”). De acordo o artigo 170, a livre concorrência é um dos princípios informadores da ordem econômica. O §4º do artigo 170, por sua vez, prevê que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

A livre concorrência tem como objetivo defender a competição nos mercados por meio de medidas que visam evitar uma elevada concentração no mercado, vedar a coordenação de condutas entre os concorrentes e o abuso por parte dos agentes econômicos que detêm poder de mercado. Por meio deste princípio determina-se, portanto, que o Estado deve coibir o abuso de práticas anticompetitivas como a cartelização, outras condutas coordenadas, e a prática de preços predatórios.

Na esfera infraconstitucional, a promoção da livre concorrência encontra disciplina na Lei nº 12.529/2011. Também chamada de “Lei de Defesa da Concorrência” (“LDC”), a Lei nº 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) e estabelece as infrações à ordem econômica, cominando as respectivas sanções. O SBDC é atualmente composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”).

A atuação do CADE se dá por meio de dois mecanismos principais de controle: o controle de estrutura e o controle de conduta. O controle de estrutura é espécie preventiva de controle que busca conter a concentração econômica em um determinado mercado por meio da exigência de que certas operações entre agentes econômicos (tais como fusões e aquisições), que preenchem os requisitos legais, sejam submetidas ao CADE para prévia aprovação – são os chamados atos de concentração econômica. O controle de conduta, por sua vez, busca coibir atos praticados com a intenção de dominar o mercado, aumentar arbitrariamente os lucros, limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência, ou exercer de forma abusiva a posição dominante. O artigo 36, §3º da Lei 12.529/11 elenca algumas condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica se estas tiverem por objeto ou puderem produzir efeitos anticoncorrenciais.

A LDC define o escopo de sua aplicação em termos bastante amplos. O artigo 31 da Lei define, nos termos abaixo, os sujeitos que devem se submeter ao controle de atos de concentração e condutas previsto em suas normas:

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.

Nota-se que o escopo de aplicação da LDC é abrangente, incluindo desde pessoas físicas a associações, independentemente de serem constituídas de fato ou de direito. O dispositivo é expresso em afirmar que a LDC se aplica também às pessoas jurídicas de direito público, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legal.

A partir de uma leitura literal do artigo 31, poder-se-ia, a princípio, concluir que todos os entes públicos se submetem ao controle da autoridade antitruste, uma vez que se enquadram no conceito de “pessoa jurídica de direito público”. Contudo, apesar da redação e do escopo amplo deste artigo, a doutrina nacional²⁰ e a jurisprudência do CADE vêm interpretando este dispositivo de modo a reconhecer que os atos dos órgãos públicos no exercício de suas ações tipicamente governamentais não se sujeitam ao controle pelo CADE, podendo apenas estar sujeitos às ações de advocacia da concorrência desta autarquia.²¹

²⁰ Nesse sentido, Paula Forgioni afirma que “não se pode entender que a Lei Antitruste aplica-se indiscriminadamente a quaisquer ‘pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado’”. (FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 145)

²¹ Veja afirmação de Pereira Neto e Casagrande, nesse sentido: “De forma geral, não está sujeita aos mecanismos de controle do CADE (preventivo ou repressivo) a atuação de órgãos públicos no exercício de suas ações tipicamente governamentais, tais como as de regulação, fiscalização e fomento. Nesses casos, pode ser aplicável

O CADE já se manifestou expressamente sobre o tema, afirmando que a sua competência punitiva não alcança os atos praticados por órgãos do Poder Público no exercício de seus poderes regulatórios, mesmo que tais atos acarretem prejuízos para a concorrência. Em situações como esta, a função do CADE seria restrita à advocacia da concorrência.²² Veja, nesse sentido, o voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz:

A competência punitiva do CADE, porém, não alcança os atos praticados por órgãos do Poder Público no exercício de seus poderes regulatórios (em sentido amplo), mesmo que prejudiciais à livre concorrência. Não que a lei antitruste não seja amplamente aplicável aos entes estatais: seu artigo 15 afirma expressamente o contrário. O ponto é que, propriamente sujeitos ao disposto na Lei nº 8.884/94²³, estão apenas os agentes econômicos em sentido estrito, i.e, os ofertantes e demandantes de bens e serviços em um mercado. Enquanto tais, pessoas jurídicas controladas pelo Estado podem ser representadas e eventualmente sancionadas, sem qualquer privilégio em comparação aos agentes puramente privados. Não obstante, nos casos em que o Poder Público comparecer como genuíno ente regulador, a atuação do CADE estará, perante este, limitada à ‘advocacia da concorrência’.²⁴

No bojo do processo administrativo nº 21/1991, que questionava os efeitos anticompetitivos de um Decreto editado pelo Governador do Distrito Federal, o Plenário do CADE reconheceu que não tinha competência para modificar o Decreto ou punir o Governador. Contudo, expediu ofício para o Governador requerendo a modificação do Decreto e informando que, caso não fosse atendido o ofício, a Procuradoria do CADE iria elaborar representação ao Ministério Público Federal com o intuito de anular o Decreto judicialmente.²⁵ Este entendimento foi ratificado pelo Plenário no julgamento da Averiguação Preliminar nº 08000.025952/96-54, envolvendo o Departamento de Aviação Civil - DAC.²⁶

apenas ações de *advocacia da concorrência*”. (PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: Doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.)

²² A advocacia da concorrência é a “atividade de cunho preventivo e não coercitivo que visa promover um ambiente econômico competitivo”. (PEREIRA JUNIOR, Walter Luiz. **Advocacia da Concorrência**. CADE. Publicado em 25/04/2017. Disponível em: <<http://seae.fazenda.gov.br/assuntos/advocacia-da-concorrencia>>.). A advocacia da concorrência “se relaciona com a pretensão de promover a defesa da concorrência fora do âmbito de investigação e julgamento de casos concretos do mercado”, e é de competência da Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”), órgão integrante do Ministério da Fazenda. (DA SILVA, Carlos Eduardo Tobias. A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 3, n. 2, p. 180-202, nov. 2015. p. 181)

²³ A Lei nº 8.884/94 foi substituída pela Lei nº 12.529/2011.

²⁴ CADE. Averiguação Preliminar nº 08000.013661/1997-95. Representante: Ministério Público de Aracaju/SE. Representados: Transporte Coletivo Urbano do Município de Aracaju. Julgado em 13.09.2006.

²⁵ CADE. Consulta nº 34/99. Consulente Rádio Táxi Brasília Ltda., Relatora Conselheira Lúcia Helena Salgado, julgado em 04.08.1999 e publicado no DOU de 03.09.1999.

²⁶ Nesse caso, a então conselheira Lucia Helena Salgado afirmou que se tratava “de autoridade no exercício constitucional e legal de seu poder regulamentar, podendo o CADE, em situações como esta, e em concordância com o que vem sendo entendido e decidido por este Plenário, expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do CADE identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão”. (CADE. Averiguação Preliminar nº 08000.025952/96-54, envolvendo o Departamento de Aviação Civil - DAC.)

O então Conselheiro do CADE Antônio Fonseca se manifestou contra a possibilidade de o CADE controlar os atos de estado ou de governo, ainda que deles decorressem alguma restrição à concorrência. Veja-se, nesse sentido, trecho de voto, abaixo:

Se no exercício constitucional de seu poder regulamentar, uma entidade pública, por atos de estado ou de governo, causa uma infração *lato sensu* à ordem econômica, não é prático nem juridicamente possível que o Plenário do CADE possa ir além de expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei.²⁷

No bojo do Averiguação Preliminar nº 08012.006989/97-43, em que se investigava cartel nas licitações de transporte público de passageiros do Município do Rio de Janeiro, o CADE chegou a instaurar um processo em face da Prefeitura do Rio de Janeiro, mas, posteriormente, determinou a sua exclusão do polo passivo sob o fundamento de que “os órgãos de defesa da concorrência não têm jurisdição sobre os entes do governo”.²⁸

Recentemente, em Inquérito Administrativo instaurado pela Superintendência-Geral (“SG”) do CADE, em que se investigava possíveis infrações à ordem econômica caracterizada por discriminação de preços e *margin squeeze* por parte da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (“Sabesp”) contra o Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André (“Semasa”) no mercado de distribuição de água no varejo e no atacado, a SG reiterou o entendimento de que “o CADE não tem competência para julgar as decisões relativas a precificação tomadas por uma agência reguladora legalmente instituída para esse fim e nem pelos governos municipais”.²⁹

A jurisprudência acima, apesar de deixar claro que existe uma limitação ao escopo de atuação do CADE, não traça contornos claros de interpretação do artigo 31 da Lei nº 12.529/2011. Enquanto alguns precedentes afastam a competência sancionadora do CADE em decorrência da natureza do ato – ao fazer referência a “ato de governo”, “ações tipicamente governamentais”, “poder regulamentar”, e “atos de estado” – outros precedentes focam na identidade do agente da conduta, se “órgãos do poder público”, “entidade pública” ou “entes do governo”. Não é claro qual critério é determinante – se o critério da natureza do ato, ou da identidade do agente. São, na verdade critérios cumulativos? Ou seja, o controle não se aplica

²⁷ CADE. Processo Administrativo nº 21/91. DPDE *ex officio* vs. Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro, Relatora Conselheira Lúcia Helena Salgado, julgado em 11.12.1996, acórdão publicado no DOU em 09.01.1997

²⁸ CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.006989/97-43. Despacho SDE nº 644/2001. 12.07.2001.

²⁹ CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18. Nota Técnica nº 13/2017/CGAA3/SGA1/SG/CADE. 2 de julho de 2017.

quando a conduta é praticada por uma “entidade pública” no exercício de seu “poder regulamentar”?

A jurisprudência do CADE não responde a todas essas perguntas. Contudo, Pereira Neto e Casagrande apontam que, apesar da redação extensiva do artigo 31, há indícios na LDC que a preocupação concorrencial da Lei está centrada, sobretudo, em dois elementos: (i) na empresa, e (ii) na atividade.³⁰

No que tange à preocupação com as empresas, o artigo 36, §2º, da LDC, ao tratar da definição ou presunção de posição dominante, refere-se à “empresa ou grupo de empresas” que é capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado. Ademais, os incisos III e IV do §3º deste artigo 36, ao tratar das condutas que configuram infração à ordem econômica, mencionam as condutas que limitam ou impedem o acesso de novas “empresas” ao mercado, bem como que criam dificuldade à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de “empresa concorrente”.

Parte do motivo pelo qual o legislador pode ter optado por não utilizar o termo “empresa” no artigo 31 seria para evitar as dificuldades surgidas para definir este conceito e para evitar restringir demasiadamente o escopo da legislação antitruste. Na União Europeia, os tratados que regulam a matéria concorrencial utilizavam o termo “empresas” para definir o escopo de sua aplicação. Como consequência disso, o conceito teve de ser definido por meio de trabalhosa construção jurisprudencial de forma a evitar qualquer dúvida quanto ao escopo subjetivo de aplicação das normas antitruste.³¹ A experiência europeia pode ter servido como exemplo para o legislador brasileiro e pode ter sido um dos motivos pelo qual o artigo 31 não faz referência expressa às “empresas”.

No que se refere à “atividade”, a última parte do artigo 31 faz menção ao exercício da “atividade” exercida pelo sujeito da LDC, ainda que sob o regime de monopólio legal. Paula Forgioni entende que a “atividade” à qual o dispositivo se refere é a atividade econômica em *sentido estrito*. Para a autora, “a Administração está sujeita às limitações da Lei Antitruste apenas na exploração, pelas entidades que a conformam como Administração Indireta, de atividade econômica em sentido estrito”. De acordo com a autora, portanto, as empresas estatais que prestam serviço público não estariam sujeitas ao controle concorrencial, pois “afrontaria a Constituição admitir que o CADE teria a competência para penalizar ou balizar o

³⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: Doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 40.

³¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 144.

comportamento dos entes da Administração incumbidos da formulação/implementação de políticas públicas ou mesmo da prestação de serviços públicos”.³²

Contudo, entendemos que este argumento não se sustenta. Não é novidade no direito brasileiro a possibilidade de uma empresa estatal prestadora de serviço público ser penalizada por uma entidade da administração pública indireta. De fato, tanto as agências reguladoras setoriais como as autarquias federais podem balizar o comportamento das empresas estatais e penaliza-las em caso de descumprimento das normas aplicáveis. Há diversos precedentes neste sentido em nossa história recente.

Há inclusive precedentes em que uma autarquia federal penalizou o próprio ente federativo controlador da empresa estatal. Em caso recente e paradigmático, a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) penalizou a União Federal por abuso de poder de controle nas deliberações societárias das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (“Eletrobras”). Nos Processos Administrativos nº RJ-2007-10879 e RJ-2007-13216, os acionistas minoritários da Eletrobras se insurgiram contra decisão da União de reter dividendos obrigatórios da companhia sob a alegação de que precisava de recursos para a realização de investimentos essenciais para o aumento da capacidade energética do país. Neste caso, apesar da União ter justificado sua conduta com base na necessidade de promoção do interesse público, a CVM entendeu que a decisão violava a Lei nº 6.404/1976, configurando infração administrativa, e aplicou multa no valor de R\$ 500mil.

A União também foi multada pela CVM por suposto conflito de interesse ao votar em Assembleia Geral Extraordinária da Eletrobras favoravelmente à renovação de contratos de concessão de geração e transmissão de energia elétrica celebrados entre ela própria, enquanto poder concedente, de um lado, e sociedades controladas da Eletrobras, enquanto concessionárias, de outro. Contudo, nesse caso, a decisão da CVM que aplicou a multa foi reformada pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que entendeu que “a regra do conflito de interesses (Lei nº 6.404/76, art. 115, §1º) não pode representar um obstáculo para que o Estado controlador faça com que a sociedade de economia mista cumpra o interesse público que determinou a sua criação e que está incorporado em seu objeto social (Lei nº 6.404/76, art. 238)”.³³

Outras empresas estatais já foram multadas por agências reguladoras por descumprimento de normas setoriais. A Petróleo Brasileiro S.A. (“Petrobras”), por exemplo, já foi diversas vezes multada pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

³² FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 145.

³³ PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN/Nº 001/2017.

(“ANP”) no exercício de suas atividades.³⁴ Em decisão recente e amplamente divulgada na mídia, a ANP aplicou uma multa de mais de R\$2 bilhões a um consórcio liderado pela Petrobras por supostas irregularidade no cálculo de royalties sobre a produção.³⁵ A Petrobrás também já foi multada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”), pelo descumprimento de termo de compromisso para fornecimento de gás às usinas termelétricas.

A Eletrobras também já sofreu multa da ANEEL, em mais de uma ocasião.³⁶ Em 2006, a Eletrobras foi autuada por esta agência por suposta negligência na administração dos recursos da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC.³⁷ Em 2013, a ANEEL aplicou multa em face da Eletrobrás em decorrência de irregularidades relacionadas ao processo de incorporação de redes particulares ao ativo imobilizado em serviço da concessionária. A multa foi aplicada porque a Eletrobras não havia incorporado redes que estava operando, conforme exige a regulação da Aneel.³⁸

O entendimento de que as empresas estatais prestadoras de serviço público não estão sujeitas ao controle concorrencial tem como pano de fundo a noção enraizada na mente de grande parte da doutrina tradicional de que o serviço público, por ser de titularidade do Estado, seria prestado em regime de exclusividade e, portanto, sem concorrência³⁹.

Contudo, deve-se lembrar que mesmo as empresas estatais que prestam serviço público podem atuar em um mercado competitivo. A subtração da atividade do regime da livre concorrência não significa dizer que a pessoa jurídica que realiza a atividade seria,

³⁴ Informação disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,multas-da-anp-a-petrobras-chegam-a-r-199-milhoes,1558721>>.

³⁵ Informação disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1871741-anp-multa-petrobras-em-r-26-bi-por-irregularidades-no-calculo-de-royalties.shtml>>.

³⁶ Informação disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/mercados,aneel-multa-eletrobras-em-r-11-9-mi-por-negligencia,20060811p16679>>.

³⁷ Informação disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,aneel-multa-estatal-em-r-84-7-milhoes,35530>>.

³⁸ Informação disponível em: <<https://www.canalenergia.com.br/noticias/4932061/aneel-reduz-para-r-25-milhoes-multa-aplicada-a-eletrobras-distribuicao-rondonia>>

³⁹ De acordo com a doutrina administrativa tradicional, pautada no modelo Francês, a elevação de uma atividade a uma condição de serviço público implica na sua elevação à condição de titularidade estatal. Trata-se da noção da *publicatio*, pela qual a atividade, por ser de natureza pública, é concebida como uma prerrogativa do Estado. Como tal, o serviço público deve adotar um regime jurídico próprio, caracterizado por prerrogativas especiais atribuídas ao poder público ou àqueles a quem ele delegou a prestação do serviço. Essa idéia de um regime jurídico próprio aplicável aos serviços públicos teve início com Gaston Jézé. (JÉZE, Gaston. *Princípios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo II. v. 6. Tradução Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948.) Uma das prerrogativas tradicionalmente atribuídas aos serviços públicos seria a exclusividade na prestação do serviço e a subtração da atividade do regime da livre concorrência, como consequência da titularidade do Estado. Esse entendimento de que a caracterização de uma atividade como serviço público importa na sua subtração do regime da livre concorrência foi encampada pela doutrina pátria da década de 40, em obra dos juristas Bilac Pinto, Francisco Campos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Temístocles Brandão Cavalcanti e Viveiros de Castro, dentre outros.

necessariamente, monopolista.⁴⁰ Significa apenas que a atividade não pode ser exercida pela iniciativa privada sem concessão ou permissão do ente público competente, nos termos do *caput* do artigo 175 da Constituição Federal.⁴¹ É possível, no entanto, que haja competição entre prestadores de serviço público caso mais de uma empresa seja detentora de concessão ou permissão para tanto. Eros Roberto Grau aponta que, diferentemente do monopólio,

a exclusividade da prestação dos serviços públicos não é expressão senão de uma situação de privilégio. Note-se que ainda quando estes sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um regime de competição entre concessionários ou permissionários (é o caso da navegação aérea – art. 21, XII, “c” da Constituição - e dos serviços de transporte rodoviário – arts. 21, XII, “e”, 30, V e 25, §1º da Constituição), ainda então o prestador de serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da atividade econômica em sentido estrito.⁴²

Mesmo as empresas para as quais é conferido algum privilégio de exclusividade na prestação de serviço público – sendo a única empresa autorizada a atuar em determinado mercado – tendem a concorrer com outras empresas em mercados relacionados. Um exemplo disso é a ECT, empresa pública que presta serviço público em mercado sujeito ao regime de exclusividade, e explora atividade econômica em mercado sujeito ao regime de concorrência.⁴³ Apesar de ter exclusividade no mercado de transporte e entrega de cartas, a empresa também atua em mercados em que há competição com outras empresas, como no mercado de transporte e entrega de pacotes.

⁴⁰ No mesmo sentido, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio escreve que “o conceito mais operacional de serviço público resguarda a titularidade pública do serviço e faz depender a sua prestação, pela iniciativa privada, de um ato de delegação. Essa delegação, no entanto, pode ser em regime de exclusividade ou admitir a introdução de concorrência”. (SAMPAIO, Patrícia R. P. **Regulação e Concorrência**: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 142.) A possibilidade da empresa estatal prestadora de serviços públicos atuar em regime de concorrência já foi reconhecida pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 599628. Neste caso, que tratava da possibilidade da empresa Eletronorte realizar pagamento por meio de precatório, o plenário do STF decidiu que, tendo em vista que a empresa atua em regime de concorrência, ela não se sujeita ao regime de precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal.

⁴¹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁴² GRAU, Eros R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 140.

⁴³ A Lei Federal nº 6.538/1978 traz o marco legal sobre a prestação do serviço postal em regime de monopólio da ECT. O artigo 9º da Lei prevê que o recebimento, o transporte e a entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta, cartão-postal e correspondência agrupada são atividades postais exploradas pela União em regime de monopólio, assim como a emissão de selos e o franqueamento postal. A lei traz a exceção ao regime de monopólio em seu artigo 9º, §3º, e esclarece que não é monopólio da ECT as atividades de: (i) transporte cativo entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios e sem intermediação comercial; e (ii) transporte e entrega eventuais e sem fins lucrativos. Sendo assim, a atividade de entrega de carta realizada pela ECT é um serviço público sujeito a monopólio legal. Contudo, a ECT também atua no transporte e entrega de outros produtos, que não apenas cartas. Nesses mercados, a ECT concorre em regime de livre iniciativa e competição com agentes privados.

Diante da possibilidade de empresas prestadoras de serviço público atuarem também como exploradores de atividade econômica, cada vez menos é possível distinguir a empresa que presta serviço público daquela que explora atividade econômica. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “a nitidez da distinção [entre serviço público e atividade econômica] foi-se nebulando e tornando difícil a manutenção da dicotomia na sua configuração original”.⁴⁴ Diante da acumulação de atividades de naturezas distintas em uma mesma empresa, tornou-se “problemático afirmar que a sociedade estatal desempenha apenas serviço público ou somente atividade econômica em sentido estrito”.⁴⁵

Deve-se lembrar, ainda, que o artigo 31 da Lei nº 12.529/2011 determina expressamente que estão sujeitas ao seu controle as pessoas físicas ou jurídicas “mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”. Por esta razão, o fato de usufruírem de exclusividade em um mercado em decorrência do monopólio legal não justificaria o afastamento do controle concorrencial das empresas prestadoras de serviço público.

Ademais, ainda que determinada empresa apenas preste serviço público, e não explore atividade econômica em qualquer outro mercado, ainda assim é possível que ela venha a concorrer com outras empresas. Mais recentemente, começou a ser questionada a noção tradicional de serviço público como serviço de titularidade estatal e capaz de levar à subtração da atividade do regime da livre concorrência.⁴⁶ Verificou-se que a Constituição Federal de 1988 não veda, *a priori*, a competição nos serviços públicos⁴⁷ e parte da doutrina mais recente hoje descarta a ideia de titularidade estatal do serviço público.⁴⁸ Na prática, já existe hoje alguns serviços notoriamente públicos que são submetidos ao regime de concorrência. Nesse sentido, o transporte intermunicipal de passageiros pela via terrestre, viária e aérea, sempre foram

⁴⁴ Marçal Justen Filho entende que a maior dificuldade de distinguir essas duas atividades é uma decorrência “do exercício cumulativo por uma única e mesma entidade administrativa de atividade reconduzíveis tanto a uma como a outra das categorias que compõe a dicotomia”. (JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre “serviço público” e “atividade econômica”. **Revista de Direito do Estado**, n. 1, 2006. p. 120.)

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre “serviço público” e “atividade econômica”. **Revista de Direito do Estado**, n. 1, 2006. p. 120.

⁴⁶ Para uma análise da aplicação da concorrência nos serviços públicos, veja: ARAGÃO, Alexandre S. Serviços Públicos e Concorrência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 1. Salvador. fev/mar/abr, 2005.

⁴⁷ Para uma análise dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 que tratam da ideia de serviço público, veja o tópico 4.4.1 “Os dispositivos constitucionais pertinentes à atividade prestacional do Estado” do livro ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 126-138.

⁴⁸ Nesse sentido, veja: SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

prestados com competição. Similarmente, o serviço público de transporte coletivo de passageiros também compete com a atividade privada de transporte realizadas pelas vans.⁴⁹ Sendo assim, mesmo as empresas que prestam serviço público podem concorrer com outras empresas no mercado em que atua.

A Resolução nº 17/2016 do CADE, que trata das hipóteses de notificação de contratos associativos, define atividade econômica como “a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro”. Apesar desta definição estar inserida no contexto da regulamentação dos contratos associativos sujeitos à notificação, ela ilustra o entendimento do CADE acerca de quais tipos de atividade são relevantes do ponto de vista do direito da concorrência.

Não há, portanto, motivo para o legislador ter excluído o controle concorrencial das empresas que prestam serviço público de cunho econômico⁵⁰. Assim, ao falar em “atividades” no artigo 31, entendemos que o legislador se referia às atividades econômicas em sentido amplo, incluindo-se a prestação de serviço público e a exploração de atividade econômica em sentido estrito. Estamos acompanhados, neste entendimento, por Mario Engler Pinto Junior, quem concorda que “as condutas das empresas prestadoras de serviço público estão sujeitas à legislação concorrencial, naquilo que não for objeto da regulamentação, ou estiver em desconformidade com os seus ditames”.⁵¹ Ao analisar voto do Conselheiro Mércio Felsky em um caso envolvendo a concessão de serviços públicos, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio escreve que “não é porque a parte no processo é empresa estatal ou concessionária de serviço público, exercendo função delegada do poder público, que estaria excluída do poder fiscalizador do CADE”.⁵²

⁴⁹ Apesar das mudanças mais recentes, a noção de exclusividade do serviço público ainda não foi completamente ultrapassada. Além de ainda haver um apego da doutrina mais tradicional ao conceito de titularidade estatal, ainda existem precedentes relativamente recentes do STF que replicam esse entendimento de serviço público como titularidade do estado (Veja, nesse sentido, a decisão do STF no âmbito do RE nº 220.906-9/DF e ADPF nº 46-7/DF.). Atualmente, parte da doutrina e a maior parte da jurisprudência entendem o serviço público como atividade de titularidade Estatal a justificar a sua exclusão do âmbito da livre iniciativa. Outra parte entende que a caracterização de uma atividade como serviço público não justifica de pronto sua exclusão da livre iniciativa.

⁵⁰ Alguns serviços públicos, como o serviço judiciário, legislativo, e o poder de polícia não têm natureza econômica, pois não podem ser prestados com o objetivo de lucro. Os serviços públicos de natureza não econômica não devem se sujeitar ao controle do CADE.

⁵¹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. O antitruste e as empresas estatais. **Revista de Direito Mercantil**. Atualidades. n. 138, abr. 2005. p. 183.

⁵² SAMPAIO, Patrícia R. P. **Regulação e Concorrência**: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 202.

O CADE já se manifestou expressamente sobre a aplicabilidade de suas normas às atividades que envolvam prestação de serviços públicos. No Caso BHTRANS, a ser estudado em maior detalhe mais adiante, o CADE entendeu pela incidência do controle antitruste também às prestadoras de serviços públicos.⁵³ Nesse sentido, veja trecho do Parecer nº 241/98 da lavra do Procurador Ricardo Cardoso Alves Meireles:

Se obstada a aplicabilidade da legislação antitruste e a intervenção do órgão regulador no campo da prestação de serviços públicos, setor regulamentado, o que teremos é certamente a reserva de valioso [sic] de mercado a grupos poderosos e restritos da economia. Por conseguinte, potenciais demandas empresariais, mormente no que tange a micros e pequenos empresários, não conseguiram inserir-se nesse campo de atuação, oportunizando, é uma premissa, uma maior retração da economia, diminuição da arrecadação de impostos, desemprego, etc.

O CADE já condenou práticas anticoncorrenciais de prestadores de serviço público, como a prática de subsídio cruzado e o tratamento discriminatório a rivais no mercado de distribuição de gás natural⁵⁴ e a cobrança indevida a título de “fiel depósito” pelo Operador Portuário no mercado de serviços portuários.⁵⁵

O CADE também já investigou possíveis condutas anticoncorrenciais decorrentes da prestação de outros serviços públicos, como litigância abusiva no serviço de entrega de correios⁵⁶, discriminação de preços no mercado de distribuição de gás natural⁵⁷, imposição de preços excessivos no mercado de distribuição de energia elétrica⁵⁸, e recusa de atracação de embarcações em terminal arrendatário de instalação portuária⁵⁹. Alguns desses processos se encerraram com a celebração de Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”)⁶⁰ ou foram arquivadas por falta de prova de conduta anticoncorrencial ou em decorrência do fato da conduta investigada encontrar respaldo na regulação setorial. Em todos esses casos, contudo, o CADE explícita ou implicitamente reconheceu sua competência, tanto que processou o feito,

⁵³ CADE. Processo Administrativo nº 0800.002605/1997. AMTU P & C- Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga vs. BHTRANS – Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte e outras, Conselheiro Relator Marcelo Procópio Calliari, 31.03.1999.

⁵⁴ CADE. Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41.

⁵⁵ CADE. Processo Administrativo nº 08700.008464/2014-92.

⁵⁶ CADE. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04.

⁵⁷ CADE. Processo administrativo nº 08700.002600/2014-30.

⁵⁸ CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.006212/2003-24.

⁵⁹ CADE. Processo Administrativo nº 08012.005660/2003-19.

⁶⁰ O TCC é uma “modalidade de acordo celebrado entre o CADE e empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infração à ordem econômica a partir da qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o(s) Compromissário(s) se compromete(m) às obrigações por ele expressamente previstas”. (CADE. Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Maio de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf>). O TCC encontra previsão legal no artigo 85 da Lei nº 12.529/11 e no artigo 184 do Regimento Interno do CADE.

ou celebrou acordo, ou arquivou por falta de prova, mas não por incompetência. Pode-se concluir, então, que o controle do CADE incide sobre toda a atividade econômica, seja esta caracterizada como serviço público ou não.

1.2. A jurisprudência do CADE sobre a aplicação das normas concorrenciais às empresas estatais

No que tange especificamente às empresas estatais, a Constituição Federal prevê a sua submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, §1º, inciso II, CF).⁶¹ Como tal, a atuação das estatais deve se submeter ao controle concorrencial de condutas e dos atos de concentração, previstos na Lei nº 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência (“LDC”).⁶² A LDC, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações econômicas, prevê expressamente que seus dispositivos se aplicam às pessoas jurídicas de direito público ou privado (art. 31, LDC).

A exigência constitucional de que as estatais se sujeitem ao regime jurídico próprio das empresas privadas visa a assegurar condições igualitárias de competição entre empresas estatais e empresas privadas que atuam no mesmo mercado. Pretende-se, com isso, evitar que as empresas estatais obtenham vantagens em relação às empresas privadas de forma a evitar prejudicar a concorrência no mercado em que atuam.

Quando o Estado intervém como agente direto da atividade econômica⁶³ – o que ele geralmente faz por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista – o entendimento majoritário é o de que incide o controle pela autoridade antitruste. Para Calixto Salomão Filho, por exemplo, “não há dúvida da sujeição do Estado ao sistema concorrencial”

⁶¹ Conforme visto acima, apesar da Constituição Federal afirmar que as empresas públicas e sociedades de economia mista se submetem ao regime jurídico próprio das empresas privadas, na verdade, a doutrina e jurisprudência há muito tempo já reconhecem que, na prática, trata-se de um regime misto, que foi moldado ao longo dos anos em decorrência de decisões judiciais e administrativas. Com o advento da Lei das Estatais, foram consolidados diversos aspectos deste regime jurídico misto, muito dos quais já eram adotados na prática. Deve-se ressaltar, contudo, que a Lei das Estatais não tratou da submissão das empresas estatais às normas do direito concorrencial.

⁶² Há quem entenda que o Constituinte, ao incluir o §4º como um dos parágrafos do artigo 173, buscou deixar claro que as empresas estatais se submetem ao controle antitruste. Veja, nesse sentido, afirmação de Calixto Salomão Filho: “A constituição de 1988 deixou essa sujeição particularmente clara ao incluir (ao contrário das anteriores) a tradicional proteção contra o abuso do poder econômico em um dos parágrafos que tratam da exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173, §4º). A Lei 12.529/2011 confirma esse entendimento ao prever a sujeição de todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, às normas concorrenciais”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 270.)

⁶³ Aqui, usamos o termo atividade econômica em seu sentido lato. Conforme exposto acima, entendemos que o CADE pode atuar no controle de atividade caracterizada como serviço público.

quando este estiver agindo como agente direto da atividade econômica.⁶⁴ O CADE também já se manifestou nesse sentido, afirmando que “o Estado está submetido à competência do CADE quando intervém como agente direto da atividade econômica, assim como as empresas privadas que recebem delegação sua também são”.⁶⁵

Em 1987, quando ainda na vigência da Lei nº 4.137/1962, ao julgar a Sindicância nº 75, o CADE teria afirmado que “qualquer empresa, ainda que estatal, que viole as leis da concorrência ou pratique atos caracterizadores de abuso do poder econômico está sujeita à jurisdição do CADE”. Em 1989, em voto do relator o Conselheiro Mauro Grinberg, asseverou-se que às sociedades de economia mista só são conferidas as prerrogativas que lhes forem concedidas especificamente em lei, e, na ausência de qualquer previsão expressa ao contrário “estão sujeitas à competência do CADE”.⁶⁶ Em 2001, no bojo de um ato de concentração, o Conselheiro Mércio Felsky do CADE afirmou que “nenhum setor exclui da apreciação do CADE em virtude de imunidade subjetiva de seu autor”.⁶⁷

Apesar da controvérsia, vista acima, sobre a incidência do controle concorrencial de conduta às empresas estatais, no âmbito do CADE esta questão parece superada. Em se tratando de condutas coordenadas, existem alguns precedentes envolvendo empresas estatais, mas esses fogem do objeto da presente dissertação.⁶⁸ Em relação às condutas unilaterais, na prática, observa-se que o CADE exerce o controle concorrencial em face de empresas estatais inclusive no que tange às condutas unilaterais.

Apesar de haver diversos casos em que empresas estatais foram investigadas pelo CADE pela prática de conduta unilateral anticompetitiva, na prática só foi encontrado um único precedente em que houve condenação. A grande maioria dos processos instaurados em face de empresas estatais foram arquivados ou terminaram com a celebração de TCC.

⁶⁴ “Os princípios básicos que regem a atuação do Estado na economia encontram-se nos arts. 173 e 174 da CF. De sua leitura depreende-se que três são as funções possíveis do Estado na economia: em primeiro lugar como agente direto da atividade econômica, em segundo como agente fiscalizador do exercício da atividade econômica pelos particulares e, finalmente, como agente normativo da atividade econômica. No primeiro caso, não há dúvida quanto à sujeição do Estado ao sistema concorrencial”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 270.)

⁶⁵ CADE. Processo Administrativo n. 0800.002605/1997. AMTU P & C - Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga vs. BHTRANS – Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte e outras, Conselheiro Relator Marcelo Procópio Calliari. Julgado em 31.03.1999.

⁶⁶ CADE. Processo administrativo nº 89. Diário Oficial da União de 14.08.1989.

⁶⁷ CADE. Ato de Concentração nº 08012.000035/00-65. Julgado em 14.03.2001.

⁶⁸ A título ilustrativo, pode-se citar o processo administrativo nº 08700.003067/2009-67, em que o CADE aplicou multa de R\$ 3,638 milhões à Liquigás Distribuidora S.A. pela prática de cartel entre empresas distribuidoras de gás liquefeito de petróleo – GLP na Região Nordeste do Brasil. Além disso, no bojo do processo administrativo nº 08700.002821/2014-09 houve parecer da Superintendência Geral do CADE pela condenação da Petrobras Distribuidora S.A. pela prática de cartel em São Luiz do Maranhão. O processo acabou sendo arquivado contra a empresa estatal por insuficiência de provas.

O único precedente encontrado em que o CADE condenou uma empresa estatal por infração à ordem econômica em decorrência de uma conduta unilateral tratava do Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41⁶⁹. Este processo, que investigou conduta praticada pela Petrobras⁷⁰, White Martins Gases Industriais Ltda. (“White Martins”)⁷¹ e GNL Gemini e Comercialização e Logística de Gás Ltda. (“GásLocal”)⁷², foi instaurado em decorrência de uma representação da Companhia de Gás de São Paulo (“COMGÁS”), empresa privada distribuidora de gás natural canalizado no estado de São Paulo.

De acordo com a representação da COMGÁS, a Petrobras estaria fornecendo gás natural ao Consórcio Gemini – formado pela Petrobras, White Martins e GásLocal – a condições de contratação mais benéficas do que as ofertadas à Comgás e outras empresas de distribuição de gás natural. Com isso, estaria sendo gerado dano para a Comgás e outras distribuidoras, na medida em que o Consórcio Gemini ficaria artificialmente mais competitivo perante clientes finais, trazendo desequilíbrio à dinâmica tradicional desse mercado. A COMGÁS alegava, ainda, que haveria prática de subsídio cruzado por parte da Petrobras, que estaria subsidiando o preço do gás fornecido ao consórcio às custas do gás fornecido às distribuidoras.

Neste caso, o CADE analisou o mercado de distribuição de gás natural – apontando o monopólio da Petrobras no mercado *upstream* de fornecimento de gás – bem como a dinâmica dos modais de distribuição e a existência de competição efetiva entre eles.⁷³ Constatou que estavam presentes as condições para a prática discriminatória tanto diante da estrutura e do funcionamento do Consórcio Gemini, em que havia integração vertical, e em decorrência da ausência de regulação do preço de venda praticado pela estatal ao consórcio do qual fazia parte⁷⁴. Verificou que havia efetivo fornecimento de gás natural a valor inferior ao praticado no mercado, e que está prática era possível em decorrência do subsídio cruzado realizado pela empresa. A autarquia observou que houve tentativa de fechamento de mercado por meio da captura de clientes estratégicos. Em sua conclusão, o CADE entendeu pela configuração da

⁶⁹ CADE. Processo administrativo nº 08012.011881/2007-41. Diário Oficial da União de 13.12.2016.

⁷⁰ A Petrobras é uma sociedade de economia mista vinculada à União, cujo grupo econômico atua em vários setores, sobretudo em petróleo e energia.

⁷¹ A White Martins é empresa privada atuante em vários setores, sobretudo gases industriais.

⁷² A GásLocal é uma *joint venture* formada entre a Petrobras e a White Martins criada para operacionalizar a comercialização e distribuição de gás natural liquefeito (“GNL”) no âmbito do Consórcio Gemini, das quais faziam parte a Petrobras, a White Martins e a GásLocal.

⁷³ Ao analisar o mercado de distribuição de gás natural, o CADE observou que a competição entre o transporte por duto e a granel ocorre pelo mercado, enquanto a competição entre GNC e GNL era por clientes, dentro do raio de atuação do Consórcio Gemini.

⁷⁴ Tendo em vista que, diferentemente dos demais concorrentes, a planta de liquefação da White Martins recebia o gás da Petrobras diretamente do duto de transporte, ela não se submetia à regulação estatal que regula o preço a ser pago para a distribuidora local de gás canalizado.

infração e condenou a Petrobras a sanção pecuniária de multa no valor de R\$ 15.262.683,88, tendo aplicado multa adicional às demais representadas. Também foram aplicadas, no caso, sanções de natureza estruturais.⁷⁵

Além deste caso em que houve condenação, as empresas do Grupo Petrobras já foram investigadas diversas vezes pelo CADE, por supostamente implementar práticas anticoncorrenciais unilaterais.

Em 1998, o CADE julgou um processo administrativo para investigar denúncia de venda casada praticada pela Petrobras Distribuidora S.A. que estaria estabelecendo, em seus contratos de fornecimento de asfaltos e emulsões asfálticos, cláusula de preferência pelas transportadoras que consumiam exclusivamente óleo diesel e lubrificantes fornecidos por outras empresas do Grupo Petrobras. Nesse caso, apesar de ter sido confirmada a existência de tal cláusula e do Conselheiro Relator ter concluído que “não existem quaisquer especificidades no transporte destes produtos que justificassem uma conduta discriminatória desta natureza”, o processo foi arquivado uma vez que foi celebrado termo de compromisso de cessação por meio da qual a empresa se comprometeu a excluir a cláusula de preferência nos contratos vigentes e não a inserir em contratos futuros.⁷⁶

No bojo do processo nº 08012.002692/2002-73 a Petrobras foi novamente investigada, desta vez, por suposta recusa ou limitação de acesso à rede de transporte de gás natural em detrimento das carregadoras concorrentes. O processo foi instaurado após representação da Secretaria de Acompanhamento do Ministério da Fazenda (“SEAE”) que, baseada em parecer da ANP, denunciou possível infração à ordem econômica por parte da Petrobras e da Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil (“TBG”), empresa controlada pela Petrobras. No parecer que justificou a instauração do processo, a ANP havia apontado que, apesar da TBG ter recusado acesso aos dutos aos concorrentes da Petrobras sob o argumento de que não detinha capacidade disponível para o transporte firme nos períodos solicitados, na prática, havia de fato capacidade disponível naquele período, não havendo qualquer justificativa para a recusa de fornecimento por parte da TBG.⁷⁷

⁷⁵ A sanção de natureza estrutural dizia respeito ao compromisso das Representadas de operar o Consórcio Gemini em conformidade com a Nova Política de Preços da Petrobrás bem como a obrigação de adoção de condições comerciais análogas àquelas praticadas nas relações entre a Petrobras e a Comgás, como eventuais descontos e formas de reajuste contratual, em linha com o princípio geral de não-discriminação.

⁷⁶ CADE. Processo Administrativo nº. 047/1992. Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa. Julgamento 13.03.1998. Neste caso, o antigo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (“DPDE”) concluiu que embora tivesse ocorrido ilicitude, a prática havia cessado.

⁷⁷ CADE. Processo Administrativo nº 08012.002692/2002-73. Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. 26.03.2009.

Em suas defesas, a Petrobras e a TBG apontaram o papel desta sociedade de economia mista como “principal financiadora do gasoduto” e seu “papel fundamental no mercado brasileiro de gás natural”. As partes demonstraram que a Petrobras pagava adiantado pelos serviços de transporte de gás – tendo firmado um contrato *take or pay* – e assim, garantia uma escala mínima necessária para o investimento no gasoduto. Tendo isso em vista, o tratamento diferenciado recebido pela Petrobras seria justificado com base nesse contexto. Para além disso, as Representadas alegaram que as empresas supostamente prejudicadas pelo tratamento preferencial conferido à Petrobras “teriam adotado comportamento de *free riders*, buscando aproveitar os benefícios da rede de transporte sem ter que arcar com os riscos e custos de investimento e de manutenção”.

Em sua análise, o CADE reconheceu que o transporte e a distribuição canalizada de gás natural são monopólios naturais, sendo a infraestrutura em questão reconhecidamente uma *essential facility*⁷⁸, devendo a regulação abordar a possibilidade de acesso de terceiros à rede de transporte. Apesar do artigo 58 da Lei nº 9.478/1997 (“Lei do Petróleo”) garantir a qualquer usuário o acesso aos dutos de transporte, à época dos fatos a matéria ainda não havia sido regulamentada pela ANP, o que só veio a acontecer em 2005. Apontou-se, no caso, a relevância e o desafio da regulação da capacidade de infraestrutura que, por um lado deve conferir acesso à infraestrutura pelos concorrentes e, por outro, deve considerar a necessidade do proprietário original da infraestrutura recuperar os investimentos por ele aportados.

Nesse contexto, o CADE reconheceu a importância da Petrobras para o desenvolvimento da rede de dutos, tendo a empresa estatal aportado cerca de 82% dos recursos de investimento e assumido riscos elevados, tendo se obrigado a pagar pelo gás e por seu transporte antes mesmo de existirem compradores finais para o produto. Logo, o CADE concluiu que “uma eventual recusa ou limitação de acesso (...) por parte da TBG justificou-se em razão da necessidade de recuperar os pesados investimentos aportados pela Petrobras na construção do GASBOL”. Apontou, ainda, que a regulação posteriormente aprovada pela ANP previa a possibilidade de exclusividade no uso do duto por um período de 6 anos, o que teria incluído o período em que teria ocorrido a recusa de acesso pela TBG. Assim, concluiu que não havia ilícito concorrencial no caso concreto e determinou o arquivamento do processo.

⁷⁸ Massimo Motta e Lucia Helena Salgado explicam que “qualquer insumo considerado necessário por todos os participantes para operar em uma indústria e que não seja facilmente duplicável pode ser visto como uma *instalação essencial*”. (MOTTA, Massimo. SALGADO, Lúcia Helena. **Política da Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 49)

Outro caso relevante envolvendo a Petrobras tratava da denúncia realizada por duas refinarias de petróleo de suposta prática de predação e discriminação de preços pela Petrobras. De acordo com a denúncia realizada, a Petrobras, que detém o monopólio de fato na produção de petróleo,⁷⁹ estaria impondo às refinarias concorrentes preços superiores de óleo bruto àqueles praticados para refinarias da própria Petrobras⁸⁰. A denúncia alegava, ainda, que a Petrobras estaria praticando preços predatórios na venda dos derivados de petróleo (GLP, gasolina, diesel, querosene e solvente) de forma a prejudicar as refinarias que com ela concorriam.

Em decorrência desta denúncia, o CADE instaurou a averiguação preliminar nº 08012.007897/2005-98. Na defesa apresentada pela Petrobras no bojo deste processo, a empresa alegou que (i) não vendia petróleo para suas refinarias, uma vez que a operação de produção e refino era realizada por meio de uma mesma pessoa jurídica; (ii) em razão de limitações tecnológicas, o tipo de petróleo utilizado pelas refinarias concorrentes (representantes) era diferente daquele usado pela Petrobras e, portanto, mais caro, o que justificaria a diferença do preço cobrado (iii) a diferença entre os preços dos derivados de petróleo praticados no exterior e aqueles praticados pela Petrobras era eventual e transitória e fazia parte da política da empresa de não repassar automaticamente ao mercado doméstico a forte volatilidade dos preços internacionais, e (iv) mesmo considerando a diferença nos preços, os cálculos das margens operacionais de refino teria sido lucrativa naquele período, o que descartaria a hipótese de preços predatórios.

Em seu parecer, o Procurador-Geral do CADE, com base em estudos técnicos, questionou algumas afirmações da Petrobras, como a lucratividade da operação e a transitoriedade na prática de preços abaixo daqueles praticados no mercado internacional. No que tange à irracionalidade econômica da precificação dos derivados do Petróleo, ele afirmou que essa prática “poderia decorrer da implementação de uma política pública determinada pela União, que é acionista controladora da PETROBRAS, visando favorecer a economia ou parcela da população, através do subsídio cruzado entre os produtos da cesta de derivados”. Em virtude disso, entendeu que a procedência e validade desse argumento mereceria “melhor análise dos órgãos instrutórios pois despertam dúvidas tanto do ponto de vista jurídico quanto de

⁷⁹ A Emenda Constitucional nº 09/2005, que flexibilizou o monopólio da União sobre as atividades relacionadas à indústria do petróleo foi aprovada no mesmo ano em que foi instaurada a Averiguação Preliminar. Contudo, devido ao elevado nível de concentração de mercado alcançado pela Petrobras após mais de quatro décadas de monopólio estatal, a Petrobras ainda detinha aproximadamente 100% da exploração/produção nacional de petróleo.

⁸⁰ Como as refinarias da Petrobras eram verticalmente integralizadas, atuando sob um mesmo CNPJ, a Petrobras não vendia o petróleo para suas próprias refinarias, mas praticava um chamado “preço de transferência”.

conveniência da política regulatória”. Nesta ocasião, o parecer tratou da natureza estatal da empresa, e da sua submissão ao regime de direito privado, nos termos abaixo:

As sociedades de economia mista, quando materializam a intervenção do Estado no domínio econômico, devem se sujeitar ao regime de direito privado (art. 173, § 1º, II, e § 2º da CF/88). Qualquer "subsídio" concedido a consumidores pelo acionista controlador implica prejuízos não apenas aos acionistas privados como também e principalmente ao mercado, pois modifica e obscurece os incentivos que normalmente deveriam nortear a atividade econômica privada.⁸¹

Em seu voto, o Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos abordou, por um lado, a possível legitimidade de se implementar uma política de preços que visa garantir a estabilidade dos preços de derivados do petróleo de apelo popular, e, por outro os riscos concorrenciais desta conduta.⁸² Em seu voto, o relator afastou o argumento de que a manutenção artificialmente baixa do preço dos derivados de petróleo seria justificável como uma forma de implementação de política pública.

Quanto ao fato desta ser uma política pública para subsidiar preços de GLP módicos à população, a representante, com razão, alega que não cabe fazer tal espécie de afirmação. Como política pública, ao estabelecer preços que não refletem os custos da atividade de importação, acaba-se por desincentivar o investimento e a alocação eficiente dos recursos futuros no setor. Além disto, se o que se pretende é realizar um incentivo público ao preço do GLP, o mesmo deve ser feito pelo foro apropriado e não com pouca transparência por meio de um artifício de subsídios cruzados, com a diluição destes prejuízos líquidos no lucro total da empresa. Nesse sentido, é possível verificar que há evidências de subsídios cruzados na produção de derivados, na venda de insumos leves e na importação de derivados vendidos abaixo do custo de internalização.

Tendo isso em vista, o Conselheiro Relator votou pela instauração de processo administrativo para continuar a investigar as práticas denunciadas. Contudo, o Relator foi voto vencido, e o Tribunal do CADE decidiu pelo arquivamento da averiguação preliminar nos termos do voto-vista do Conselheiro Luiz Delorme Prado, que entendeu pela ausência de indícios de infração econômica. Nesse sentido, apontou que não foi provado que (i) os preços praticados pela Petrobras eram inferiores aos custos médios variáveis ou os custos evitáveis médios⁸³, (ii) a estratégia de preço da Petrobras tinha por objetivo excluir concorrentes do

⁸¹ CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98. Despacho nº 050/2007/PG/CADE. 04.06.2007.

⁸² No que tange aos riscos da conduta, o Conselheiro asseverou: “Deve-se recordar que a Petrobras é uma sociedade de economia mista, que deve atuar em regime privado. Estes subsídios que permitem a estabilidade do preço da gasolina são os mesmos que aumentam os preços de outros produtos (como QAV) e que impedem a entrada de novas refinarias. Assim, aqui não se trata apenas de baixar preços de derivados de alto apelo popular, mas de perenizar mecanismos não-transparentes que auxiliam a manutenção do monopólio no refino de derivados no Brasil”. (CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98. Voto do Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos. 04.06.2007.)

⁸³ O custo evitável médio inclui todos os custos que poderiam ter sido evitados se houvesse uma redução na quantidade produzida ou se alguma ação não tivesse sido tomada (por exemplo, entrada). (ICN. **Unilateral Conduct Workbook**. Chapter 4: Predatory Pricing Analysis. Rio de Janeiro, Brasil, abr. 2012. p. 24)

mercado, ou que (iii) a prática reduziu o bem-estar dos consumidores no longo prazo. Portanto, foi arquivada a averiguação preliminar sem se adentrar mais profundamente no mérito da política de preço ter sido determinada pela União.

Este caso também é interessante porque a questão objeto da investigação do CADE também foi discutida no âmbito judicial. A questão foi levada ao poder judiciário por meio de uma ação de reparação de danos proposta pela Refinaria de Petróleos de Manguinhos S.A. (“Refinaria Manguinhos”) em face da Petrobras pelos danos causados pela prática de preços predatórios por parte da empresa estatal. A Refinaria Manguinhos alegava que, apesar do custo do preço do petróleo representar mais de 90% do custo de produção das refinarias, a Petrobras não repassava aos consumidores a alta de preços internacionais de Petróleo. Com isso, mantinha os preços artificialmente baixos inviabilizando a competição naquele mercado.

Na contestação, a Petrobras reconheceu que existia uma disparidade transitória e de curto prazo nos preços dos derivados de petróleo no mercado interno em relação às cotações internacionais, mas justificou essa disparidade pelo fato de que é uma empresa estatal criada para promover políticas públicas. A juíza de primeira instância entendeu que estava configurada a conduta de “atuação irregular no mercado capaz, o suficiente, de gerar danos”. Nessa esteira, condenou a Petrobras a indenizar a Refinaria Manguinhos pelos prejuízos causados em decorrência da prática anticoncorrencial, no valor inicial de R\$935.532.723,97, a ser corrigido monetariamente e acrescido de juros moratórios⁸⁴. Contra essa decisão, a Petrobras interpôs recurso de apelação o qual aguarda decisão final pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.⁸⁵

Além dos casos envolvendo o Grupo Petrobras, existem diversos processos instaurados pelo CADE contra outras empresas estatais. Até o momento, todos os demais processos identificados instaurados contra empresas estatais pela prática unilateral de conduta anticoncorrencial foram arquivados por falta de prova de conduta anticompetitiva ou em decorrência da celebração de TCC.

Em 2010, após representação pela Federação Interestadual dos Servidores Públicos dos Estados de diversos estados (“FESEMPRE”), o CADE instaurou processo administrativo⁸⁶ para investigar suposta conduta anticoncorrencial por parte do Banco do Brasil S/A (“Banco do Brasil”), sociedade de economia mista vinculada ao Ministério da Fazenda tendo por objeto a

⁸⁴ Esse valor diz respeito aos prejuízos causados e apurados por meio de um laudo pericial. A esse valor deverá ser acrescido, ainda, o valor referente aos prejuízos causados posteriormente ao período objeto do laudo.

⁸⁵ Vale apontar, ainda, que quando o processo já tramitava em segunda instância, o CADE entrou com pedido de intervenção de terceiros para assistir à Petrobrás. Contudo, esse pedido foi negado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pois o direito de requerer participação no processo já havia precluído.

⁸⁶ CADE. Procedimento Administrativo nº 08700.003070/2010-14.

prestação de serviços bancários e de intermediação e suprimentos financeiros. A conduta consistiria na exigência de exclusividade nos contratos celebrados com diversos entes públicos, de forma a garantir ao Banco do Brasil condição de única instituição bancária idônea para realizar créditos consignados em favor dos servidores públicos vinculados a esses entes públicos contratantes.

Por se tratar de uma relação entre uma instituição financeira e entes públicos, o CADE apontou que, apesar de os acordos de exclusividade se enquadrarem, normalmente, no âmbito das chamadas “restrições verticais à concorrência” – envolvendo agentes em posições distintas de uma mesma cadeia econômica – nesse caso concreto não se estaria diante de uma relação vertical, uma vez que não haveria “entre o Banco do Brasil e os órgãos públicos que com eles contrataram, quaisquer relações desta ordem”. Apontou-se, então, que nesse contexto, tornava-se difícil cogitar de externalidades positivas, ganhos de escala e escopo, economias de custos e eficiências que normalmente poderiam ser usadas para justificar a licitude de certas práticas de exclusividade à luz da regra da razão.⁸⁷

Tendo em vista os indícios robustos de infração à ordem econômica, o CADE concedeu a medida preventiva que havia sido requerida pelo Representante, determinando a cessação imediata da assinatura de quaisquer novos contratos contendo cláusula de exclusividade ou quaisquer benefícios não extensíveis aos demais concorrentes e a suspensão imediata dos efeitos das cláusulas de exclusividades inseridas nos acordos vigentes. Antes de decisão final sobre este caso, o Banco do Brasil propôs, e o CADE aceitou, a celebração de TCC por meio do qual o banco se comprometeu, dentre outras obrigações, a abster-se de exigir o cumprimento de cláusulas contratuais de exclusividade para consignação em folha de pagamento inseridas em contratos celebrados com entes públicos, bem como a recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) uma contribuição pecuniária no valor de R\$ 99.476.840,00⁸⁸.

Após a celebração do TCC e ainda no bojo deste processo, a FESEMPRE protocolou petição informando que, a despeito dos compromissos assumidos pelo Banco do Brasil no TCC celebrado, ainda havia exclusividade na prestação do serviço de empréstimo compulsório realizados pelo Banco do Brasil. A exclusividade alegada decorria do fato de que o Governador do Estado de São Paulo teria vetado o Projeto de Lei nº 650/2010 que previa licitação para a

⁸⁷ CADE. Procedimento Administrativo nº 08700.003070/2010-14. Voto do Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo. 30.08.2011

⁸⁸ Tratava-se, à época, da maior contribuição pecuniária já oferecida ao CADE em um caso relacionado a conduta unilateral.

escolha da instituição financeira consignatária e, assim, eliminaria a exclusividade do Banco do Brasil no mercado de empréstimo consignado daquele estado.⁸⁹

Neste caso, o CADE concluiu, contudo, que a FESEMPRE deveria diligenciar junto ao ente público contratante (no caso, o Município e o Governo de São Paulo) para requerer a quebra da exclusividade com o Banco do Brasil. Apontou-se, aqui, que “a atuação do CADE limita-se ao campo de atuação desta instituição financeira, que não poderá exigir esta espécie de privilégio, contudo, não abarca eventual *potestas* do ente público de escolher o Banco do Brasil para oferecer o empréstimo consignado aos seus agentes, com ou sem o caráter de exclusividade”.^{90,91}

Nota-se que, nesse caso, o CADE entendeu que apesar da exclusividade imposta pela empresa estatal estar sujeita ao seu controle, a exclusividade imposta pelo ente público – seja o estado ou o município – não poderia ser objeto de controle pela autarquia.

Vale observar, que na esfera judicial, a exclusividade legal conferida ao Banco do Brasil para a prestação de serviço de empréstimo consignado para servidores públicos foi declarada inconstitucional em diversas ocasiões.⁹² Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de

⁸⁹ Nas razões de veto, o Governador afirmou que a nova lei “amplia o rol das entidades consignatárias e subtrai dos órgãos competentes da Administração as condições necessárias para avaliar a conveniência e oportunidade de o Poder Executivo praticar o ato de administração em causa”. (Governador. Veto Total de 20/03/2013. Acessado em: 18/10/2017. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura?id=964656>, acessado em 04-03-2013>.)

⁹⁰ CADE. Procedimento Administrativo nº 08700.003070/2010-14. Procuradora Federal. Fernanda Cunha Gomes. 14.05.08.2014. Acolhido pelo Superintendente Geral Substituto, Diogo Thomson de Andrade, em 26.05.2014.

⁹¹ No bojo do processo 08700.004988/2012-42, que tratava do cumprimento do TCC firmado entre o CADE e o Banco do Brasil, a Procuradora Federal do CADE apontou que “o CADE não detém competência, em qualquer circunstância, para extrapolar os poderes que lhe compete, compelindo, por exemplo, um município a firmar contrato para oferecimento de empréstimo consignado, junto a uma instituição financeira, seja o próprio Banco do Brasil S.A ou mesmo qualquer outro, em vista do rompimento da exclusividade outrora existente em relação ao primeiro”. (CADE. Procedimento Administrativo nº 08700.004988/2012-42. Procuradora Federal. Fernanda Cunha Gomes. 28.03.2013. Acolhido pelo Procurador-Chefe do CADE, Gilvandro Vansconcelos Voelho de Araújo, em 01.08.2013.)

⁹² No bojo do Mandado de Segurança nº 008177- 89.2010.805.0000 impetrado em face do Estado da Bahia e do Banco do Brasil o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça da Bahia, incidentalmente, declarou inconstitucional o art. 13 §6º do Decreto nº 12.225/ 2012, que conferia tratamento diferenciado para o Banco do Brasil quanto ao procedimento para a consignação de verbas facultativas na folha de pagamento do Estado. Igualmente, a exclusividade conferida ao Banco do Brasil, que encontrava previsão no Decreto nº 21.399/2009, foi anulada após decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em decisão que veio a ser confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”). (STJ. REsp 1317048. Rel. Ministro Herman Benjamin. Publicado em 27/08/2015.)

Justiça⁹³ e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁹⁴ entendem que as cláusulas de exclusividade dos contratos em vigor não podem ser anuladas, sendo vedadas apenas a inclusão de cláusulas semelhantes em novos contratos. Parte do motivo pelo reconhecimento de sua ilegalidade é a entrada em vigor da Circular nº 3.522/2011 do Banco Central do Brasil, que vedou às instituições financeiras a prestação de serviços e contratação de operações, a celebração de convênios, contratos ou acordos que impeçam ou restrinjam o acesso de clientes a operações de crédito ofertadas por outras instituições, inclusive aquelas com consignação em folha de pagamento.

Nos últimos anos, o CADE instaurou dois inquéritos administrativos contra o Banco do Brasil para investigar supostas condutas anticompetitivas no mercado de meios de pagamento. O inquérito administrativo nº 08700.000018/2015-11 investigava suposta exclusividade no credenciamento de bandeiras de cartão de crédito por empresas com posição dominante no mercado de meios de pagamentos. O inquérito nº 08700.001860/2016-51, por sua vez, investigava suposta recusa dos bancos Bradesco, Banco do Brasil e Itaú-Unibanco, controladores das credenciadoras líderes de mercado (Cielo e Rede), em ofertar a operação de crédito denominada “antecipação de recebíveis” para clientes das credenciadoras não verticalizadas. Ambos processos foram suspensos em relação ao Banco do Brasil após a celebração de Termo de Cessação de Conduta entre o CADE e as bandeiras do Banco do Brasil, estipulando metas para a captura dos referidos arranjos por outras credenciadoras.

Além desses processos já encerrados, no momento de elaboração deste trabalho estavam em curso perante o CADE diversos processos administrativos instaurados para apurar conduta anticoncorrencial unilateral em face de empresas estatais.⁹⁵ Um processo interessante, já

⁹³ Nesse sentido, pode-se citar os precedentes a seguir: STJ. AgRg na SS 2.394/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/03/2011, DJe 02/08/2011; STJ. AgRg na SS 2.342/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 15/09/2010, DJe 30/09/2010; STJ. Suspensão de Segurança nº. 2.420 MA (2011/0000485-8); STJ. Suspensão de Segurança nº. 2.394 MS (2010/0182315-0); STJ. Suspensão de Segurança nº. 2.387 PI (2010/0166006-3); STJ. Suspensão de Segurança nº. 2.354 RN (2010/0073542-0).

⁹⁴ Nesse sentido, pode-se citar os precedentes a seguir: TJ-SP. Apelação cível 0115310-79.2008.8.26.0000, Relator Rebouças de Carvalho, 28/03/13; TJ-SP. Apelação cível 0048799-32.2011.8.26.0053, relator Osvaldo de Oliveira, 11/12/13; e TJ-SP. Apelação Cível nº 0045123-76.2011.8.26.0053, relator Souza Meirelles, 19/11/2014.

⁹⁵ Foram identificados os seguintes processos: (i) Processo administrativo nº 08700.002600/2014-30 instaurado contra a Petrobras, em que se investiga suposta conduta unilateral de discriminação de preços e condições de contratação, suposto favorecimento de empresa integrada à Representada no setor de transporte e distribuição de gás natural canalizado; (ii) Processo administrativo 08700.009588/2013-04, instaurado contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para investigar supostas condutas unilaterais de litigância abusiva anticompetitiva (*sham litigation*), restrição pura à concorrência (*naked restraint*) e discriminação de preços e condições de contratação; (iii) Processo administrativo nº 08012.005799/2003-54, instaurado contra a Petrobras e a Rede Gasol de Combustíveis para a apuração de abuso de posição dominante por parte da Petrobrás Distribuidora S/A pela discriminação de seus clientes no mercado de revenda de combustíveis do Distrito Federal em detrimento dos seus concorrentes; (iv) Processo administrativo nº 08700.005759/2015-98 instaurado contra a Caixa Econômica Federal S/A para apurar suposta conduta de celebrar contratos de exclusividade entre a

mentionado neste trabalho, é o processo instaurado em face dos Correios para investigar suposta conduta de litigância abusiva pela empresa. Este processo foi instaurado após representação do Sindicato das Empresas de Transportes de Carga de São Paulo e Região que alegou que os Correios estaria se utilizando de sua reserva legal aplicável à prestação de alguns serviços postais para ampliar, de forma ilegítima e abusiva, sua atuação e o seu poder de mercado sobre outras atividades sujeitas ao regime de livre concorrência.⁹⁶ Em decorrência destas práticas anticoncorrenciais, diversas empresas de logística e distribuição teriam sido forçadas a sair do mercado, ou estariam na iminência de deixá-lo.

Mais especificamente, a Representante acusou a ECT de adotar medidas comerciais, administrativas e judiciais com o intuito de aumentar os custos de seus rivais e de discriminá-los com o objetivo de ampliar indevidamente os limites de seu monopólio legal sobre mercados e setores não abrangidos pelo direito de exclusividade conferido pelo monopólio legal, o que caracterizaria exercício abusivo de posição dominante.⁹⁷

Em sua defesa, a ECT discorreu brevemente sobre a sua natureza jurídica, reconhecendo as vantagens por ela recebidas como uma empresa estatal mas, sobretudo, destacando os ônus atrelados à sua natureza pública – como a obrigação de licitar, a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos empregados públicos, e o dever de prestar o serviço que lhe foi atribuído de forma módica, contínua, e universal.⁹⁸ Argumentou que em decorrência das peculiaridades da empresa e da atividade prestada – serviço público – não haveria que se falar em concorrência entre a ECT e os outros prestadores de serviço de entrega de encomendas uma vez que o serviço de entrega de encomendas por ela prestado estaria em um mercado relevante diferente do serviço de entrega de encomendas prestado pelas concorrentes. Isso porque, sob a ótica da oferta, a

instituição financeira e órgãos públicos na oferta de crédito consignado; e (v) Processo administrativo nº 08700.005781/2015-38 instaurado em face do Banco de Brasília para apurar suposta conduta de celebrar contratos de exclusividade entre a instituição financeira e órgãos públicos na oferta de crédito consignado.

⁹⁶ CADE. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04.

⁹⁷ Especificamente, tais condutas anticompetitivas consistiriam na: (i) propositura de ações judiciais com o objetivo de aumentar os custos de seus rivais (empresas de logística e distribuição concorrentes da ECT) e fazer cessar as suas atividades nos segmentos não exclusivos, sob o falso argumento da violação do monopólio postal; (ii) expedição de notificações extrajudiciais a clientes que se utilizam de meios alternativos para a entrega de objetos que não se enquadram no objeto do monopólio da ECT, e (iii) adoção de práticas discriminatórias em relação às empresas de logística e distribuição, por meio da cobrança de preços mais caros de clientes que concorrem com a ECT e dela dependem para realizar parte dos seus serviços de entrega.

⁹⁸ Veja, nesse sentido, trecho da defesa apresentada pela ECT: “Logo, desde já é importante destacar que a ECT não pode ser tida como uma empresa acobertada por benefícios que supostamente lhe colocaria em posição mais favorável do que a concorrência, pois ao mesmo passo que possui imunidade tributária, tem de executar o serviço postal em todo o território nacional de forma obrigatória, contínua e universal (o que lhe acarreta resultado operacional deficitário, ou seja, o resultado entre as receitas operacionais as despesas operacionais é negativo), bem como tem de cumprir uma série de exigências de direito público que a iniciativa privada não tem de cumprir”.

ECT tem o dever legal de prestar o serviço sempre com as limitações do direito administrativo e do regime de serviço público.

Na Nota Técnica nº 8/2017 elaborada pela Superintendência-Geral (“SG”) para este caso, foi destacado o fato de que as condutas investigadas no processo guardavam estreita relação com a natureza da Representada como empresa pública prestadora de serviço público.⁹⁹ Contudo, a SG não acatou a tese da ECT de que, por se tratar de prestadora de serviços públicos, a atividade exercida pela ECT estaria em um mercado relevante distinto daquela exercida por seus concorrentes. Sobre este ponto, a SG afirmou que “as especificidades de empresas públicas são conhecidas, tais como obrigações de contratação com licitação e outras, mas nem por isso ensejam, na jurisprudência do CADE, a redefinição dos mercados relevantes”.¹⁰⁰ Apontou, ao contrário, que a definição de mercados do ponto de vista da oferta é pautada por motivos econômicos substanciais, tais como a substituíbilidade e o acesso a interfaces competitivas.

Este entendimento é relevante, pois demonstra que o mero fato de uma empresa prestar serviço público não significa que, do ponto de vista concorrencial, esta empresa atue em um mercado relevante distinto da empresa que presta a mesma atividade sem os privilégios da exclusividade e os ônus característicos do serviço público.

No mérito deste caso, foi proferido despacho da SG opinando pela configuração de infrações à ordem econômica praticada pela Representada, consistente em abuso do direito de petição, restrição pura à concorrência e tratamento discriminatório. No momento de elaboração deste trabalho, o processo estava aguardando decisão do tribunal do CADE.

Anos antes, em 2010, o CADE já havia se manifestado acerca da incidência das normas concorrenciais em relação à ECT e suas atividades no bojo da Averiguação Preliminar nº 08012.004510/2009-75. Essa averiguação preliminar foi instaurada após denúncia da UNIMED de Joinville – Cooperativa de Trabalho Médico (“UNIMED”), por meio da qual a representante narrou suposta conduta anticoncorrencial por parte da ECT. De acordo com a UNIMED, os Correios teriam lhe-enviado Notificação Extrajudicial informando que o envio de suas comunicações e boletos de cobrança diretamente para seus cooperativados e clientes, por meios próprios, seria uma violação do monopólio legal da ECT e, em caso de continuidade,

⁹⁹ “As condutas investigadas no presente processo guardam estreita relação com a natureza da Representada de empresa pública prestadora de serviço público, tanto porque a Constituição Federal lhe confere um monopólio sobre a prestação de alguns serviços postais (art. 21, inc. X), quanto porque a capilaridade de sua rede se mostra essencial para sua função social, econômica e jurídico-constitucional”. (CADE. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. Nota Técnica nº 8/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE. 20.04.2017.)

¹⁰⁰ CADE. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. Nota Técnica nº 8/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE. 20.04.2017.

ameaçando a adoção de medidas judiciais, inclusive processo criminal contra os diretores da Cooperativas.

Na ocasião do julgamento desta averiguação preliminar, o CADE reconheceu sua competência para julgar a conduta da ECT; no entanto, o Tribunal arquivou a averiguação preliminar, por entender que não estavam presentes os requisitos essenciais para instauração de processo administrativo no caso concreto, uma vez que a Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) não havia apontado, em seu despacho instaurador, qual infração a ECT teria cometido ou qual dispositivo legal teria violado.¹⁰¹

Da jurisprudência levantada acima, nota-se que o CADE não afasta a aplicação do direito concorrencial às empresas estatais meramente em virtude do fato de serem estas controladas pelo Estado e integrantes da administração pública indireta. Contudo, na prática, foram poucas as ocasiões em que uma empresa estatal foi condenada pela prática de conduta unilateral anticoncorrencial. De fato, foi encontrado apenas um caso em que isso ocorreu, e, nesta ocasião, a característica da empresa como estatal não foi um fator relevante na análise realizada pelo CADE.

No entanto, diversos casos acabaram com a celebração de Termo de Cessação de Conduta ou foram arquivados por falta de prova de prática anticoncorrencial. Nos casos que foram arquivados, a justificativa do CADE para o arquivamento não levou em consideração, pelo menos expressamente, a natureza da empresa como empresa estatal de titularidade do poder público. O único caso em que foi feita alguma menção à relevância concorrencial do fato do controle da empresa ser exercido pelo Estado foi a averiguação preliminar que investigava a denúncia de preços predatórios e discriminatórios supostamente praticados pela Petrobras. Neste caso, contudo, apesar do Procurador do CADE e o Conselheiro Relator do caso terem mencionado que a prática de preços abaixo do custo podia ser uma decorrência de uma política do estado sendo implementada por meio da empresa estatal, ao final a averiguação preliminar foi arquivada por falta de prova de prática de preços abaixo do custo e essa questão não foi discutida mais a fundo.

¹⁰¹ Em seu voto, o Conselheiro Relator César Costa Alves de Mattos afirmou que “embora tenha entendido que o objeto da denúncia era alcançável pelos dispositivos da Lei nº 8.884/94, a ponto de garantir a instauração de AP (...) em momento algum a SDE apontou, em seu despacho instaurador (fls. 164), em qual infração a ECT teria, em tese, incorrido.” (CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.004510/2009-75. Voto Conselheiro Relator César Costa Alves de Mattos. 7 de abril de 2010.)

1.3. Conclusão parcial

Vimos acima que a Lei nº 12.529/2011 prevê a sua aplicação às pessoas jurídicas de direito público. Apesar da doutrina e jurisprudência reconhecerem algumas exceções a esta regra, na prática o CADE não tem afastado a aplicação da LDC às empresas estatais meramente em virtude do fato de serem estas controladas pelo Estado e entidades integrantes da administração pública indireta.

Contudo só encontramos um único caso em que uma empresa estatal foi condenada pelo CADE por conduta unilateral anticoncorrencial. Foi o caso envolvendo o Consórcio Gemini em que a Petrobrás foi condenada por fornecer gás natural ao consórcio do qual fazia parte a condições de contratação mais benéficas do que as ofertadas à Comgás e outras empresas de distribuição de gás natural competidoras. Em nenhum caso o CADE afastou a incidência do controle concorrencial pelo simples fato de a empresa ser controlada pelo Estado. Portanto, na prática, parece que o CADE raramente exerce o controle concorrencial de condutas sobre as empresas estatais.

Os precedentes analisados neste capítulo sugerem que o CADE não confere um tratamento diferenciado às empresas estatais, e não há qualquer diferença na análise realizada pelo CADE da conduta anticoncorrencial destas empresas em relação às empresas privadas. Assim, entende-se que a metodologia adotada pelo CADE para identificar e controlar as condutas anticompetitivas das empresas privadas é a mesma aplicada quando diante de uma conduta implementada por uma empresa estatal.

2. AS HIPÓTESES DE ISENÇÃO DE CONTROLE CONCORRENCIAL APLICÁVEL ÀS ESTATAIS

Neste tópico, serão investigadas as possíveis isenções concorrenciais que podem se aplicar às empresas, em geral, e às empresas estatais, especificamente. A primeira isenção, já reconhecida pela doutrina e jurisprudência, é a isenção decorrente da regulação (Item 2.1). A segunda isenção que será investigada ainda não foi amplamente tratada na doutrina ou jurisprudência pátria, e trata da possibilidade de isentar as condutas das empresas estatais que sejam voltadas à promoção de políticas públicas (Item 2.2).

2.1. A isenção decorrente da regulação

As empresas estatais em geral, mas sobretudo aquelas que prestam serviços públicos, tendem a atuar em mercados fortemente regulados, seja por terem a natureza de monopólio natural, dependerem de bens públicos, ou por apresentarem grandes externalidades positivas.¹⁰² Em decorrência disso, grande parte das decisões estratégicas e comerciais dessas empresas que possam afetar a concorrência podem ser objeto de regulação pelo poder público. Considerando o impacto da regulação setorial nas condutas das estatais, entendemos pertinente apresentar brevemente algumas considerações acerca da interação entre os comandos regulatórios e o seu potencial para afastar a incidência da legislação antitruste sobre determinadas condutas.

A interseção entre a regulação e a concorrência já foi amplamente discutida pelos tribunais dos Estados Unidos e pela Comissão Europeia. Essas decisões fortemente influenciaram os julgados do CADE sobre o assunto, motivo pelo qual a análise da interseção entre a regulação e a concorrência irá se iniciar com um estudo dos precedentes norte-americanos e do direito comunitário europeu.

¹⁰² Nesse sentido, vale lembrar que a economia tende a trabalhar com quatro tipos de falhas de mercado, todas as quais predominam nos serviços tradicionalmente vistos como público: (i) monopólio natural, (ii) bens públicos, (iii) externalidades, e (iv) assimetria de informação.

2.1.1. Estados Unidos

Nos Estados Unidos, o controle de condutas anticoncorrenciais encontra fundamento legal no *Sherman Act*, de 1890, e no *Clayton Act*, de 1914. O primeiro proíbe o acordo que visa restringir o comércio e os atos tendentes à monopolização.¹⁰³ O segundo lista algumas condutas adicionais consideradas anticoncorrenciais que não eram cobertas pelo *Sherman Act*.¹⁰⁴ Nenhum desses diplomas legais trata expressamente de hipótese de conflito entre as normas do direito antitruste e as normas emitidas por outras autoridades estatais. A matéria foi, no entanto, objeto de análise pelos tribunais competentes, os quais buscaram delimitar os casos em que se podia considerar aplicável as limitações do direito da concorrência e os casos em que se entendia haver uma imunidade implícita.

Os Estados Unidos se organizam na forma de uma federação e os estados que integram a federação americana têm grande competência regulatória. Em decorrência disso, grande parte da discussão americana sobre a potencial isenção de aplicação do direito da concorrência diz respeito à regulação estadual. Tendo isso em vista, a Suprema Corte americana já teve que decidir, em diversos casos, em que medida a legislação estadual pode afastar ou não a aplicação das normas de defesa da concorrência previstas em lei federal. Nos Estados Unidos, a *Supremacy Clause* (“Cláusula de Supremacia”) da Constituição prevê que as normas federais podem prevalecer sobre normas estaduais. Dessa forma, as normas federais sobre a defesa da concorrência poderiam prevalecer sobre as normas regulatórias estaduais, de forma que não haveria uma isenção antitruste. Contudo, na prática, os tribunais vêm tratando as normas estaduais de forma semelhante às normas federais.¹⁰⁵

A seguir, iremos introduzir a discussão acerca da aplicação da norma regulatória federal e estadual face os comandos normativos relacionados ao direito da concorrência. Herbert Hovenkamp chama essas teorias de *Federal Regulatory Immunity* e *State Action Immunity* para se referir à imunidade decorrente da aplicação das normas regulatórias federais e estaduais,

¹⁰³ O *Sherman Act* é dividido em duas seções principais. A Seção 1 trata da ilegalidade dos acordos que visam restringir o comércio. A Seção 2 trata da proibição dos atos tendentes à monopolização.

¹⁰⁴ Por exemplo, o *Clayton Act* acrescentou certas práticas à lista de condutas anticoncorrenciais, tais como: (i) discriminação de preços entre os diferentes compradores, se tal discriminação tender a criar um monopólio, (ii) acordos de exclusividade, (iii) venda casada, (iv) fusões e aquisições que reduzem substancialmente a concorrência no mercado.

¹⁰⁵ O termo usado por Herbert Hovenkamp para comparar o tratamento dado pelas cortes às normas estaduais e federais é que elas seriam “somewhat similar”. Veja: “[F]ederal courts addressing potential conflicts between state or local regulation and the antitrust laws ask a series of questions that are somewhat similar to the ones they ask when the regulation is federal. I say “somewhat similar” because largely by historical happenstance we have created different verbal formulations for dealing with different types of regulatory conflict”. (HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust and the Regulatory Enterprise*. **Columbia Business Law Review**, n. 2, 335-377, 2004.)

respectivamente.¹⁰⁶ No Brasil, Calixto Salomão cunhou o termo *Pervasive Power Doctrine* para se referir às regras que regem potenciais conflitos de competência entre a legislação federal e a legislação concorrencial, também federal, no direito americano.¹⁰⁷ Eduardo Ferreira Jordão esclarece, contudo, que no caso das normas federais, não existe uma imunidade expressa, e o conflito será resolvido com base em um exame de compatibilidade entre a disciplina antitruste e o esquema regulatório estabelecido em lei.¹⁰⁸

2.1.1.1. A imunidade decorrente da regulação federal

A imunidade concorrencial decorrente da regulação federal pode ser expressa ou implícita. A imunidade é expressa quando a lei expressamente afasta a incidência das normas de defesa da concorrência a um determinado setor ou determinadas atividades. Nesse caso, o papel do tribunal é principalmente assegurar que os requisitos da lei que fixou a imunidade foram satisfeitos.¹⁰⁹ Quando o estatuto regulamentar contém uma "cláusula de salvaguarda" antitruste ou uma exoneração expressa antitruste, a relação entre os remédios antitrustes e a regulação deve ser determinada de acordo com a cláusula ou isenção.

A solução do conflito é mais difícil quando se trata de um caso em que a imunidade é apenas implícita. A imunidade implícita se dá quando a lei não confere expressamente uma imunidade antitruste, mas a imunidade pode ser necessária para evitar conflitos entre requisitos regulatórios e concorrenciais. A doutrina da imunidade implícita é aplicável somente quando a legislação regulatória federal não determina expressamente como as leis antitruste devem ser aplicadas. Nesse caso, o desafio é de examinar a compatibilidade das normas antitruste com o esquema regulatório aplicável.¹¹⁰

Quando se está diante de uma imunidade implícita, não há um teste específico aplicável para conferir a compatibilidade das normas antitrustes com a regulação. Contudo, Hovenkamp aponta que, em geral, quando se está diante de uma imunidade implícita, os tribunais tentam

¹⁰⁶ HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the Regulatory Enterprise. *Columbia Business Law Review*, n. 2, 335-377, 2004.

¹⁰⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (princípio e fundamentos jurídicos). 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 171.

¹⁰⁸ JORDÃO, Eduardo F. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 150.

¹⁰⁹ Os tribunais Americanos já reconhecem, também, casos em que havia imunidade implícita no caso das condutas não cobertas nas cláusulas que previam a imunidade expressa naquele setor. (EUA. Suprema Corte. Caso *Carnation Co. Westbound Conf.* (1966); e EUA. Suprema Corte. Caso *Pan Am. World Airways, Inc. v. United States* (1963)).

¹¹⁰ JORDÃO, Eduardo F. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 150.

assegurar que a aplicação das leis antitruste não interfira com a capacidade da agência de fazer seu trabalho adequadamente. Além disso, os tribunais são mais propensos a reconhecer a imunidade se a própria agência considerou preocupações competitivas ao tomar a decisão que pode ter afetado a concorrência. Os tribunais geralmente encontram imunidade implícita apenas quando eles acreditam que a aplicação do direito da concorrência interferiria com a atuação da agência.¹¹¹

Contudo, tradicionalmente, o reconhecimento de uma isenção a partir de uma imunidade implícita era excepcional, e só ocorreria em caso de “clara repugnância” entre as disposições antitrustes e regulamentares.¹¹² A Suprema Corte explicou que “a isenção deve ser considerada como implícita apenas se necessário para que o estatuto regulatório funcione, e mesmo assim, apenas na medida em que for necessária”.¹¹³ Mesmo a regulamentação abrangente (*pervasive*) da indústria não exclui a aplicação das leis antitrustes norte-americanas.¹¹⁴

A doutrina da imunidade implícita é usada como defesa de empresas privadas que buscam demonstrar que sua conduta, apesar de ser potencialmente anticompetitiva, é permitida pelo estatuto regulatório federal e, conseqüentemente, não pode ser punida.

Nos Estados Unidos, em regra, a conduta que é legitimamente imposta pelos reguladores federais é imune ao controle antitruste. No caso *United States v. National Association of Securities Dealers, Inc.*, reconheceu-se que “se uma lei obriga que os Representados adotem a conduta investigada, então ela necessariamente confere imunidade concorrencial a essa conduta”.¹¹⁵

Por outro lado, a conduta que poderia, futuramente, vir a ser autorizada pelo regulador geralmente não é imune ao controle antitruste.¹¹⁶ Ou seja, o mero fato de que o regulador pode

¹¹¹ HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the Regulatory Enterprise. *Columbia Business Law Review*, n. 2, 335-377, 2004

¹¹² EUA. Suprema Corte. Caso *United States v. Philadelphia National Bank* (1963).

¹¹³ EUA. Suprema Corte. Caso *Silver v. New York Stock Exchange* (1963).

¹¹⁴ Hovenkamp e Areeda escrevem que “the more recent cases clearly stand for the proposition that unless regulation is so totally pervasive that agency initiative or full deliberation controls every aspect of a firm's behavior, 'pervasiveness' may not determine a regulated firm's antitrust exposure”. (HOVENKAMP, Herbert. AREEDA, Phillip. *Antitrust Law*. 3a Ed. Aspen: Aspen Law & Business, 2006. p. 329.)

¹¹⁵ EUA. Suprema Corte. Caso *United States v. National Association of Securities Dealers, Inc.* (1975). Nesse caso, a Suprema Corte concluiu que se uma lei obrigou os representados a implementar a conduta investigada, então ela necessariamente conferiu a esta conduta imunidade antitruste.

¹¹⁶ Para fundamentar essa afirmação, Richard M. Brunell cita os seguintes casos: EUA. Suprema Corte. Caso *Otter Tail Power Co. v. United States* (1973), que trata da possibilidade do tribunal determinar a interconexão de acordo com a lei antitruste que a agência reguladora nega que é “apenas um conflito potencial” que não justifica imunidade; e EUA. Suprema Corte. Caso *Carnation Co. v. Pac. Westbound Conf.* (1966), em que o tribunal optou por esperar a decisão da agência sob a questão antes de tomar alguma medida diante da possibilidade da agência vir a aprovar e autorizar a conduta investigada. (BRUNELL, Richard M. In *Regulators We Trust: The Supreme Court's New Approach to Implied Antitrust Immunity*. *Antitrust Law Journal*, vol. 78, n.º 2, p. 279-312, 2012. p. 283.)

vir, futuramente, a autorizar a conduta não gera imunidade de antemão. A conduta expressamente autorizada pela regulação é muitas vezes imune, mas pode não o ser se não houver conflito entre os objetivos subjacentes ao estatuto regulamentar e à lei antitruste.

No Brasil, a partir da sua interpretação da jurisprudência americana, Calixto Salomão Filho criou o teste do *Pervasive Power Doctrine*, ou Teoria do Poder Amplo, para definir a aplicação da imunidade concorrencial implícita nos Estados Unidos.¹¹⁷ De acordo com este teste, seriam dois os requisitos de incidência da imunidade antitruste implícita a determinado setor de atividade: quando o poder da agência reguladora federal é (1) amplo e (2) extenso o suficiente para afastar a competência antitruste. Nesses casos, entende-se que a competência para analisar os aspectos concorrenciais do setor é da agência reguladora e, portanto, não haveria necessidade de escrutínio específico pela entidade de defesa da concorrência.

Mais recentemente, contudo, foram proferidas decisões que relativizam a excepcionalidade da derrogação das normas antitrustes em prol da regulação. No caso *Trinko*, que avaliava a legalidade de uma conduta em um mercado regulado, a Suprema Corte apontou que “a existência de uma estrutura regulatória desenhada para deter ou remediar dano causado por condutas anticompetitivas” faz com que “o benefício adicional proporcionado pelo controle anticoncorrencial de condutas seja pequeno.”¹¹⁸ Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que a conduta não precisava se sujeitar ao controle antitruste dos tribunais porque a estrutura regulatória já previa uma solução adequada para a parte prejudicada. A análise utilizada pela Suprema Corte Americana nesse caso veio a ser chamada de *soft immunity*¹¹⁹.

A análise do *soft immunity* também foi aplicada no caso *Credit Suisse*, que foi levado à Suprema Corte americana após investidores processarem dez grandes bancos de investimento envolvidos na subscrição conjunta sob a alegação de que os bancos haviam conspirado para não vender ações em centenas de ofertas públicas iniciais, a menos que os clientes também se comprometessem, posteriormente, a comprar as ações e outros títulos menos desejáveis dos subscritores, o que poderia configurar venda casada.¹²⁰ Nesse caso, a Suprema Corte decidiu que a conduta gozava de imunidade antitruste mesmo se ela violava a regulação do mercado de capitais e do direito antitruste. Entendeu-se, nesse caso, que a necessidade de controle antitruste seria pequena porque a Comissão de Valores Mobiliários Americana (*Securities and Exchange*

¹¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (princípio e fundamentos jurídicos). 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 171.

¹¹⁸ EUA. Suprema Corte. Caso *Verizon Commc 'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko* (2004)

¹¹⁹ BRUNELL, Richard M. In *Regulators We Trust: The Supreme Court's New Approach to Implied Antitrust Immunity*. **Antitrust Law Journal**, vol 78, nº 2, p. 279-312, 2012. p. 289.

¹²⁰ EUA. Suprema Corte. Caso *Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing* (2007).

Comission) já aplicava ativamente as regras que proibiam a conduta em questão e era obrigada a levar em consideração questões concorrenciais, podendo os investidores prejudicados ser indenizados com fundamento na regulação sobre o mercado de capitais.¹²¹

Tradicionalmente, nos Estados Unidos, o direito antitruste e a regulação eram vistos, em grande parte, como complementares. Contudo, esses casos mais recentes ampliaram as hipóteses de cabimento da defesa de imunidade implícita e sugerem que não se aplica o direito antitruste quando há mecanismos regulatórios disponíveis para endereçar a questão¹²².

2.1.1.2. A imunidade decorrente da regulação estadual

Nos Estados Unidos, a regra básica para definir a aplicação do *Sherman Act* em relação a uma conduta pautada na regulação estadual foi estabelecida pela Suprema Corte americana em alguns casos paradigmáticos.

No famoso caso *Parker v. Brown*, julgado em 1943, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu pela primeira vez que uma conduta não deve se submeter ao controle concorrencial quando ela for considerada uma ação estadual – ou seja, uma *state action*.¹²³ Esse entendimento, que passou a ser chamado como a doutrina da *State Action*, se fundamenta na

¹²¹ Veja, trecho do Voto do Ministro Breyer: “Certain considerations, taken together, lead to the conclusion that securities law and antitrust law are clearly incompatible in this context. (1) First, to permit antitrust actions such as this threatens serious securities-related harm. For one thing, a fine, complex, detailed line separates activity that the SEC permits or encourages from activity that it forbids. And the SEC has the expertise to distinguish what is forbidden from what is allowed. (...), there is a serious risk that antitrust courts, with different nonexpert judges and different nonexpert juries, will produce inconsistent results. (...) Thus, allowing an antitrust lawsuit would threaten serious harm to the efficient functioning of the securities market. (...) Second, any enforcement-related need for an antitrust lawsuit is unusually small. For one thing, the SEC actively enforces the rules and regulations that forbid the conduct in question. For another, investors harmed by underwriters’ unlawful practices may sue and obtain damages under the securities law. Finally, the fact that the SEC is itself required to take account of competitive considerations when it creates securities-related policy and embodies it in rules and regulations makes it somewhat less necessary to rely on antitrust actions to address anticompetitive behavior. (...) In sum, an antitrust action in this context is accompanied by a substantial risk of injury to the securities markets and by a diminished need for antitrust enforcement to address anticompetitive conduct”.

¹²² BRUNELL, Richard M. In *Regulators We Trust: The Supreme Court's New Approach to Implied Antitrust Immunity*. **Antitrust Law Journal**, vol 78, nº 2, p. 279-312, 2012. p. 312.

¹²³ Esse caso envolveu um programa criado pelo Estado da Califórnia para conservar os recursos agrícolas do estado e para evitar desperdício econômico na comercialização de passas. O programa previa que, se um determinado número de produtores de uma determinada área requeresse a criação de um plano de comercialização de passas e uma comissão nomeada pelo governador verificassem que tal plano aumentaria os objetivos do Estado sem permitir lucros não razoáveis aos produtores, o Diretor da Agricultura poderia nomear um comitê de produtores para formular um programa para obrigar os produtores a vender uma certa quantidade de suas passas a um preço determinado pelo comitê de produtores. A comissão tinha que aprovar o programa sugerido pela comissão e tinha o poder de modificá-lo. Se um certo número de produtores na área aceitasse o programa, ela se tornaria efetivo em toda a região. A Suprema Corte teve que decidir se a criação dessa condição e a cobrança de preços uniformes caracterizaria uma conduta anticoncorrencial proibida pelo *Sherman Act*.

noção de que os estados da federação americana são soberanos¹²⁴ e, portanto, a ação legítima do estado não deve ser submetida ao escrutínio antitruste nem ser considerada violadora das leis antitruste. Na fundamentação da decisão, a Corte afirmou que não há qualquer evidência de que o *Sherman Act* busca restringir a ação dos estados ou qualquer ação oficial controlada por um estado, mas, era voltada, sobretudo, às empresas e corporações.¹²⁵

Nesta concepção, a doutrina do *State Action* se limita a excluir a incidência do *Sherman Act* sob os atos de governo implementados pelos estados da federação. De acordo com essa doutrina, as condutas dos estados no exercício de suas atividades governamentais são válidas mesmo quando geram restrições à concorrência, pois o estado estaria agindo dentro de sua autoridade legislativa ao criar a regulação. Trata-se de uma espécie de imunidade de aplicação do direito da concorrência. Em decorrência da doutrina da *State Action*, determinou-se que uma regulação estadual que prejudicasse a concorrência não poderia ser questionada ou anulada pela Suprema Corte. Como consequência disso, a conduta das empresas, quando pautada nessa regulação estatal, também está protegida pela isenção antitruste.

Conforme se verá no tópico 1.2.3 deste trabalho, a conclusão à qual a Suprema Corte Americana chegou nesse caso, a respeito da imunidade dos atos dos estados, vai ao encontro da posição adotada pelo CADE ao decidir que sua competência punitiva não alcança os atos praticados por órgãos do Poder Público no exercício de seus poderes regulatórios, mesmo que tais atos acarretem prejuízos para a concorrência. Contudo, no caso da doutrina da *State Action*, o Poder Público ao qual eles se referiam era o governo estadual.

Nos anos subsequentes à decisão *Parker v. Brown*, a doutrina da *State Action* foi sendo paulatinamente desenvolvida por meio dos precedentes da Suprema Corte Americana. No caso *Cantor v. Detroit Edison* a Corte decidiu que não há imunidade concorrencial se o Estado simplesmente aprovar uma conduta anticompetitiva iniciada por um agente privado sem que esta conduta fizesse parte de uma política estadual obrigatória.¹²⁶ Ou seja, a ação que não é

¹²⁴ Apesar do termo “soberania” normalmente se referir à soberania de nações, esta é a terminologia utilizada pela Suprema Corte americana para descrever a independência dos estados federados dos Estados Unidos da América.

¹²⁵ “The Sherman Act makes no mention of the state as such, and gives no hint that it was intended to restrain state action or official action directed by a state. The Act is applicable to “persons,” including corporations (§7), and it authorizes suits under it by persons and corporations (...) There is no suggestion of a purpose to restrain state action in the Act's legislative history”. (EUA. Suprema Corte. Caso *Parker, Director of Agriculture, et al. v. Brown* (1943).)

¹²⁶ EUA. Suprema Corte. Caso *Cantor v. Detroit Edison Co.* (1976). Nesse caso, foi apresentada uma representação contra a Detroit Edison Company, único distribuidor de eletricidade no sudeste de Michigan, sob a alegação de que a empresa estava usando seu poder de monopólio na distribuição de eletricidade para restringir a concorrência na venda de lâmpadas, em violação do *Sherman Act*. À época, a Detroit Edison Company fornecia aos consumidores quase 50% de lâmpadas de tamanho padrão. O custo para as lâmpadas não aparecia separadamente na fatura, mas era cobrada do consumidor como parte dos encargos gerais de eletricidade. Este sistema de faturamento e as tarifas cobradas por Detroit Edison foram ambos aprovados pela Michigan Public

compelida pelo estado, mas apenas por ele aprovada, não está protegida por imunidade. No caso *Goldfarb v. Virginia State Bar* foi reafirmado que a ação que é compelida por uma associação privada não é protegida pela imunidade com base na doutrina da *State Action* se a conduta não tiver sido compelida pelo Estado.¹²⁷

Quase quatro décadas após a decisão no caso *Parker v. Brown*, a Suprema Corte sofisticou a doutrina da *State Action* para estender a aplicação da imunidade às condutas de particulares e entidades governamentais não soberanas que possam ser lesivas à concorrência e que foram compelidas por uma norma estadual. No caso *Rice v. Alcoholic Bev. Etc* foi proposta uma ação antitruste em face de uma lei do Estado da Califórnia que exigia a fixação, pelo produtor, de preços de revenda para o comércio de vinho por atacado. A questão levantada era se essas leis estaduais gerariam uma imunidade da conduta à luz do *Sherman Act* em decorrência da doutrina *State Action*. A Suprema Corte da Califórnia afirmou que a conduta de particulares em atenção a uma obrigação da lei estadual – ou seja, compelida pelo Estado – não é necessariamente imune ao *Sherman Act*, mesmo se a conduta for parte de uma política do Estado.¹²⁸

Service Commission e não podiam ser alterados sem a aprovação da comissão. Nesse caso, a Suprema Corte Americana decidiu que a isenção da *State Action* não se aplicava a esta conduta porque o programa de lâmpadas não havia sido implementado por uma política estadual, que era neutra sobre a questão de se a empresa deveria ter tal programa e que a decisão de instituir o programa havia sido feita pela concessionária e foi meramente aprovada pelo órgão regulador. Ou seja, a conduta havia sido aprovada pelo Estado, mas não era uma conduta que havia sido compelida pelo Estado.

¹²⁷ EUA. Suprema Corte. Caso *Goldfarb v. Virginia State Bar* (1975). Nesse caso, a pergunta que se fazia era se a adesão por advogados aos preços mínimos para serviços jurídicos comuns publicados por uma associação de advogados do condado violou o a lei concorrencial. Embora fosse opcional se associar à associação, uma vez associado o cumprimento das taxas mínimas era obrigatório. O tribunal considerou que isso constituía uma “ilustração clássica da fixação de preços” que não era imune às proibições do *Sherman Act*. A corte distinguiu este caso do caso *Parker*, e apontou que naquele caso (*Goldfarb*) o Estado não obrigou o conselho de advogados a adotar taxas mínimas, enquanto que no caso *Parker* o programa era exigido pelo Estado, agindo como soberano.

¹²⁸ EUA. Suprema Corte do Estado da Califórnia. Caso *Rice v. Alcoholic Bev. Etc. Appeals Bd.*, (Cal. 1978). Esse caso tratava de restrições paralelas sobre a venda de licores destilados. Nesse caso, a Suprema Corte da Califórnia considerou que, uma vez que o Estado apenas desempenhava um papel passivo na fixação do preço dos licores, não se aplicava a esse programa a imunidade mencionada no caso *Parker v. Brown*. O tribunal decidiu também que a política nacional em favor da concorrência deveria prevalecer sobre os interesses do Estado na manutenção dos preços das bebidas alcoólicas, que seria a preservação dos pequenos estabelecimentos de varejo. Veja, nesse sentido, trecho do voto que conduziu a decisão: “It does not follow, however, that conduct by private parties under compulsion of state law is necessarily immune from the Sherman Act even if such conduct is designed to carry out a policy of the state. The heart of the issue is whether the sovereign act of the state which will immunize a price fixing law from the Sherman Act must be either the act of the state itself or one over which the state has the ultimate power of decision, or whether it is sufficient to invoke the exemption if, as in the program we here consider, the state compels private persons to engage in anticompetitive conduct and essentially exercises no control over the substance of their actions. In the price maintenance program before us, the state plays no role whatever in setting the retail prices. The prices are established by the producers according to their own economic interests, without regard to any actual or potential anticompetitive effect; the state's role is restricted to enforcing the prices specified by the producers. There is no control or “pointed re-examination” by the state to ensure that the policies of the Sherman Act are not “unnecessarily subordinated” to state policy.

A Corte entendeu que, se o estado obriga as pessoas privadas a praticarem comportamentos anticoncorrenciais, mas não exerce essencialmente nenhum controle sobre a substância de sua ação a fim de assegurar que a concorrência não seja "subordinada desnecessariamente", a imunidade concorrencial não se aplica. Portanto, para que seja aplicável a imunidade decorrente da doutrina da *State Action*, deve haver efetiva fiscalização da conduta pelo estado.¹²⁹

O caso foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos com o nome *Cal. Liquor Dealers v. Midcal Aluminum, Inc.*¹³⁰. Na última instância, a Suprema Corte manteve a decisão da corte estadual e afirmou que a imunidade da doutrina da *State Action* pode se estender aos particulares apenas se a conduta investigada sob a ótica concorrencial for (i) realizada sob uma política estatal claramente articulada e firmemente expressa e (ii) supervisionada ativamente pelo Estado. Este critério é chamado pela doutrina de *Midcal Test*.

Poucos anos depois, a decisão da Suprema Corte no caso da *Town of Hallie* estendeu o teste de *Midcal* aos casos em que um município procurou invocar a defesa da *State Action*. Neste caso, a corte decidiu que um município tem que mostrar que sua suposta conduta anticompetitiva foi realizada de acordo com uma política de Estado claramente articulada. Em se tratando de conduta praticada por municípios, contudo, não haveria necessidade de demonstrar que havia uma supervisão ativa pelo Estado para qualificar para a imunidade. Nos anos que seguiram, as cortes inferiores estenderam o critério de *Town of Hallie* a outros atores sub-estaduais não-soberanos.

Em 2010, a Suprema Corte Norte Americana decidiu se uma entidade nominalmente pública precisaria cumprir o critério de supervisão ativa do governo estadual para gozar do privilégio da imunidade. Nesse caso, a FTC processou a *North Carolina Board of Dental Examiners* (o Conselho de Dentistas da Carolina do Norte, doravante, o "Conselho") por criar uma restrição sobre os serviços de clareamento de dentes.¹³¹ O Conselho havia sido criado pelo Estado da Carolina do Norte mais de um século antes através de lei que previa que seis dos oito assentos do Conselho seriam preenchidos por dentistas praticantes. Na ação, a FTC alegou que o Conselho violou as leis antitruste ao tomar medidas para proibir a prática de preços mais

Thus, in our view, we would be extending the decisions of the United States Supreme Court beyond their intended design if we were to hold, as the department urges, that this scheme is immune from the Sherman Act".

¹²⁹ Vale observar que, nesse caso, apesar de não ser o cerne da decisão, a corte adentrou em uma análise da necessidade da conduta à luz dos objetivos declarados da regulação e concluiu que haviam outros meios para conseguir os fins desejados pelo estado que não a fixação de preço. Trata-se, na prática, de uma análise da necessidade da medida, uma das etapas do teste de proporcionalidade.

¹³⁰ EUA. Suprema Corte. Caso *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc.* (1980).

¹³¹ EUA. Suprema Corte. Caso *North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission*. (2015).

baixos e a prestação de serviços de clareamento dental por não-dentistas. Em resposta, o Conselho se pautou na defesa da *State Action* argumentando que o Conselho seria um órgão estadual soberano e, portanto, imune à lei antitruste ou, no mínimo, qualificado para imunidade de *State Action* sem qualquer necessidade de supervisão ativa pelo Estado. A FTC contestou que o Conselho não poderia ser considerado um órgão estatal soberano e nem sequer poderia se qualificar para o standard mais simplificado de imunidade aplicado no caso *Town of Hallie* porque o Conselho era controlado por participantes ativos do mercado e não por representantes efetivos do Estado. Nesse caso, a Suprema Corte decidiu que, tendo em vista que o Conselho era composto por agentes ativos do mercado, deveria haver supervisão estatal para que a imunidade se aplicasse. No caso concreto, como o conselho não era soberano e não era supervisionado pelo Estado ativamente, a Corte decidiu que a imunidade antitruste não se aplicava.¹³²

2.1.2. União Europeia

Diferentemente de como ocorre no Brasil, em que a autoridade antitruste não pode avaliar a legalidade de uma restrição concorrencial promovida pelo legislador ou regulador estatal, na União Europeia, o direito concorrencial comunitário é destinado tanto às empresas que atuam no mercado sob sua jurisdição quanto aos próprios Estados-membros, quando estes criam restrições concorrenciais que violam o Tratado de Fundação da União Europeia (“TFUE”).

O artigo 106.1, do TFUE é dirigido principalmente aos Estados-membros. 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.¹³³

¹³² Essa decisão foi objeto de crítica uma vez que não definiu o que seria um “participante ativo no mercado”. Essa crítica foi objeto de uma *dissenting opinion* (voto contrário) pelo Justice Alito.

¹³³ Sobre as exceções da aplicação do direito da concorrência na comunidade europeia, Patrícia Regina Sampaio escreve que “em que pese a clara determinação de se construir um mercado único e concorrencial, o art. 106.2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia admite que exceções sejam feitas às atividades consideradas de interesse económico geral e aos monopólios fiscais, desde que essas limitações sejam necessárias à promoção

Já os artigos 101 e seguintes do TFUE trazem as regras aplicáveis às empresas, dentre elas, aquelas que vedam as práticas concertadas e o exercício abusivo de posição dominante.¹³⁴

Tendo em vista essa normativa, as decisões da União Europeia que tratam sobre as restrições regulatórias à concorrência abordam dois problemas principais. O primeiro problema trata da legalidade, face às normas do direito comunitário, das restrições à concorrência criadas pelos Estados-membros. Essa preocupação visa definir se é legítima a norma que gera algum privilégio ou exclusividade em benefício de um único agente no mercado. A segunda preocupação diz respeito à legalidade da conduta da empresa diante de uma restrição regulatória à concorrência.

2.1.2.1. Legalidade da restrição regulatória à concorrência

Na análise sobre a legalidade da restrição à concorrência face às normas do direito comunitário, a Corte leva em consideração qual a missão de interesse geral que o Estado Membro pretende promover por meio da restrição à concorrência. Contudo, a restrição à

de valores socialmente relevantes e coletivamente compartilhados”. (SAMPAIO, Patrícia R. P. **Regulação e Concorrência**: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.)

¹³⁴ O Artigo 101 (ex-artigo 81 TCE) do TFUE determina que “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no n° 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.

O Artigo 102 (ex-artigo 82 TCE) do TFUE determina que “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.”

concorrência deve ocorrer somente e na medida em que for necessária para garantir a prestação dos serviços de interesse geral. De fato, a Corte entende que esta exceção ao princípio da competitividade deve ser interpretada de forma restrita¹³⁵. 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”.¹³⁶

Sobre a possibilidade de se criar um monopólio, a União Europeia entende ser legítima a exclusividade quando esta é essencial para garantir a prestação do serviço de interesse econômico em questão, como seria o caso da exclusividade postal. Contudo, para que a exclusividade seja permitida, é necessário demonstrar que (i) ela é necessária para garantir a prestação do serviço, e (ii) a atividade excluída do âmbito da livre iniciativa é efetivamente exercida pela empresa monopolista, ou seja, a empresa presta o serviço em questão. Se a atividade em questão for um serviço relacionado, mas diferente daquele objeto do monopólio, não sendo prestado pela empresa monopolista, a exclusividade não pode atingi-la.

Esse entendimento foi adotado no caso *Regis de Postes*, em que se questionava a legalidade de uma regulamentação de um Estado-membro que atribuiu a uma entidade o direito exclusivo de recolher, transportar e distribuir correspondências e proibiu, sob pena de sanções penais, um agente econômico estabelecido nesse Estado de oferecer certos serviços diferenciados, mas relacionados ao serviço de entrega de correspondências. Questionava-se, especificamente, se um agente econômico poderia prestar um serviço de coleta domiciliar e entrega de correspondência em horário diferenciado (até o meio dia), ou se a regulação poderia vetar esta atividade mesmo se o prestador de serviço postal monopolista não prestava esse serviço específico. A Corte entendeu que a exclusividade conferida para a empresa estatal que executa o serviço postal seria legítima, mas que, no caso concreto, não havia sido demonstrado que a prestação desse serviço diferenciado por um outro agente econômico prejudicaria o equilíbrio econômico do serviço de interesse econômico geral assumido pelo titular do direito exclusivo.¹³⁷

¹³⁵ Comissão Europeia. Caso nº 127/73. *BRT v. SABAM* (1974).

¹³⁶ 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.

¹³⁷ Na ementa do caso, explicou-se que “Com efeito, embora a obrigação, para o titular do direito exclusivo, de desempenhar uma missão de interesse geral assegurando a prestação dos seus serviços em condições de equilíbrio econômico pressuponha a possibilidade de compensação entre os sectores de actividades rentáveis e os menos rentáveis e justifique, portanto, a limitação da concorrência dos empresários privados nos sectores economicamente rentáveis, essa limitação da concorrência não se justifica em todos os casos. Ela não se justifica, nomeadamente, quando estejam em causa serviços específicos, dissociáveis do serviço de interesse geral, que satisfaçam necessidades específicas dos agentes económicos e que exijam certas prestações

A possibilidade de determinada regulação dos Estados-membros ser anulada pela Comissão Europeia terá poder de afetar a análise da licitude das condutas das empresas praticadas com base nessa legislação, conforme se verá a seguir.

2.1.2.2. Legalidade da conduta pautada em uma norma estatal

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 autónoma.¹³⁸ Portanto, uma empresa pode invocar 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.

O Tribunal de Justiça Europeu recentemente esclareceu, contudo, que as regras antitrustes da UE se aplicam a todas as condutas das empresas tomadas por sua própria iniciativa. Por exemplo, se os preços cobrados por uma empresa foram aprovados por um regulador, mas foram defendidos pela empresa, a empresa não estará isenta de responsabilidade nos termos do tratado.¹³⁹ Portanto, se houver espaço de decisão pela empresa, não se aplica essa isenção pois, nesse caso, a conduta deixou de ser exigida pela legislação, mas haveria ato de vontade volitivo pelo agente.

suplementares tais como, no que concerne ao encaminhamento do correio, a recolha ao domicílio, maior rapidez ou fiabilidade na distribuição ou ainda a possibilidade de alterar o destino durante o encaminhamento, que o serviço postal tradicional não oferece, e na medida em que esses serviços, pela sua natureza e pelas condições em que são oferecidos, como o sector geográfico onde são prestados, por exemplo, não ponham em causa o equilíbrio económico do serviço de interesse económico geral assumido pelo titular do direito exclusivo”. (Comissão Europeia. Caso C-320/91, Processo-Crime Contra Paul Corbeau, decidido em 09/02/1993.)

¹³⁸ Comissão Europeia. Caso C-280/08 P, *Deutsche Telekom v Commission* (2010); Tribunal de Primeira Instância, Caso T-271/03, *Deutsche Telekom v Commission* (2008): “[S]egundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os artigos 81 CE e 82 CE só não são aplicáveis se às empresas for imposto um 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”.

¹³⁹ Comissão Europeia. Caso 123/83, *BNIC v Clair* (1985); Tribunal de Primeira Instância, Caso T-271/03, julgamento em 04.10.2008, *Deutsche Telekom v Commission*.

Contudo, quando a exigência legal que determinou a conduta da empresa for considerada incompatível com o direito comunitário, a isenção só se aplica se: (i) a lei impunha/exigia a conduta, e não apenas a recomendava ou autorizava, e (ii) a exigência regulatória ainda não havia sido declarada incompatível com o direito comunitário.

Portanto, não podem ser sancionadas com base nas normas de defesa da concorrência previstas no Tratado Europeu, as condutas das empresas exigidas por uma norma estatal, a não ser que essa norma já tenha sido questionada na Comissão Europeia. “A autoridade [nacional de defesa da concorrência] não pode impor penalidade às empresas com relação à conduta passada quando esta conduta era exigida pela legislação nacional; ela pode impor penalidades com relação à conduta apenas após a decisão que declare haver uma infração ao art. 81 do TCE, uma vez que a decisão tenha se tornado definitiva a esse respeito”.¹⁴⁰ Quando a ilicitude da determinação legal é declarada, as empresas têm que ignorar a regulação nacional sob pena de serem responsabilizadas por conduta anticoncorrencial.

2.1.3. Jurisprudência do CADE sobre a isenção decorrente da regulação

Dentre as doutrinas sobre a restrição à concorrência decorrente de regulação, a que mais repercutiu nas decisões do CADE foi a doutrina da *State Action*.¹⁴¹ Os testes vistos acima para verificar a incidência das normas regulatórias à determinada conduta causada pela regulação aplicável, especialmente o *Midcal Test*, de duas etapas, já foram diversamente utilizados para embasar as decisões do CADE, o qual já afirmou que esta doutrina seria “compatível com o ordenamento jurídico brasileiro”.¹⁴²

Enquanto nos Estados Unidos a teoria do *State Action* era usada para verificar imunidade decorrente de regulação estadual, hoje o CADE usa a doutrina da *State Action* também para regulação federal e municipal.¹⁴³ Nota-se que é uma evolução da teoria original aplicada nos Estados Unidos.

¹⁴⁰ Comissão Europeia. Caso C-198/01, *Conzorzio Industrie Fiammiferi v. Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, julgamento 09/09/2003.

¹⁴¹ SAMPAIO, Patrícia R. P. **Regulação e Concorrência**: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 155.

¹⁴² “A *State Action Doctrine* é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, de fato, já foi adotada pelo CADE em diversos julgados”. (CADE. Processo Administrativo nº 08012.006207/1998-48. Conselheiro Relator Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Representada Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro (CEG) e Riogás S.A. DOU, 09.02.2001.)

¹⁴³ JORDÃO, Eduardo F. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 162.

Em 1999, o CADE julgou uma representação da Associação Mineira dos Usuários de Transporte-AMUT contra a BHTRANS – Empresa de Transporte de Belo Horizonte¹⁴⁴, empresa estatal municipal concessionária do serviço público, a AMBEL – Assembleia Metropolitana da Região Metropolitana de Belo Horizonte e mais 87 empresas de transporte coletivo da região para discutir a cobrança de tarifa de transporte coletivo.¹⁴⁵ Neste caso, o voto condutor do acórdão entendeu que “não faria sentido, nem seria juridicamente possível, pretender punir uma empresa regulada por infração à concorrência se ela estivesse obedecendo estritamente a um comando da regulação emanada pela autoridade competente”. Concluiu, portanto, que houve uma clara opção pelo legislador estadual de substituir a lógica concorrencial pela fixação de preço público estatal. Sendo assim, determinou-se nesse caso, o arquivamento do processo. O CADE reconheceu, contudo, que a regulação não afasta de todo a aplicação do direito concorrencial, pois pode deixar “uma margem maior ou menor de liberdade para a atuação privada” cabendo, nesses casos, a atuação do órgão de defesa da concorrência.¹⁴⁶

Poucos anos depois, o CADE julgou uma representação contra a Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro (“CEG”) e Riogás S.A., ambas concessionárias do serviço público de fornecimento de gás natural no estado do Rio de Janeiro. De acordo com a representação formulada, as concessionárias abusavam do seu poder de mercado ao cobrar tarifas elevadas para a prestação de seus serviços. Em sua defesa, as representadas alegaram que a tarifa que cobravam era fixada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro (“ASEP-RJ”).

¹⁴⁴ A BHTRANS é uma sociedade de economia mista municipal, dependente e de capital fechado que tem como principal acionista a Prefeitura de Belo Horizonte (PBH), que detém 98% de seu capital social. Ela foi criada em 1991 pela Lei Municipal nº 5.953, é subsidiada pelo Fundo de Transportes Urbanos (FTU), instituído por lei e gerido pela Secretaria Municipal de Serviços Urbanos.

¹⁴⁵ CADE. Processo Administrativo n. 0800.002605/1997. AMTU P & C- Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga vs. BHTRANS – Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte e outras, Conselheiro Relator Marcelo Procópio Calliari, 31.03.1999.

¹⁴⁶ “Seria o caso, por exemplo, de empresas sujeitas a um regime de tarifas máximas que decidem, em cartel, fixar todas o mesmo preço para seus produtos, reduzindo o nível de bem estar dos consumidores. Da mesma forma, quando o arcabouço regulatório dá às empresas uma margem de opção quanto à sua atuação, é possível que uma ou mais dessas opções, permitidas mas não impostas pela regulação configurem num caso concreto infrações à ordem econômica, não se encontrando aqui fora do alcance dos órgãos de defesa da concorrência. Há também a possibilidade de que uma empresa regulada aja de forma contrária à regulação, violando não apenas esta como também o direito da concorrência. Neste caso, aplicar-se-iam as normas e eventualmente punições previstas em ambos sistemas normativos. Essa interrelação entre a regulação e a concorrência pode vir expressa, como ocorre, por exemplo, na Lei nº 9.472/97, que criou a Anatel, ou não, mas sempre existe, de forma a assegurar que tais mercados operem de acordo com os princípios informadores da Ordem Econômica previstos na Constituição”. (CADE. Processo administrativo 08000.002605/1997-52. Rel. Marcelo Calliari Santos. J. 20.01.1999.)

Em sua decisão, o CADE apontou que o Estado do Rio de Janeiro tinha competência constitucional para fixar o preço da tarifa de fornecimento de gás natural. No caso concreto, a competência foi exercida por meio da criação da ASEP-RJ, para quem foi atribuído o poder de definir a tarifa dos serviços públicos estaduais. Assim, o CADE concluiu que haveria, nesse caso, uma política claramente articulada que visava substituir a racionalidade concorrencial na fixação dos preços destes serviços, motivo pelo qual esta conduta seria imune ao controle concorrencial.

Em algumas decisões subsequentes, o CADE analisou a razoabilidade da restrição regulatória à concorrência. Apesar da análise da razoabilidade da restrição regulatória não ser uma das etapas reconhecidas do teste *Midcal* reproduzida e reiterada pela jurisprudência norte-americana, fato é que esta análise também foi realizada pelas cortes americanas nesse caso. No Brasil, a análise da razoabilidade da restrição ocorreu em caso em que se discutia a regulação do Departamento de Transportes Terrestres. Nesse caso, o CADE concluiu que a regulação daquele setor era insuficiente para garantir que a conduta dos agentes prejudicasse demasiadamente a concorrência¹⁴⁷. Veja, nesse sentido, trecho do voto vogal do Conselheiro Antonio Fonseca:

Entendo que institucionalmente o setor de transportes é regulamentado, no entanto o regulamento federal é precário e desatualizado. (...) A situação é propícia à formação de grupos com forte poder de influência junto ao Governo, que podem operar das mais variadas formas, incluindo a divisão de mercados em detrimento de outros agentes. Há, portanto, um problema de regulamentação que fere também uma questão de concorrência.¹⁴⁸

A análise da razoabilidade da regulação também foi adotada no caso que julgou suposta conduta de cartel implementada por cooperativa de taxi em decorrência de regulação municipal que concedeu a uma única cooperativa a exclusividade de prestar serviço no aeroporto do município.¹⁴⁹ Além de avaliar a razoabilidade da regulação, o CADE aplicou as duas etapas da doutrina *State Action* firmada no caso *Midcal* em que se analisou: (i) a intenção expressa na norma de substituir a lógica de mercado por uma regulação impositiva, e (ii) a existência de efetiva supervisão da regulação implementada.

Nota-se, então, que a atuação do CADE nos setores regulados incide sobre os espaços de omissão do regulador. Conforme apontado no caso BHTRANS, a regulação deixa espaço de

¹⁴⁷ DA SILVA, Pedro Aurélio de Queriroz. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 1, Bahia, Fev/mar/abr, 2005. p. 18-19.

¹⁴⁸ CADE. Representação nº 07/93, apensada a Representação nº 69/1993. Conselheiro Relator: Paulo Dyrceu Pinheiro. Representada: RODONAL – Empresa de Passageiros. Julgamento: 05.11.1997.

¹⁴⁹ CADE. Processo Administrativo nº 08012.006507/1998-81. Conselheiro Relator: Roberto Pfeiffer. Julgamento em 06.08.2003.

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.¹⁵⁰

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”¹⁵¹.

Ao tratar das isenções regulatórias a concorrência, no bojo do processo administrativo nº 08012.003824/2002-84, o conselheiro João Paulo Resende apontou, em seu voto, que a atuação do órgão da defesa da concorrência é possível nos três cenários abaixo:

(i) quando mesmo dentro de um regime regulatório é possível que os agentes econômicos, naquelas condutas não reguladas, pratiquem infrações à concorrência; (ii) o arcabouço regulatório dá opções ao agente econômico quanto à sua atuação e uma dessas opções caracteriza infração à ordem econômica; e (iii) o agente econômico viola normas regulatórias e, no mesmo ato, o direito da concorrência.¹⁵²

O CADE já reconheceu que o fato de determinado setor possuir regulação própria não é condição suficiente para se afastar a aplicação da legislação de defesa da concorrência e sua atuação. Em se tratando de setores regulados, deve-se avaliar caso a caso se a conduta investigada é isenta do controle antitruste.¹⁵³

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 concorrencial decorrente da regulação aplicável será sujeita ao controle de conduta pelo CADE, conforme se verá nos tópicos seguintes.

¹⁵⁰ Representação nº 07/1993 apud Processo Administrativo nº 08012.006207/1998-48.

¹⁵¹ CADE. Processo Administrativo nº 08012.006504/2005-29. Rel. João Paulo Resende.

¹⁵² CADE. Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84. Rel. João Paulo Resende.

¹⁵³ Veja, nesse sentido, excerto de voto do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende no Processo Administrativo nº 08012.006504/2005-29: “No entanto, o fato de determinado setor possuir regulação própria não é condição suficiente para se afastar a aplicação da legislação de defesa da concorrência e, consequentemente, a atuação deste Conselho. 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”. (CADE. Processo Administrativo nº 08012.006504/2005-29, julgado em 14/10/2015).

2.2. A possibilidade de isenção de condutas unilaterais voltadas à promoção do interesse público

Conforme visto acima, o CADE não afasta a aplicação do direito concorrencial às empresas estatais meramente em virtude do fato de serem estas controladas pelo Estado e entidades integrantes da administração pública indireta. A submissão das estatais ao controle concorrencial implica 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.

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.¹⁵⁴

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

¹⁵⁴ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. O antitruste e as empresas estatais. **Revista de Direito Mercantil**, n. 138, abr. 2005, p. 192.

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”.¹⁵⁵

Reconhecidamente, as empresas públicas e sociedades de economia mista são instrumentos de atuação direta do Estado na economia. 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.¹⁵⁶ 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.¹⁵⁷ Sendo assim, a função social da empresa deve estar vinculado à consecução de objetivo específico constante da lei autorizadora que justificou sua criação.¹⁵⁸ Isso evita com que o objeto social ou o interesse social da estatal seja indevidamente flexibilizado.¹⁵⁹

A Lei das Estatais 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.

Nota-se, portanto, 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. Pode-se, portanto, afirmar que a empresa

¹⁵⁵ 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

¹⁵⁶ Para um standard de interpretação do artigo 173 da Constituição Federal: CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal. Uma análise econômica do art. 173 da Constituição. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 47-76.

¹⁵⁷ Neste sentido, §1º do art. 2º prevê “A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal. “. Similarmente, o art. 27, *caput*, prevê: “A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação”.

¹⁵⁸ TONIN, Mayara Gasparotto. Função social das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. **Estatuto jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 278-279.

¹⁵⁹ 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-das-empresas-estatais-19042017>>. Acesso em: 08.06.2017.

estatal visa à promoção de interesses públicos (seja esse um “relevante interesse coletivo” ou a “preservação da segurança nacional”).

As peculiaridades das empresas estatais são usadas, em algumas jurisdições, para justificar um tratamento diferenciado pelas autoridades concorrenciais. De fato, conforme se verá a seguir, são diversos os regimes concorrenciais aplicáveis às empresas estatais ao redor do mundo. No tópico a seguir, será brevemente apresentado o tratamento concorrencial das empresas estatais em algumas outras jurisdições de forma a ilustrar as diferentes possibilidades de regime jurídico e as alternativas disponíveis para o endereçamento dessa questão. A experiência internacional pode, ainda, ser usada como um guia de como a questão deve ser tratada no Brasil.

2.2.1. O controle concorrencial das empresas estatais no direito comparado

Em 2011, um projeto de pesquisa desenvolvido por acadêmicos vinculados ao Research Partnership Platform (“RPP”) criado pelo Departamento de Políticas de Concorrência e Consumidor da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD estudou a medida em que as leis da concorrência abrangem atos e medidas envolvendo ou implementados por estados ou empresas estatais. Como parte deste projeto de pesquisa, o time de pesquisadores desenvolveu um questionário que foi distribuído pelo RPP para as autoridades da concorrência de seus países-membros. O questionário perguntava, dentre outras questões, se as leis antitruste do país se aplicavam às empresas estatais.¹⁶⁰

As jurisdições que responderam o questionário abrangiam seis continentes, incluindo países das Américas do Sul e do Norte, Ásia, África, e Europa, sendo sete membros da União Europeia.¹⁶¹ Todas as jurisdições da amostra responderam que as leis antitrustes de seus países se aplicavam às empresas estatais.

¹⁶⁰ A descrição da pesquisa bem como dos questionários pode ser encontrada em: NAÇÕES UNIDAS. Competition Law and The State: Competition laws’ prohibitions of anti-competitive State acts and measures, **Unctad Research Partnership Platform Competition Law and The State**, vol. 1, Summary of answers to questionnaire. New York and Geneva, 2015. Disponível em: <
http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2015d3_en.pdf>.

¹⁶¹ Os seguintes países responderam o questionário: Austrália, Barbados, Brasil, China, União Europeia, França, Grécia, Guiana, Hong Kong (China), Hungria, Índia, Itália, Jamaica, Japão, Cazaquistão, Quênia, República da Korea, Lituânia, Malásia, Ilhas Maurício, México, Paquistão, Peru, Polônia, Rússia, Sérvia, Seicheles, Singapura, Espanha, Suécia, Suíça, Trinidad & Tobago, Tunísia, Turquia, e Estados Unidos.

Contudo, apesar de esta ser a resposta unanime na amostra desta pesquisa, sabe-se que esta prática, apesar de predominante, não é universal.¹⁶² Mesmo nos países em que se respondeu que as normas antitrustes se aplicam às empresas estatais, há algumas exceções aplicáveis às empresas estatais a depender das peculiaridades nos casos concreto. Além disso, em alguns países não contemplados por esta pesquisa, a lei de defesa da concorrência afasta expressamente a sua aplicação às empresas estatais. É o caso, por exemplo, dos Emirados Árabes.¹⁶³

Em um levantamento realizado pela autoridade concorrencial marroquina e publicada em um Relatório Especial (*Special Report*) apresentada na *International Competition Network*¹⁶⁴, constatou-se que diversas jurisdições reconhecem a possibilidade de se afastar a aplicação das normas antitrustes às empresas estatais a depender das peculiaridades do caso concreto.¹⁶⁵ Para fazer este Relatório Especial, a autoridade marroquina perguntou às autoridades concorrenciais de diversos países se as empresas estatais são isentas das regras de defesa da concorrência se elas (i) exploram ou não atividade econômica, (ii) são detidas pelo estado ou por alguma entidade pública, (iii) atuam em um setor regulado, (iv) atuam em uma indústria estratégica, ou (v) promovem uma missão ou serviço de interesse público. Das jurisdições pesquisadas, apenas 34% não reconheceram qualquer tipo de isenção na aplicação do direito antitruste. Todas as demais reconheceram que as regras de defesa da concorrência podem ser afastadas em alguma das ocasiões acima.¹⁶⁶

Das 35 jurisdições pesquisadas, 12 reconhecem a existência de isenção concorrencial em relação às empresas estatais que não exploram atividade econômica.¹⁶⁷ 17% reconhecem exceção da aplicação da lei antitruste quando a empresa estatal atua em um setor regulado.¹⁶⁸

¹⁶² FOX, Elenor M. HEALEY, Deborah. When the State Harms Competition: The Role for Competition Law. *Antitrust Law Journal*, vol. 79, n. 3, p. 769-820, 2014.

¹⁶³ NAÇÕES UNIDAS. Competition Law and The State: Competition laws' prohibitions of anti-competitive State acts and measures, *Unctad Research Partnership Platform Competition Law and The State*, vol. 1: Summary of answers to questionnaire. New York and Geneva, 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplp2015d3_en.pdf>.

¹⁶⁴ A *International Competition Network* ("ICN", livremente traduzido como Rede Internacional de Concorrência) é um órgão internacional dedicado exclusivamente à aplicação da lei da concorrência. Seus membros representam as autoridades de concorrência nacionais e multinacionais. A ICN organiza conferências e oficinas anuais que oferecem oportunidades para discussão de projetos de grupos de trabalho, podendo elaborar recomendações e guia de melhores práticas. Contudo, a ICN não exerce nenhuma função normativa.

¹⁶⁵ International Competition Network. "State-Owned Enterprises and Competition." Annual Conference Special Project of The Moroccan Conseil de la Concurrence. Marrakech, 23-25 de abril de 2014.

¹⁶⁶ Deve-se ressaltar, que o Brasil estava dentre os países que não reconheceram qualquer isenção na aplicação do direito antitruste às empresas estatais. Além do Brasil, não reconheceram qualquer isenção as jurisdições a seguir: Chile, Colômbia, Dinamarca, Japão, México, Paquistão, Polônia, África do Sul, Taiwan, Tunísia e Ucrânia. (International Competition Network. "State-Owned Enterprises and Competition." Annual Conference Special Project of The Moroccan Conseil de la Concurrence. Marrakech, 23-25 de abril de 2014. p. 16.)

¹⁶⁷ São as seguintes jurisdições: Canadá, Cípre, a União Europeia, Alemanha, Hungria, Islândia, Israel, Jamaica, Quênia, Países Baixos, Suécia e Turquia.

¹⁶⁸ É o caso do Cípre, da Alemanha, da Hungria, Islândia, Países Baixos, e Suíça.

Apenas a Hungria e a Islândia afastam as regras concorrenciais no caso de empresas estatais que atuam em indústrias estratégicas.¹⁶⁹

Na União Europeia, a regra da aplicação do direito antitruste é a da neutralidade, de modo que não importa a titularidade da empresa, se pública ou privada.¹⁷⁰ Para que incida as regras de defesa da concorrência, basta que a entidade exerça atividade econômica, não precisando sequer ser classificada formalmente como “empresa” do ponto de vista societário, independentemente de ser pública ou privada. De fato, a Comissão já condenou diversas empresas estatais pela prática de atos anticoncorrenciais, como o abuso de posição dominante no mercado interno.

Um caso paradigmático neste sentido é o caso *Deutsche Post*, julgado em 2001 e instaurado a partir de uma denúncia de um concorrente da empresa estatal postal alemã, a United Parcel Service (“UPS”)¹⁷¹. Neste caso, a UPS alegava que a empresa estatal alemã responsável pelo serviço de entrega de correspondências estaria usando as receitas da atividade lucrativa de entregas de cartas – onde ele gozava de um monopólio legal – para financiar uma estratégia de venda abaixo do custo em mercados relacionados e abertos à concorrência. A UPS alegava que era apenas por meio destes “subsídios cruzados” do monopólio que a *Deutsche Post* poderia cobrar os preços baixos que estavam sendo praticados nos serviços de encomendas. Neste processo, a Comissão verificou que a *Deutsche Post* estava praticando preços abaixo do custo de modo em que o serviço de entrega por correspondência estava operando de forma deficitária há cinco anos. Sendo assim, condenou a empresa estatal por prática anticompetitiva.

Poucos anos depois, a Comissão condenou a empresa *Deutsche Telekom*,¹⁷² que na época era uma empresa de propriedade do estado, pelo abuso de posição dominante. Nesse caso, a Comissão verificou que a *Deutsche Telekom* cobrava taxas mais elevadas de novos concorrentes para a oferta de acesso desagregado ao lacete local – OLL, do que cobrava para as assinaturas da linha fixa de seus próprios clientes. Neste caso, a empresa foi condenada mesmo diante do fato de haver um preço teto para esta tarifa fixado pelo órgão regulador

¹⁶⁹ Na Hungria, os atos de concentração de alguns setores estratégicos da economia não são de notificação obrigatória. Já a Islândia, a lei do setor de saúde pode prever algumas condutas anticompetitivas que não podem ser objeto de controle pela autoridade antitruste nacional.

¹⁷⁰ Em trabalho apresentado pela União Europeia à OCDE, a Comissão Europeia afirmou que “the application of EC competition law is, in principle, neutral to the ownership of the company. Whether the company in question is privately or publicly owned (or controlled) is as such irrelevant”. (OCDE. Roundtable on the Application of Antitrust Law to State-Owned Enterprises. Discussion on Corporate Governance and the Principle of Competitive Neutrality for State-Owned Enterprises. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. 20 de outubro de 2009. p. 235)

¹⁷¹ Comissão Europeia. Caso COMP/35.141 – Deutsche Post AG (2001)

¹⁷² Comissão Europeia. Casos apensos COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG.

nacional e que não havia sido descumprido pela empresa. A Comissão entendeu que, apesar de haver um preço teto, ainda havia espaço de escolha autônoma por parte da empresa.

Também já foi instaurado processo para investigar suposta conduta anticoncorrencial pela empresa estatal alemã *Deutsche Bahn* e suas subsidiárias em decorrência de uma política de preços potencialmente anticompetitiva sobre a corrente de tração.¹⁷³ A Comissão Europeia buscava identificar se os descontos aplicados pela *Deutsche Bahn* discriminavam os seus concorrentes, acarretando um aumento de custo de forma a prejudicar a sua capacidade de concorrer naquele mercado. Nesse caso, antes mesmo de uma decisão final por parte da Comissão Europeia, a empresa estatal apresentou um novo sistema de precificação que tratava todas as companhias ferroviárias de forma isonômica. Em vista disso, em sua decisão final, a Comissão Europeia acabou concluindo pela não ocorrência de prática anticompetitiva, mas vinculou a estatal a respeitar os compromissos assumidos por meio deste novo sistema de precificação. Assim, a decisão se assemelhava a um termo de ajustamento de conduta.¹⁷⁴

Tanto o caso *Deutsche Post* quanto o caso *Deutsche Telekom* são exemplos de comportamentos típicos de um agente que usufrui de um monopólio legal tentando impedir a entrada de concorrentes em mercados relacionados para extrair melhores benefícios de sua posição privilegiada. Deve-se atentar, contudo, que apesar destes dois casos envolverem empresas estatais, na prática esse tipo de abuso de posição relevante também pode ser implementado por empresas privadas que usufruem de privilégio de monopólio legal. Assim, a conduta em questão e a análise antitruste realizada não é aplicável exclusivamente às empresas estatais. Ademais, em ambos os casos analisados, o fato de a empresa ser estatal ou privada não foi relevante na análise da Comissão Europeia.

Em 2008, a Comissão Europeia julgou um caso envolvendo uma medida da Grécia que conferiu à uma empresa estatal que atuava no mercado de energia elétrica acesso quase exclusivo ao lignite (carvão marrom), insumo barato para a produção de energia elétrica no país. Tendo em vista que a empresa estatal havia recebido essa vantagem especial no acesso a uma entrada de combustível barata, ela tinha menores custos para atuar no mercado de eletricidade, o que distorcia a concorrência nesse mercado e dificultava a entrada e competição de novos operadores no mercado da eletricidade na Grécia. Ao conceder os direitos quase

¹⁷³ Comissão Europeia. Casos apensos T-289/11, T-290/11 e T-521/11. – em face de Deutsche Bahn AG, estabelecida em Berlin (Germany); DB Mobility Logistics AG, estabelecida em Berlin; DB Energie GmbH, estabelecida em Frankfurt am Main (Germany); DB Netz AG, estabelecida em Frankfurt am Main; DB Schenker Rail GmbH, estabelecida em Mainz (Germany); DB Schenker Rail Deutschland AG, estabelecida em Mainz; Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS).

¹⁷⁴ DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. SAMPAIO, Patricia. **Regulação e Concorrência no Setor Ferroviário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 170.

monopolísticos da empresa estatal para a exploração do lignite por meio do acesso privilegiado à fonte de combustível mais barata na Grécia, o estado grego teria reforçado o domínio da estatal no mercado de eletricidade. Observa-se que, nesse caso, a investigação da Comissão Europeia não era dirigida à empresa estatal, mas sim ao próprio estado Grego que tinha criado a exclusividade. Ao final, a Comissão aceitou compromissos assumidos pela Grécia para assegurar o acesso aos depósitos de lignite para os demais interessados.¹⁷⁵

Deve se ter em mente, contudo, que, ao julgar esses e outros casos sobre conduta anticoncorrencial, a preocupação da Comissão Europeia é sobretudo com a unificação do mercado europeu e a preservação da competição em um nível supranacional. É por esse motivo também que não se permite que a empresa estatal de um estado-membro tenha vantagens concorrenciais não extensíveis às demais empresas que com ela concorrem pois, nesse caso, um estado pode beneficiar uma empresa nacional própria em prejuízo de uma empresa de outro Estado-membro. Nesse sentido, a Comissão afirma que:

se fosse permitido tratar as empresas estatais de forma mais favorável do que outras empresas de forma a remover as condições igualitárias que são necessárias para a livre concorrência, o processo competitivo e o objetivo a longo prazo de um mercado integrado europeu poderiam ser consideravelmente danificados.¹⁷⁶

Esse papel do direito concorrencial comunitário – de instrumento de integração da União Europeia – é essencial para entender o sistema europeu e como ele se difere do sistema aplicável aos demais países, sobretudo ao Brasil.¹⁷⁷

É em razão de sua preocupação com a unificação do Mercado Europeu que a Comissão Europeia, como uma entidade supranacional, tem o poder de controlar a conduta, não só das empresas, mas também de seus estados membros. Lembramos que, conforme visto no item 2.1.2 deste trabalho, a defesa da concorrência europeia atua em duas vertentes, incidindo: (i) sob a conduta dos estados-membros, no exercício de suas funções legislativas e regulatórias, e (ii) sob a conduta das empresas que atuam sob sua jurisdição, na prática e suas atividades

¹⁷⁵ A Comissão Europeia afirmou que “nesse caso, a decisão não foi dirigida [à empresa estatal], mas apenas ao estado grego, uma vez que o comportamento da [empresa estatal] ao aceitar esses direitos privilegiados não era equivalente a um comportamento abusivo nos termos do artigo 82.º do Tratado CE”. (OCDE. Roundtable on the Application of Antitrust Law to State-Owned Enterprises. **Discussion on Corporate Governance and the Principle of Competitive Neutrality for State-Owned Enterprises**. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. 20 de outubro de 2009. p. 242)

¹⁷⁶ OCDE. Roundtable on the Application of Antitrust Law to State-Owned Enterprises. **Discussion on Corporate Governance and the Principle of Competitive Neutrality for State-Owned Enterprises**. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. 20 de outubro de 2009. p. 243)

¹⁷⁷ “The role of competition law as an instrument of single market integration is crucial to an understanding of EU competition law. It differentiates EU law from any other system of competition law, whether in the Member States, the US, or elsewhere”. (JONES, Alison. SUFRIN, Brenda. **EU Competition Law: Text, Cases, and Materials**. 6ª Edição. Reino Unido: Oxford, 2016. p. 35)

econômicas. No primeiro caso, o controle pode ser afastado quando necessário para viabilizar a prestação de um serviço de interesse econômico geral, o que se pretende fazer de forma contínua, módica e universal. No segundo caso, o controle pode ser afastado quando a conduta investigada estiver amparada em uma regulação válida.

Tendo em vista o escopo do poder e da competência da Comissão Europeia – abrangendo tanto as empresas quanto os estados-membros – pode-se afirmar que a Comissão teria, também, a competência para exercer o controle de uma política pública de estado com efeitos anticoncorrenciais que tenha sido implementada por meio de uma empresa estatal. Por outro lado, nos países em que não há a transferência de qualquer parte da soberania para um órgão supra-estatal – como ocorre na União Europeia – ou em que o órgão de defesa da concorrência não tem competência para julgar os atos do Estado em sua função de legislador e regulador, a mesma lógica não necessariamente se aplica. Nesses países, como no Brasil, o órgão antitruste não pode controlar a conduta do estado em sua função governo. Diante deste cenário, cumpre indagar se seria possível controlar a conduta do estado implementada por meio de uma empresa estatal.

Nos Estados Unidos, as leis antitruste também não isentam expressamente as empresas estatais da incidência das normas de defesa da concorrência. Contudo, os tribunais nacionais têm interpretado as leis antitruste como implicitamente incorporando várias exceções que podem ser aplicadas às empresas estatais, pois entendem que elas não são consideradas “pessoas” para fins de submissão do *Sherman Act*¹⁷⁸. Portanto, os tribunais vêm afastando a incidência das normas de defesa da concorrência às agências e entidades que integram o governo dos Estados Unidos, mesmo quando estas se envolvem em atividades comerciais¹⁷⁹. Em decorrência disso, as entidades que integram o governo federal americano, como as empresas estatais, não estão sujeitas à responsabilidade nos termos das leis antitruste federais.

Na prática, nos Estados Unidos, a aplicação da lei de defesa da concorrência vem sendo moldada pela jurisprudência, sendo influenciada pelos fatos e peculiaridades do caso concreto.¹⁸⁰ Um caso paradigmático é o *United States Postal Service v. Flamingo Industries*, em que o Supremo Tribunal dos EUA decidiu que as leis antitruste federais não se aplicavam

¹⁷⁸ Deve-se esclarecer, contudo, que nos Estados Unidos o termo “empresa estatal” não é usado na legislação nacional. Contudo, existe uma série de entidades ligadas ao governo federal, com diferentes graus de controle e participação do estado. O tratamento antitruste conferido a essas entidades pode variar de acordo com as suas características específicas, conforme se verá adiante.

¹⁷⁹ PHILLIP, Areeda. HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Law**. 3ª Ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

¹⁸⁰ OCDE. Roundtable on The Application of Antitrust Law to State-Owned Enterprises. **Discussion on Corporate Governance and the Principle of Competitive Neutrality for State-Owned Enterprises**. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. 20 de outubro de 2009.

ao Serviço Postal dos Estados Unidos (“USPS”).¹⁸¹ Neste caso, um prestador de serviços do USPS processou a empresa estatal por suposta conduta anticoncorrencial caracterizada pela tentativa de fechamento de mercado. Em primeira instância, a Corte Distrital decidiu que o USPS não estaria sujeito à responsabilidade nos termos da lei federal antitruste. Contudo, essa decisão foi revertida em segunda instância uma vez que o Tribunal entendeu que o Serviço Postal pode ser responsabilizado, mas teria uma imunidade limitada quando a conduta em questão fosse realizada sob o comando do Congresso.

O caso chegou à Suprema Corte americana que decidiu que a USPS não poderia ser responsabilizada por ato anticoncorrencial. Para fundamentar a decisão, a Corte apontou que a USPS não seria uma empresa estatal (*Government Corporation*) mas sim um estabelecimento independente do poder executivo do governo federal (*independent establishment of the executive branch of the Government of the United States*). Além disso, a Corte apontou que diversas características da USPS a diferenciam de uma empresa privada, como o fato de ela ser imbuída de alguns poderes governamentais e responsabilidades públicas não extensíveis às empresas privadas. Nesse sentido, a USPS tinha o poder de emitir regulação postal, o dever de prestar serviços de graça para algumas pessoas, e a ausência de lucro. Por outro lado, a empresa não tinha o poder de fixar o preço dos seus serviços, os quais eram definidos por uma Comissão separada que fixava os preços sem consideração a respeito da lucratividade, mas apenas levando em conta o equilíbrio financeiro da empresa. Portanto, a corte concluiu que a empresa “não é uma pessoa antitruste separada dos Estados Unidos. Faz parte do Governo dos Estados Unidos e, portanto, não é controlada pelas leis antitruste”.¹⁸²

Por outro lado, poucos anos depois, o Tribunal Federal de segunda instância nos Estados Unidos julgou se, à luz do precedente *Flamingo*, a imunidade antitruste se estenderia também às *government corporations* em um caso que julgava a responsabilização da Tennessee Valley Authority “TVA”¹⁸³ por infração à concorrência. Antes do caso *Flamingo*, diversos precedentes

¹⁸¹ EUA. *United States Postal Service v. Flamingo Industries*. (2004).

¹⁸² Após a decisão da Suprema Corte no caso *Flamingo*, o Congresso promulgou a Lei de Responsabilidade e Atualização Postal (PAEA). Esta lei foi parte de um esforço para promover a “neutralidade competitiva” nos mercados postais abertos à concorrência e para esclarecer o status do USPS em relação às leis antitruste federais. Foi criada uma nova Comissão de Regulação Postal (PRC) para regular as tarifas da USPS para serviços “dominantes no mercado” e foi transferida à USPS a competência de fixar seus próprios preços para produtos “competitivos”, sujeitos a alguns requisitos formais de publicação e registro. O PRC também determinou expressamente que a USPS está sujeita à lei antitruste em relação aos produtos não sujeitos à exclusividade. (OCDE. Roundtable on the Application of Antitrust Law to State-Owned Enterprises. **Discussion on Corporate Governance and the Principle of Competitive Neutrality for State-Owned Enterprises**. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. 20 de outubro de 2009.)

¹⁸³ A Tennessee Valley Authority é uma *government corporation* dos Estados Unidos que fornece eletricidade para clientes comerciais e empresas de energia local

reconheciam a imunidade antitruste do TVA uma vez que a empresa estaria desenvolvendo uma “legítima atividade governamental” (*valid governmental action*).¹⁸⁴ Contudo, o Tribunal Federal norte-americano entendeu que a TVA, por ser uma *government corporation*¹⁸⁵, – ao contrário do USPS, que tinha a natureza de um “estabelecimento independente do poder executivo” – não poderia usar suas “características públicas” para requerer imunidade antitruste.¹⁸⁶ Assim, o Tribunal afirmou que a justificativa utilizada no caso *Flamingo* para isentar a USPS de responsabilidade antitruste não se aplicaria para a TVA. Mesmo assim, o Tribunal afastou a responsabilidade por infração anticoncorrencial uma vez que entendeu que a conduta da TVA nesse caso seria isenta das leis antitruste “porque a principal preocupação da TVA é prestar serviços e as preocupações com a concorrência entrarão em conflito com o cumprimento do propósito da TVA”. O Tribunal observou que “a TVA está autorizada por lei a celebrar contratos com o objetivo de ‘promover o uso maior e melhor da energia elétrica para uso agrícola e doméstico, ou para indústrias pequenas ou locais’”, motivo pelo qual não poderia ser responsabilizada por celebrar esses contratos.

Portanto, embora as *government corporations*, ao contrário do USPS, sejam “pessoas” de acordo com as leis antitruste e, assim, sujeitas ao *Sherman Act*, algumas delas podem desfrutar de imunidades limitadas a depender de sua função e suas características específicas.

Em se tratando de empresas estatais da esfera estadual dos Estados Unidos, aplica-se a doutrina da *State Action*, vista no item 2.1.1.2 deste trabalho, que afasta a incidência da lei antitruste para as condutas anticoncorrenciais impostas pelos Estados como “atos do governo”¹⁸⁷. 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”

¹⁸⁴ Veja, nesse sentido, os precedentes a seguir: *City of Loudon v. TVA* (E.D.Tenn.), em que se decidiu que “ao impor seu contrato com a Loudon, a TVA estava envolvida em ações governamentais válidas e isenta do controle das leis antitruste dos Estados Unidos”; *Webster County Coal Corp. v. TVA*, (W.D.Ky.1979), em que se afirmou que o TVA está “isento de responsabilidade nos termos das leis antitruste”; e *Sea-Land Serv., Inc. v. Alaska R.R.*, (D.C.Cir.1981), que reiterou o entendimento acima do caso Webster County.

¹⁸⁵ Uma *government corporation* é “uma agência do governo federal, estabelecida pelo Congresso para promover um interesse público, que fornece para o mercado um produto ou serviço, devendo produzir receita que cubra toda ou parte de suas despesas”. Enquanto algumas *government corporation* integram departamentos do poder executivo e têm funcionários que são contratados pela agência governamental ao qual está vinculada, outras são corporações independentes controladas pelo Governo, como a Amtrak, a empresa nacional de serviços de transporte ferroviário de passageiros. Apesar das diferenças entre elas, as *government corporations* têm as seguintes características em comum: (i) podem acionar e ser acionadas na justiça; (ii) não desfrutam da imunidade soberana aplicável ao governo federal dos Estados Unidos; e (iii) devem preparar e submeter ao Presidente uma espécie de “orçamento” que será enviado para supervisão e aprovação do Congresso. (KOSAR, Kevin R., Federal Government Corporations: An Overview, **Congressional Research Service Report** RL30365. 2009.)

¹⁸⁶ EUA. *McCarthy v. Middle Tennessee Electric Membership Corp.* (2006)

¹⁸⁷ EUA. *City of Columbia v. Omni Outdoor Adver.* (1991).

para afastar a concorrência, conforme definido no caso *Midcal*.¹⁸⁸ Nesse sentido, no caso *City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.*, a Suprema Corte decidiu que a doutrina da *State Action* não imunizaria uma empresa municipal distribuidora de energia elétrica da lei federal antitruste a não ser que a empresa pudesse provar que suas ações são derivadas de uma política estadual afirmativa para afastar a concorrência.¹⁸⁹

Tendo visto as variadas formas em que o direito concorrencial pode abordar as condutas unilaterais das empresas estatais nas diferentes jurisdições, cumpre agora verificar se esta isenção deveria ser aplicada no Brasil tendo em vista as características das empresas estatais brasileiras.

2.2.2. O caso brasileiro

Conforme visto no item 1.1 deste trabalho, o artigo 31 da Lei nº 12.529/2011 que fixa o escopo de aplicação da legislação antitruste brasileira o faz em termos bastante amplos. De acordo com este artigo, o escopo de aplicação da LDC é abrangente, incluindo desde pessoas físicas a associações, independentemente de serem constituídas de fato ou de direito. O dispositivo é expresso em afirmar que a LDC se aplica também às pessoas jurídicas de direito público, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legal.

Apesar do escopo amplo da redação deste artigo, na prática há farta jurisprudência em que o próprio CADE reconhece que não tem competência para controlar a conduta do Estado. Considerando que as empresas estatais são instrumentos de atuação do estado na economia, a isenção que incide ao Estado deve se estender às empresas estatais? Caso positivo, em quais casos deve haver isenção?

De acordo com a jurisprudência sobre a conduta unilateral de empresa estatais levantada neste trabalho, até o momento não foi levado ao CADE qualquer caso em que a empresa estatal tenha alegado, em sua defesa, que a conduta anticoncorrencial investigada era um ato de Estado que visava promover algum interesse público e que, por esta razão, deveria ser isenta do controle antitruste.

O único caso em que se chegou perto de abordar essa questão foi no voto do Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos no caso que discutia suposto preço predatório pela

¹⁸⁸ International Competition Network. “State-Owned Enterprises and Competition.” Annual Conference Special Project of The Moroccan Conseil de la Concurrence. Marrakech, 23-25 de abril de 2014.

¹⁸⁹ EUA. *City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.* (1978).

Petrobras como uma forma de implementação de política nacional de Estado dos preços.¹⁹⁰ Nesse caso, contudo, o Relator foi voto vencido e sequer chegou a ser instaurado processo administrativo para discutir esta questão mais a fundo.

No entanto, trata-se de pergunta pertinente: A isenção que incide ao Estado deve se estender às empresas estatais? Caso positivo, em quais casos deve haver isenção?

Para responder a esta pergunta, entendemos pertinente analisar como se dá o controle, pelo estado, das empresas estatais. Até que ponto as empresas estatais podem ser consideradas entidades estatais e até que ponto devem ser consideradas entidades autônomas e privadas?

Esse critério de controle foi adotado nos Estados Unidos para decidir se determinada entidade, nominalmente público, poderia gozar do privilégio de imunidade. No caso *North Carolina Board of Dental Examiners*, já estudado acima, a Suprema Corte Norte Americana decidiu se um conselho de dentistas criado pelo Estado da Carolina do Norte poderia ser penalizado por criar restrições nos serviços de clareamento de dentes.¹⁹¹

Neste caso, o FTC alegava que o Conselho teria violado as leis antitruste ao tomar medidas para proibir a redução de preço para alguns serviços e a prestação de serviços de clareamento dental por não-dentistas. Em sua defesa, o Conselho argumentou que, seria um órgão estadual soberano e, portanto, imune à lei antitruste ou, no mínimo, qualificado para imunidade de *State Action* sem qualquer necessidade de supervisão ativa pelo Estado. Em resposta, a FTC afirmou que o Conselho não poderia ser considerado um órgão estatal soberano e nem sequer poderia se qualificar para o standard mais simplificado de imunidade aplicado no caso *Town of Hallie* porque o Conselho era controlado por participantes ativos do mercado e não por representantes efetivos do Estado. Nesse caso, a Suprema Corte decidiu que, tendo em vista que o Conselho era composto por agentes ativos do mercado deveria haver supervisão estatal para que a imunidade se aplicasse. No caso concreto, como o conselho não era soberano e não era supervisionado pelo Estado ativamente, a Corte decidiu que a imunidade antitruste não se aplicava.¹⁹²

Nota-se que o critério aqui era de quem exercia o controle do conselho. Apesar de ele ter sido criado pelo Estado, na prática não era o estado quem exercia o controle sob suas atividades.

¹⁹⁰ CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98

¹⁹¹ EUA. Suprema Corte. Caso *North Carolina State Bd of Dental Examiners v. FTC*. (2015)

¹⁹² Essa decisão foi objeto de crítica uma vez que não definiu o que seria um “participante ativo no mercado”. Essa crítica foi objeto de uma *dissenting opinion* (voto contrário) pelo Justice Alito.

No Brasil, a mesma lógica poderia se aplicar. 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, pelo CADE, 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.

2.2.2.1. O controle exercido pela Administração Pública central sob as empresas estatais brasileiras

A Constituição Federal dispõe sobre a estrutura da Administração Pública e prevê, em seu artigo 37, *caput*, a sua divisão em Administração Pública direta e indireta. A Administração Pública direta é caracterizada pelos entes federativos em si – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal –, e é composta pelo conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas aos quais foi atribuída a competência para o exercício das atividades administrativas do Estado.¹⁹³ A Administração Pública indireta é “o conjunto de pessoas administrativas que, vinculada à respectiva Administração direta, têm o objetivo de desempenhar atividades administrativas de forma descentralizada”.¹⁹⁴ Enquanto a Administração direta é composta por órgãos internos e despersonalizados do Estado, a Administração Pública indireta compõe-se de pessoas jurídicas, ligadas a algum ente da federação, utilizadas para a consecução dos seus fins, mas que com elas não se confundem, uma vez que são dotadas de personalidade jurídica própria.¹⁹⁵

De acordo com o artigo 4º do Decreto-Lei 200/1967, que estrutura a administração pública federal, a administração indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: (i) autarquias, (ii) empresas públicas, (iii) sociedades de economia mista, e (iv) fundações públicas. A Lei nº 13.303/2016 define empresa pública e sociedade de economia mista em seus artigos 3º e 4º, nos termos abaixo:

¹⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 459.

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 463.

¹⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 114.

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

Em poucas palavras, empresas públicas e sociedades de economia mista são empresas cujo controle é detido pelo Estado, que são criadas para atender a relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional. Por força do artigo 2º da Lei nº 13.303/2016, a empresa pública e a sociedade de economia serão os instrumentos de exploração de atividade econômica pelo Estado.¹⁹⁶

Na Administração Pública direta a autoridade se baseia no poder hierárquico, em que o chefe do executivo emite ordem vinculante que deve ser obedecida pelos subordinados. Em princípio, o chefe do poder executivo detém todas as competências administrativas mas pode delegar algumas competências para autoridades inferiores, que passarão a agir em seu nome. Toda a Administração Pública direta está dentro desta estrutura piramidal. Contudo, a administração indireta não é hierarquicamente subordinada à administração direta uma vez que os diretores das entidades descentralizadas, como as empresas estatais, não têm o dever jurídico de obediência ao chefe do poder executivo.

O alinhamento dos interesses da administração pública direta e as empresas estatais se dá por meio do chamado poder de tutela, o qual está previsto nos artigos 19 e seguintes do Decreto-lei nº 200/1967. Em decorrência desse poder, cada entidade da administração indireta deve ser vinculada a algum ministério o qual será encarregado de supervisioná-lo. Para Mario Engler Pinto Junior, “a supervisão ministerial representa o modelo clássico de controle governamental incidente sobre as empresas estatais”.¹⁹⁷

O parágrafo único do artigo 20 do Decreto-lei nº 200/1967 prevê que “a supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação, e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei”. Na prática, a supervisão é exercida, sobretudo, pela prerrogativa de indicar e destituir os dirigentes da

¹⁹⁶ Aqui, estamos usando o termo atividade econômica *lato sensu*, a englobar tanto a prestação de serviços públicos como a atividade econômica *stricto sensu*. Sobre esse sentido de atividade econômica veja José dos Santos Carvalho Filho: “Pode-se considerar que alguns serviços públicos representam atividades com utilização de recursos para a satisfação de necessidades públicas. Nesse caso, essa noção de serviços públicos constituiria espécie do gênero *atividades econômicas*, uma espécie, mas não a única logicamente. Assim, dentro da noção de atividade econômica em sentido amplo, temos, como espécies, alguns serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª e=Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 505.)

¹⁹⁷ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 97.

empresa e de designar os representantes do Governo Federal nas Assembleias Gerais e órgãos de administração e controle da entidade, dentre outros mecanismos previstos no artigo 26, parágrafo único, do Decreto-lei nº 200/1967. A indicação e destituição dos administradores parece ser, contudo, a forma mais eficaz de alinhar o interesse das empresas estatais ao do governo. Contudo, “os dirigentes de empresas estatais não devem obediência formal às ordens administrativas externas”. Essas ordens apenas são vinculantes quando editados no exercício de competência regulatória formalmente reconhecida ou quando confirmado em deliberação da assembleia geral de acionistas.¹⁹⁸

Ao escrever sobre as diferentes formas em que o controle governamental pode se manifestar na empresa estatal, Mario Engler Pinto Junior aponta que este pode ser exercido por meio de (i) interferência direta do ministério no processo decisório interno da companhia, que se dá quando os agentes governamentais integram os órgãos de administração e participam das deliberações da sociedade; ou, (ii) mediante expedição de determinações normativas de caráter vinculante que imponham aos administradores comportamentos obrigatórios, restringindo, assim, o espaço de conduta discricionária pelos agentes.¹⁹⁹

Para Sérgio Abranches, existem, ainda, diversos mecanismos informais de persuasão para compatibilizar os interesses governamentais com os interesses das empresas estatais.²⁰⁰

2.2.2.2. A autonomia da empresa estatal

¹⁹⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. A estrutura da administração pública indireta e o relacionamento do estado com a empresa controlada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE.**, nº 28, 2009, p. 57.

¹⁹⁹ “O controle governamental pode ser exercido pela interferência direta da autoridade ministerial no processo decisório interno da companhia controlada, ou mediante a expedição de prescrições normativas que imponham comportamentos comissivos ou restrinjam a discricionariedade dos administradores pela prática de certos atos de gestão, sujeitando-os à autorização prévia de alguma instância eterna. No primeiro caso, os agentes governamentais integram os órgãos de administração e participam ativamente das deliberações sociais para assegurar o alinhamento com os objetivos de política pública pretendidos pelo Estado enquanto acionista controlador. No segundo caso, a efetividade do comando estatal pressupõe a existência de canais institucionais para transmitir orientações juridicamente vinculantes aos administradores, emanadas da autoridade pública responsável, que não sejam consideradas meras recomendações de conduta”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários*. 2a Edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 98.)

²⁰⁰ “Em todos os países onde a presença do estado é relevante, estabelecem-se uma série de mecanismos informais de ‘persuasão’, através dos quais procura-se compatibilizar os interesses das empresas estatais com os objetivos macroeconômicos. Esta rota parece ser mais eficaz, na medida em que usa-se, efetivamente, a negociação política para compatibilizar interesses conflitantes”. (ABRANCHES, Sérgio H. A empresa pública como agente de políticas do Estado: fundamentos teóricos do seu papel, inclusive em face de nossas relações com o exterior. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Empresa pública no Brasil: uma abordagem multidisciplinar**. Brasília: IPEA, 1980. p. 5-32. p.11)

A despeito dos mecanismos de controle vistos acima, a literatura econômica sobre empresas aponta que, na prática, o proprietário da empresa tem dificuldade em controlar a conduta dos seus administradores. Em seu trabalho “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”²⁰¹, Michael Jensen e William Meckling trabalham em cima do problema dos custos de agência existentes nas relações contratuais que caracterizam a firma. Para os autores, as firmas, como a maioria das organizações, são meras ficções jurídicas, que servem como um nexo para um conjunto de relações contratuais entre partes. A firma é caracterizada por diversas relações contratuais da qual a firma é o ponto central. Esses contratos regem a relação da firma com seus sócios, diretores, fornecedores, consumidores e credores. Sob esta ótica, a firma é descrita como um “feixe de contratos” (*nexus of contracts*).

A partir desta concepção da firma, os autores aplicam a teoria de agência para explicar a relação de agência existentes nos contratos que compõem a firma. Os autores definem a relação de agência como “um contrato em que uma ou mais partes (o principal) contrata uma terceira pessoa (agente) para executar algum serviço em seu nome que envolve uma delegação de poder de decisão ao agente”.²⁰² A relação de agência se dá quando existe um principal, titular de algum interesse, que delega a terceiro algumas atividades para a consecução deste interesse. Esse terceiro – o agente – deveria atuar no interesse do principal. De acordo com a teoria de agência, contudo, o agente vai buscar maximizar o seu próprio bem-estar, em detrimento dos interesses do principal em nome de quem ele deveria atuar. Tendo em vista que o principal não tem informação completa sobre a atuação do agente, não terá como controlar perfeitamente a sua atuação. Ele poderá, contudo, implementar mecanismos de monitoramento e incentivo para induzir o agente a atuar em seu interesse.

De acordo com os autores, partindo do pressuposto que ambas as partes da relação visam maximizar seu próprio bem-estar, existe motivo para acreditar que o agente não vai sempre atuar de forma a melhor promover o interesse do principal.

A teoria de agência não se refere exclusivamente às empresas privadas, mas a toda espécie de relação em que há um agente e um principal, aplicando-se tanto às empresas privadas quanto públicas. Nesse sentido, Christine Whitehead escreve que “tanto no setor público quanto

²⁰¹ MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In: Jensen, Michael C. (Org.) **A theory of the firm**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

²⁰² Livrentemente traduzido do original: “We define an agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent”. (MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. Em: Jensen, Michael C. (Org.) **A theory of the firm**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.)

no setor privado podemos observar relações de agência”²⁰³. De fato, os problemas de agência tendem a ser maiores nas empresas estatais do que nas empresas privadas, pois os diversos mecanismos para redução dos custos de agência tendem a ser menos efetivos nas empresas estatais.²⁰⁴

Há diversos motivos pelos quais o problema de agência tende a se exacerbar em relação às empresas estatais.²⁰⁵ Primeiro, alguns dos objetivos almejados pela empresa estatal – como a promoção de políticas públicas – são de mais difícil verificação prática que os objetivos pelas empresas privadas, no caso, o lucro. A impraticabilidade de se verificar a efetividade da realização dos objetivos das empresas estatais torna o monitoramento, pelo principal, da conduta do agente mais árduo e menos eficaz.²⁰⁶

Além disso, quando comparado aos diretores das empresas privadas, os diretores das empresas estatais têm maior proteção contra as forças disciplinadoras do mercado de capitais, uma vez que as empresas estatais não podem sofrer troca de controle a qual se sujeitam as empresas privadas – seja ela mediante a tomada hostil de controle ou mediante a venda consentida. Assim, mesmo que os interesses e objetivos dos administradores de empresas privadas maximizadoras de lucro sejam semelhantes àqueles dos administradores das empresas públicas, a força exercida pelo mercado de capitais limitará a liberdade dos administradores das empresas privadas de buscar interesses privados que não maximizem o valor para os acionistas. Contudo, esse mecanismo não funciona em igual medida em relação aos administradores de

²⁰³ Livremente traduzido do original: “In both public and private sectors what we observe are agency relationships”. (WHITEHEAD, Christine. Introduction, Theory and practice. Em: C. Whitehead (Ed.), *Reshaping the nationalized industries*. New Brunswick, NJ: Transaction Books. 1988.)

²⁰⁴ “The various internal and external mechanisms that limit agency cost problems in private firms are far less effective for SOEs, as the various traditional governance mechanisms may not fit an SOE that may be unmotivated by profit”. (SOKOL, Daniel D. Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises. **Brigham Young University Law Review**, 1713-1812, 2009. p. 1729.)

²⁰⁵ Em estudo sobre a importância da titularidade versus a competição na eficiência da empresa pública, Aidan Vining e Anthony Boardman tratam do problema de agência e mostram que o problema de agência é maior em empresas estatais do que em empresas privadas (VINING, Aiden, R. BOARDMAN, Anthony E. Ownership versus competition: Efficiency in public enterprise. **Public Choice**, vol. 73, n. 2, p. 205-239, 1992.) Similarmente, Armando Castelar Pinheiro reconhece que “no setor privado (...) o monitoramento da direção da empresa é melhor e os problemas de agência menos graves e mais infrequentes”. (PINHEIRO, Armando C. Impactos microeconômicos da privatização no Brasil. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, vol. 26, n. 3, p. 357-398, 1996.)

²⁰⁶ Praxy Fernandes escreve sobre a maior dificuldade de fiscalização do cumprimento dos objetivos das empresas estatais: “O problema de avaliação e monitoramento da consecução desses objetivos sociais é, claramente, mais complicado que o sistema tradicional de controle envolvido no julgamento dos lucros”. (FERNANDES, Praxy. A prestação de contas pelas empresas públicas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 14, p. 90. abr/jun. 1979).

empresas públicas, os quais terão maior segurança para agir em seus interesses particulares e menor medo de represália pelo mercado.²⁰⁷

Ademais, enquanto nas empresas privadas o “principal” é o dono do ativo, nas empresas estatais o principal é de mais difícil identificação.²⁰⁸ Apesar do ente federativo ao qual a estatal pertence deter a maioria das ações da empresa – ou sua totalidade, no caso das empresas públicas – a propriedade da empresa é dos cidadãos.²⁰⁹ Nesse caso, os donos das empresas não podem exercer os direitos de propriedade sobre ela.²¹⁰ Contudo, há estudos que demonstram que a titularidade difusa e a maior heterogeneidade geram maiores custos relacionados à solução dos conflitos internos. Esse aumento dos custos pode intensificar o problema do agente.²¹¹

Na prática, os cidadãos são representados pelos políticos. Portanto, nas empresas estatais têm-se, ainda um problema de agência entre os cidadãos e o governo²¹². Há quem entenda que os problemas de agência causados pelos administradores das empresas estatais seriam apenas secundários e, de maior relevância, seriam os problemas de agência decorrentes da relação com os políticos.²¹³ O problema de agência com os políticos, nota-se, é exclusivo das empresas estatais, não afetando as empresas privadas. Portanto, ainda que se reconheça que o problema de agência afeta também as empresas privadas, deve se reconhecer que este problema toma maiores proporções nas empresas estatais, que sofrem de problemas de agência em dois níveis: no nível dos políticos, e no nível dos administradores.

²⁰⁷ SAPPINGTON, David. E. M. SIDAK, Gregory. Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises. **Review of Industrial Organization**, vol. 22, n. 3, p. 183-206, mai. 2003. p. 186.

²⁰⁸ Gaspar Ariño Ortiz escreve que nas empresas estatais “não há proprietários, todos são ‘agentes’, e o que legitima a atuação são uns títulos políticos de ocupação das empresas derivados do processo eleitoral”. (ORITZ, Gaspar A. **Principios de derecho público económico**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 462.)

²⁰⁹ Carolina Barros Fidalgo escreve que “nas empresas estatais, os proprietários são os cidadãos, os quais, contudo, não dispõem de capacidade de decisão”. (FIDALGO, Carolina B. **O Estado Empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do estado**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 223)

²¹⁰ “Owners do not have direct ownership rights in the SOE”. (SOKOL, Daniel D. Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises. **Brigham Young University Law Review**, 1713-1812, 2009. p. 1729)

²¹¹ “[W]idely shared ownership gives rise to problems that call for special attention. In particular, one of the central themes of this essay is that large costs can be engendered by conflicting interests when the ownership class is heterogeneous, and that these costs are a primary determinant of the relative efficiency of alternative assignments of ownership”. (HANSMANN, Henry. Ownership of the Firm. **Journal of Law, Economics, & Organization**, vol. 4, n. 2, p. 267–304, 1988.)

²¹² “The fundamental principal-agent in the SOE context is the one that ‘exists between taxpayers and the government rather than between the owner, which is actually the government, and the SOEs’”. (SOKOL, Daniel D. Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises. **Brigham Young University Law Review**, 1713-1812, 2009. p. 1729)

²¹³ BOYCKO, Maxim, et al. A Theory of Privatisation. **The Economic Journal**, vol. 106, n. 435, 1996, p. 318.

A configuração da empresa estatal, portanto, agrava os problemas de agência já existentes nas empresas privadas, de modo que a conduta da empresa estatal nem sempre estará voltada à promoção do interesse público que justificou a sua criação. Portanto, a sua conduta concorrencial nem sempre será pautada no objetivo de promoção de interesse público, podendo ser influenciada pelos interesses pessoais dos seus diretores e dos políticos no poder.

Tendo em vista que os administradores dessas sociedades têm incentivos para agir em interesse próprio, deve-se buscar reduzir o poder da empresa estatal de forma a evitar abusos, em caso de desvio de finalidade da função da estatal. Uma isenção do controle concorrencial incentivaria esses abusos, ou agravaria os prejuízos deles decorrentes. A aplicação do direito antitruste seria uma forma de combater uma captura das empresas estatais.²¹⁴

2.3. Conclusão parcial

Conforme visto acima, apesar de integrarem a administração pública indireta, as empresas estatais não são um braço direto do estado nem estão completamente sujeitas ao seu controle. Ao contrário, a estatal pode sofrer influência de diversos outros agentes com interesses incompatíveis com o interesse público e que podem tentar se utilizar das prerrogativas da empresa estatal para obter vantagens próprias.

Considerando os riscos da utilização da empresa estatal para a promoção de interesse privados, eventual isenção concorrencial poderá ser extremamente prejudicial pois poderia agravar os prejuízos causados em decorrência desta captura. Este risco é extremamente relevante em se tratando de empresas estatais considerando – conforme se verá mais a frente – que estas estatais têm ainda maiores incentivos que as empresas privadas para adotar condutas anticompetitivas prejudiciais ao interesse público²¹⁵.

Portanto, na ausência de uma isenção específica 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 pode vir da

²¹⁴ O argumento a favor da aplicação do direito antitruste como uma forma de combater a captura não é novidade. Nos Estados Unidos, ele vem sendo usado para justificar a incidência do controle antitruste federal sobre os atos de autoridades governamentais locais. Já em 1999 Hovenkamp dizia que “an ‘anti-capture’ theory of antitrust federalism would attempt to separate those instances of bona fide state regulation and local regulation in the public interest. – that is, regulation that deals effectively with clear market failures – from regulation which does no more than feather the nests of the regulated firms”. (HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice**. 2ª Ed. Minnesota: West Group, 1999. p. 726.) Veja nesse sentido também: WILEY JR., John Shepard. A Capture Theory of Antitrust Federalism. **Harvard Law Review**, vol. 99, n. 4, p. 713-789, 1986.

²¹⁵ Adentraremos mais nesse assunto ao estudar o trabalho de Sidak e Sappington, no próximo capítulo.

própria lei que autorizou a constituição da empresa estatal em questão, ou de alguma outra lei ou ato regulamentar posterior. Desta forma, a conduta da empresa estatal estará protegida pela doutrina da State Action.²¹⁶

Pode-se argumentar, ainda, que em se tratando de conduta de empresa estatal, uma mera autorização legal já seria suficiente para isentar a conduta da empresa, não sendo necessário que a conduta fosse decorrente de uma imposição regulatória. Este tratamento seria diferente daquele que hoje é conferido pelo CADE às condutas que encontram respaldo na regulação. De acordo com os precedentes estudados acima, a conduta privada só seria isenta do controle antitruste se fosse uma decorrência de uma exigência regulatória que não conferisse ao agente privado margem de escolha. Pode-se sustentar, contudo, que no caso de condutas unilaterais das empresas estatais, mera autorização legal já bastaria para que incidisse a isenção concorrencial pois, nesse caso, a lei autorizativa estaria no mesmo patamar hierárquico que a Lei nº 12.529/11, podendo criar exceções para a sua incidência. Contudo, caso a autorização viesse de algum ato regulamentar infralegal, a conduta teria de ser decorrente de uma exigência expressa da regulação para que incidisse a isenção do controle concorrencial realizado pelo CADE.

Sendo assim, caso seja necessário, para a promoção do interesse público que justificou a sua criação, que determinada empresa estatal adote alguma conduta prejudicial à concorrência, será necessário que esta conduta seja imposta pela regulação aplicável ou autorizada por lei. Dessa forma, a conduta da estatal seria protegida pela doutrina da State Action, estando isenta do controle concorrencial exercido pelo CADE.

Neste cenário, qualquer conduta anticompetitiva da empresa estatal sujeita à isenção concorrencial seria uma decorrência de autorização ou obrigação do Estado. Evitar-se-ia, assim, que a conduta anticoncorrencial fosse apenas uma forma de promover vantagens e interesses pessoais ou de terceiros sob a justificativa de estar promovendo algum interesse público.

²¹⁶ Naturalmente, caso esta norma gere grande prejuízo para a concorrência, ela estará sujeita ao controle de constitucionalidade a ser exercido pelo poder judiciário. O controle judicial das restrições regulatórias à concorrência não é objeto deste trabalho. Contudo, caso queira ler sobre o assunto, recomendamos o livro *Restrições Regulatória à Concorrência* de Eduardo Ferreira Jordão, sobretudo no Capítulo 3: JORDÃO, Eduardo F. *Restrições Regulatórias à Concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 46.

3. A ADEQUAÇÃO DO CONTROLE DE CONDUTAS UNILATERAIS DAS ESTATAIS EXERCIDO PELO CADE

Vimos acima que a Lei nº 12.529/2011 prevê a sua aplicação às pessoas jurídicas de direito público. Apesar da doutrina e jurisprudência reconhecerem algumas exceções a esta regra, na prática o CADE não tem afastado a aplicação da lei às empresas estatais meramente em virtude do fato de serem estas controladas pelo Estado e entidades integrantes da administração pública indireta. Tendo em vista que as empresas estatais não são apenas um braço direto do estado – podendo ser usadas para a promoção de interesses outros que o interesse público – concluímos que as empresas estatais devem ser submetidas ao controle concorrencial de condutas, salvo nos casos em que a sua conduta esteja abarcada por alguma norma regulatória, hipótese em que haverá isenção.

Tendo em vista que o controle concorrencial é aplicável às empresas estatais, cumpre, então, analisar se a metodologia adotada pelo CADE para a análise das condutas unilaterais é adequada para identificar e coibir as práticas anticompetitivas unilaterais das empresas estatais. Mais especificamente, busca-se verificar se as premissas a partir das quais é realizada a análise concorrencial se aplicam às empresas estatais na mesma medida em que se aplicam às empresas não estatais.

Conforme vimos acima a partir da análise dos precedentes estudados, o CADE não parece diferenciar o controle de condutas das empresas estatais e das empresas privadas. Assim, entende-se que a metodologia adotada pelo CADE para identificar e controlar as condutas anticompetitivas das empresas privadas é a mesma aplicada quando diante de uma conduta implementada por uma empresa estatal. Não há, a toda evidência, um tratamento diferenciado conferido às empresas estatais.

Contudo, há motivos para acreditar que existem incentivos que recaem sob as empresas estatais que não recaem, em igual medida, às empresas privadas. Esses incentivos podem influenciar fortemente a conduta concorrencial dessas empresas e, quando não levados em consideração pela autoridade antitruste, podem prejudicar a análise concorrencial da conduta das estatais.

Como se verá a seguir, as empresas privadas são maximizadoras de lucro e têm o lucro como seu principal objetivo. No entanto, no que se refere às empresas estatais, apesar de a lucratividade ser um objetivo legítimo a ser perseguido, estas empresas têm objetivos outros além da obtenção de lucro. A possibilidade de a empresa estatal preterir o lucro em relação a outros objetivos influencia os incentivos que irão nortear o seu comportamento no mercado.

Em trabalho sobre a aplicação do direito concorrencial às empresas privadas chamado “Competition Law for State-Owned Enterprises” publicado no *Antitrust Law Journal*, Sappington e Sidak²¹⁷ apontam que, em decorrência do menor interesse das empresas estatais na obtenção de lucro em relação a outros interesses, elas teriam maior incentivo que as empresas privadas maximizadoras de lucro para praticar atividades que prejudicam os seus concorrentes.

Os autores partem da premissa de que, além do lucro, os sócios e administradores das empresas estatais têm incentivos para buscar expandir a escala de suas atividades. Assim, o objetivo da empresa estatal seria uma combinação de lucro e, em alguma medida, escala. Usando o faturamento como uma métrica de escala, os autores partem da premissa que as empresas estatais visam a uma média ponderada entre lucro e faturamento. Nesse cenário, a empresa estatal pode valorizar um aumento no faturamento mesma que ele seja acompanhado por um aumento equivalente nos custos, ou seja, mesmo se o aumento no faturamento não representar qualquer lucro.

Com esse foco no aumento da receita, as estatais tendem a desconsiderar os aumentos no custo que acompanham a expansão de suas atividades (*output*). Portanto, apesar de valorizar o lucro menos do que empresas privadas, as estatais teriam maior incentivo para implementar condutas anticompetitivas que aumentam sua receita e o escopo de suas atividades. Como consequência dessas preferências, as empresas estatais teriam maior incentivo para: (i) praticar preços abaixo do custo, (ii) aumentar o custo dos concorrentes, e (iii) aumentar barreiras à entrada.

Diante desse contexto, este capítulo tem como objetivo identificar se a metodologia adotada pelo CADE para identificar e controlar condutas unilaterais anticompetitivas pelas empresas estatais levam em consideração as peculiaridades dessas empresas – sobretudo no que tange aos diferentes incentivos que recaem sobre sua conduta.

Para tanto, em um primeiro momento, serão brevemente estudados os diferentes incentivos que recaem sobre as empresas estatais e que afetam a sua conduta concorrencial (Item 3.1). Buscar-se-á demonstrar, sobretudo, como esses incentivos podem diferir daqueles que recaem sobre as empresas privadas, seja em natureza ou grau. Na sequência, será apresentada a metodologia utilizada pelo CADE na análise das condutas anticoncorrenciais unilaterais.

Primeiro, será apresentada a metodologia aplicada para as práticas predatórias, especificamente (Item 3.2). Em seguida, será apresentada a metodologia geral utilizada pelo

²¹⁷ SAPPINGTON, David. SIDAK, J. Gregory. Competition Law for State-Owned Enterprises. *Antitrust Law Journal*, p. 479-523, 2003/2004.

CADE para as demais condutas abusivas (Item 3.3). Em ambos os casos, buscar-se-á identificar se as premissas da qual o CADE parte ao aplicar essas metodologias na análise concorrencial se aplicam em igual medida quando se está diante da conduta de uma empresa estatal considerando, sobretudo, os diferentes incentivos que recaem sobre as empresas estatais analisados no início do capítulo.

3.1. Os incentivos que recaem sobre os acionistas e administradores das empresas estatais e que pautam a sua conduta concorrencial

Apesar da forma societária, as empresas estatais não funcionam da mesma forma que as empresas privadas. Afinal, se a empresa estatal fizesse apenas o que as empresas privadas fazem, não haveria motivo para que elas fossem criadas.²¹⁸ Ao mesmo tempo que adotam uma forma de organização típica da iniciativa privada, as empresas estatais são criadas para promover o interesse público. Assim, a sua conduta será marcada por esses dois objetivos que, em alguns casos, podem ser contrapostos.

Os objetivos da empresa estatal são caracterizados por um conflito interno intrínseco. Por um lado, é uma empresa que atua no mercado, que visa maximizar o lucro. Por outro lado, é um ente da administração pública que visa promover o interesse público. Ademais, é uma pessoa jurídica dirigida por pessoas físicas, o que faz com que possa ser influenciada pelos interesses de seus administradores.

Contudo, o Estado, controlador das empresas estatais, não é uma pessoa física, nem mesmo uma única organização. Os políticos eleitos que representam o interesse dos cidadãos muitas vezes adotam conceitos distintos de o que seria o “interesse público” e quais as medidas adequadas para atingi-lo. Assim, é de se esperar que a empresa estatal, controlada por eles, tenha que atuar com instruções conflitantes sem um conjunto claro de objetivos.

Cotton Lindsey afirma que “a pesquisa sobre empresas estatais tem que considerar os problemas da multiplicidade de objetivos bem como de diversos diretores que tentam impor os seus interesses”.²¹⁹

²¹⁸ “Why would it be considered necessary to create a public enterprise in the first place if its mandate were to copy exactly what a private firm does?”. (SAPPINGTON, David. SIDAK, J. Gregory. Are Public Enterprises the Only Credible Predators? *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 271-292, 2000. p. 285)

²¹⁹ AHARONI, Yair. Performance Evaluation of State-Owned Enterprises: A Process Perspective. *Management Science*, vol. 27, n. 11, p. 1340–1347, 1981. p. 1342.

O art. 238 da Lei 6.404/76 ilustra bem o conflito entre esses diferentes objetivos ao afirmar que as atividades da companhia podem ser orientadas de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação, mas que a pessoa jurídica que controla a companhia deve respeitar os deveres e responsabilidades do acionista controlador.²²⁰ O §1º do artigo 4º da Lei nº 13.303/2016 estipula que “a pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador (...), e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação”.

É de se esperar que a propriedade estatal das empresas afete a sua atuação no mercado, de forma que os incentivos que recaem sobre essas sociedades podem diferir daqueles que recaem sobre as empresas privadas. Enquanto a empresa privada é vista como maximizadora de lucros, no caso das empresas públicas existem outros incentivos em jogo. Suas atividades não são voltadas exclusivamente à maximização de lucro, uma vez que são instrumentos de promoção de políticas públicas. Além disso, pode ser no interesse dos acionistas ou administradores das empresas estatais a promoção de políticas públicas, o aumento no escopo do seu serviço ou no número de empregados, o aumento de seu faturamento ou receita, o aumento no escopo do serviço prestado, entre outros. A seguir, analisaremos brevemente alguns dos incentivos que recaem sobre as empresas privadas e como estes podem influenciar a sua conduta concorrencial.

3.1.1. A obtenção de lucro

A busca das empresas estatais pelo lucro já foi objeto de amplo debate da doutrina nacional. Há quem afirme que a persecução de lucro não é um objetivo legítimo das estatais.²²¹

²²⁰ “Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”

²²¹ É o que aponta Jacinto Arruda Câmara: “Há quem sustente que o lucro não deve ser buscado como um legítimo objetivo da empresa estatal (aliado aos demais, de preservação de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo). O lucro (...) só poderia ser contingencial, como produto aleatório de uma atuação focada exclusivamente na persecução dos chamados interesses públicos”. (CÂMARA, Jacinto Arruda. O lucro nas empresas estatais. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p.12. abr/jun. 2012.) Exemplo desse posicionamento foi manifestado por Ricardo Marcondes Martins: “Registra-se: não é admissível ao Poder Público perseguir o lucro, vantagem econômica como fim principal de sua atividade. O direito admite a exploração da atividade econômica apenas e tão somente para realizar o interesse público ou, mais precisamente, proteger a segurança nacional ou satisfazer relevante interesse coletivo”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 279). Fabio Konder Comparato também já afirmou que “A função da empresa estatal não é a geração de receita sob a forma de lucro empresarial, mas a preservação da segurança nacional, ou a organização de setor que não

Os que se alinham a essa posição entendem que o lucro não é compatível com a atividade estatal, que deve se financiar exclusivamente por meio de tributos. Argumentam, ainda, que as estatais devem agir somente na perseguição do interesse público que justificou a sua criação, o que não deveria englobar a obtenção de lucro. Para eles, eventual lucro auferido em decorrência da atividade prestada deveria ser apenas contingencial e tolerado como consequência aleatória de uma atividade cujo foco é, única e exclusivamente, o atendimento do interesse público.

O posicionamento acima parece partir da premissa de que a promoção do interesse público seria contraditória, em todo e qualquer caso, com a obtenção de lucro pela empresa estatal. Contudo, esse entendimento não contempla os casos em que a aferição de lucro é perfeitamente compatível com o interesse público visado pela empresa estatal. Há casos em que o lucro é uma das formas de promover o interesse público. De fato, o lucro da empresa pode servir como forma de autofinanciamento de uma empresa que vise a ampliar a atividade que desenvolve para melhor promover os objetivos constitucionalmente consagrados das estatais.²²²

Esse entendimento pode ser extraído, também, da leitura do texto constitucional. Nesse sentido, deve-se lembrar que o próprio artigo 173 da Constituição, em seu §4º, menciona o lucro de forma expressa, ao estabelecer que a lei reprimirá o “aumento arbitrário do lucro”. Se a Constituição proíbe o aumento *arbitrário* do lucro, parte-se do pressuposto de que algum lucro é permitido, desde que não arbitrariamente alto.

Ademais, em se tratando de sociedades de economia mista, o argumento a favor da possibilidade de obtenção de lucro ganha ainda mais força. Em primeiro lugar, a finalidade lucrativa da sociedade de economia mista tem respaldo legal: a Lei nº 13.303 de 2016 determina que a sociedade de economia mista deverá ser constituída sob a forma de sociedade por ações, necessariamente. Nos termos do artigo 2º da Lei das Sociedades por Ações, a sociedade por ações, por definição, deve ter fins lucrativos. Em segundo lugar, considerando que as sociedades de economia mista dependem de investimentos privados, a lucratividade é essencial para conciliar os interesses dos acionistas privados e garantir o financiamento buscado pelo estado ao optar pela forma de sociedade de economia mista.²²³

possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa”. (COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 302.)

²²² Sobre a forma em que o lucro é compatível com a finalidade das empresas estatais, Jacinto Arruda Câmara escreve: “Assumindo sua condição de empresa lucrativa e, efetivamente, almejando o lucro nas suas operações, a empresa estatal passa a contar com importante instrumento para ampliar e aprimorar suas ações. Lucrando, ela poderá investir em expansão ou, quando necessário, captar recursos junto a agentes financeiros e investidores para atingir sua atividade fim”. (CÂMARA, Jacinto Arruda. O lucro nas empresas estatais. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n.37, p.9-18. abr/jun. 2012. p. 16)

²²³ Sobre a compatibilidade entre o lucro nas sociedades de economia mista e a promoção do interesse público veja: LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. O lucro nas sociedades de economia mista. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. Belo Horizonte, Fórum: 2015. pp. 99-130.

Mario Engler Pinto Junior entende que a presença de acionistas privados no capital da empresa estatal, como ocorre nas sociedades de economia mista, não altera a natureza e a intensidade do interesse público que se busca promover. Afirma que “a qualidade do interesse público e as estratégias para sua consecução são substancialmente iguais em empresa pública unipessoal e na sociedade de economia mista com participação de investidores de mercado”. Para o autor, a única diferença reside no fato de que, na estatal, existiria um limite ao sacrifício da lucratividade da empresa em prol do interesse público.²²⁴

Nota-se, então, que apesar de integrarem a administração pública indireta, é esperado que as empresas estatais visem a obtenção de lucro no exercício de suas atividades.

3.1.2. A promoção de políticas públicas

Além da busca do lucro, a estatal também pode ser instrumento de promoção de políticas públicas. O conceito de política pública não é isento de controvérsia. No entanto, para fins deste trabalho, considerar-se-ão políticas públicas as estratégias adotadas pelas autoridades governamentais visando à consecução do interesse público. Conforme se demonstrará, a própria justificativa da criação das estatais implica na sua utilização para a promoção de políticas públicas.

Nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Sendo assim, a criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, instrumentos de atuação direta do Estado na economia, se justifica apenas nos casos em que estiver presente um relevante interesse coletivo ou em decorrência de imperativo de segurança nacional.²²⁵

Como se sabe, os conceitos trazidos pelo artigo 173 são maleáveis e possibilitam uma ampla gama de possibilidade interpretativas. Trata-se, na prática, de conceitos jurídicos indeterminados.²²⁶ Contudo, como forma de dar maior robustez ao conceito, o artigo 27, §1º da

²²⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 234

²²⁵ Para um standard de interpretação do artigo 173 da Constituição Federal e do conceito de “relevante interesse público” veja: CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal. Uma análise econômica do artigo 173 da Constituição. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 47-76.

²²⁶ Nas palavras de André Rodrigues Cyrino, “a linguagem do art. 173 traz um claro exemplo do recorrente uso de conceitos jurídicos indeterminados na Constituição econômica brasileira”. O autor legal afirma, ainda, que essa maleabilidade do conceito é necessária para que haja um elevado grau de manobra que permita espaço efetivo para a vontade democrática. Assim, a interpretação do conceito pode evoluir com a prática de acordo com o

Lei das Estatais 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.

Tendo em vista que esses são requisitos para a sua existência, a atuação da empresa estatal deve estar voltada à promoção do interesse público que justificou a sua criação. Uma atuação contrária ao interesse público poderia configurar desvio de finalidade por parte da empresa.

Nos termos do artigo 8º, §1º da Lei das Estatais, “o interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas”. Incontroverso, então, que as estatais são instrumento de implementação de políticas públicas, e que sua conduta deve ser voltada este fim.

A utilização das empresas estatais como instrumento de promoção de políticas públicas já é amplamente aceita pela doutrina. Mario Engler Pinto Junior aponta, sobretudo, o papel da empresa estatal como instrumento usado pelo estado na promoção do desenvolvimento econômico equilibrado.²²⁷

Conclui-se, então, que por força de exigência legal, a conduta das empresas estatais deve, necessariamente, estar voltada à promoção de políticas públicas. Apesar de haver ocasiões em que ocorre desvio de finalidade e a estatal é usada para a promoção de interesses pessoais – conforme visto no item 2.2.2.2 deste trabalho, e conforme será elaborado no tópico a seguir –, fato é que a promoção de políticas públicas é um interesse legítimo a ser perseguido pelas estatais e poderá, assim, influenciar a sua conduta concorrencial em determinado mercado.

entendimento predominante em um dado momento. (CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal. Uma análise econômica do artigo 173 da Constituição. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 49)

²²⁷ “A visão tradicional costuma correlacionar o papel da empresa estatal com o planejamento econômico em nível nacional. Em outras palavras, o conjunto de companhias sob o controle acionário do Estado constitui uma das principais ferramentas para implementação do plano governamental, que visa a promover o desenvolvimento econômico equilibrado”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 154.)

3.1.3. O aumento na escala e no escopo do seu serviço e no número de empregados

A literatura econômica sobre empresas estatais aponta que, na prática, há motivos para acreditar que estas empresas têm interesses que vão além da promoção do lucro e do interesse público que teria motivado sua criação. Há evidências de que a conduta das empresas estatais é influenciada pelos interesses pessoais dos seus diretores e dos políticos no poder. Esses interesses refletem a tendência verificada nas empresas estatais de que estas sociedades visam, em detrimento de potencial lucro, expandir a sua escala e o escopo de suas operações bem como o número de pessoas que emprega.

Há diversos estudos que sugerem que burocratas, como diretores de empresas estatais, visam expandir a escala e o escopo de suas operações de forma a aumentar o poder e prestígio decorrentes de operações de grande escala.²²⁸ Do ponto de vista político, pode haver forte pressão para a criação de empregos por meio de empresas estatais, sobretudo em épocas de crise. Além de empregos poderem traduzir em votos aos políticos que os criaram, sindicatos laborais poderem exercer influência sobre partidos políticos que influenciam a tomada de decisão das empresas estatais.²²⁹ De fato, há estudos que apontam a tendência de um maior emprego por unidade de produção nos serviços municipais prestados por ente público do que naqueles prestados pela iniciativa privada.²³⁰

Em seu trabalho “Effects of public ownership over firm’s size and overstaffing problems”, Gustavo Nombela analisou o impacto causado pela titularidade da empresa – se privada ou pública – sobre o problema de excesso de empregados comum às empresas públicas. Em seu trabalho, o autor concluiu que “o problema do excesso de emprego nas empresas públicas pode ser explicado por razões intrínsecas ligadas à titularidade”. Nesse sentido, o autor verificou que mesmo quando descontados diversos outros fatores, a titularidade pública de determinada empresa geralmente resulta em empresas maiores do que seria ótimo no estado da

²²⁸ Em seu trabalho “A Theory of Government Enterprise”, Cotton Lindsey observou que o problema do *free rider* sugere que “os níveis de produção serão mais elevados quando os processos políticos organizam o fornecimento de bens públicos do que quando as empresas privadas produzem e vendem”. (LINDSAY, Cotton. A Theory of Government Enterprise. **Journal of Political Economy**, vol. 84, n. 5, p. 1061-1078, out. 1976. p. 1062)

²²⁹ Em artigo sobre as vantagens da privatização, “A Theory of Privatisation”, Maxim Boycko et al. argumentam que os políticos fazem com que as empresas governamentais empreguem mão-de-obra em excesso pois uma das preocupações principais do político é com o desemprego. Além de fazer referência a evidências empíricas, os autores relatam, como evidência anedota, a ocasião em que o governo britânico por um longo tempo se recusou a fechar minas de carvão extremamente ineficientes para preservar empregos no setor da mineração. BOYCKO, Maxim, et al. “A Theory of Privatisation.” **The Economic Journal**, vol. 106, n. 435, 1996. p. 309)

²³⁰ DONAHUE, John D. **The Privatization Process**. New York: Basic Books, 1989.

natureza quando comparado com empresas privadas que poderiam ter sido contratadas para realizar a mesma atividade.²³¹

Em sua “Theory of Privatization”, de Maxim Boycko *et al.*, os autores apontam que os políticos que podem influenciar a decisão sobre os gastos com emprego das empresas públicas não internalizam os custos referente aos lucros que a empresa abre mão ao contratar um empregado pois os benefícios políticos para cada dólar gasto com empregados excedem os custos políticos para cada dólar de lucros perdido pelo Tesouro com tais gastos.²³² Sendo assim, haveria um incentivo à contratação de mão de obra adicional e na expansão da escala e escopo da empresa. Essa afirmação foi confirmada em estudo posterior realizado por Kathryn Dewenter e Paul H. Malatesta, que verificaram, também, que “há fortes evidências de que a intensidade da mão-de-obra diminui após a privatização das empresas”.²³³

Diante desse cenário, em que os interesses das empresas estatais são influenciados pelos políticos no poder, pode-se esperar que a conduta da empresa será voltada mais ao crescimento no escopo de sua atuação do que à obtenção de lucro. Essa pressão para aumentar o escopo da atividade e o número de empregados podem prejudicar os esforços da estatal à maximização de lucro, pois introduz um sistema em que o sucesso do diretor da estatal é medido não com base no lucro auferido, mas sim com base no escopo e na escala da produção pelo qual ele é responsável.

Conforme visto acima, parte dessa tendência seria decorrência de um desalinhamento no interesse da empresa e dos políticos ou diretores que nela atuam. Trata-se, na prática, do típico problema da agência, já visto acima.

A teoria de agência não se refere exclusivamente às empresas públicas, mas a toda espécie de relação em que há um agente e um principal, aplicando-se tanto às empresas privadas quanto públicas²³⁴. A despeito de reconhecer que os problemas de agência podem ocorrer tanto

²³¹ NOMBELA, Gustavo. Effects of Public Ownership over Firms' Size and Overstaffing Problems. *Public Choice*. Vol. 108, nº 1/2, 2001, pp. 1–31

²³² BOYCKO, Maxim, et al. A Theory of Privatisation. *The Economic Journal*. Vol. 106, nº 435, 1996, p. 318

²³³ “Though we focus primarily on profitability comparisons in this study, we address several other issues here as well. We test an implication of the Boycko et al. (1996) model that government firms will tend to use more labor than their private counterparts. Cross-sectional comparisons support the model. Furthermore, we find strong evidence that labor intensity decreases after firms privatize.” (DEWENTER, Kathryn L. MALATESTA, Paul H. State-Owned and Privately Owned Firms: An Empirical Analysis of Profitability, Leverage, and Labor Intensity. *The American Economic Review*, vol. 91, n. 1, p. 320–334, 2001.)

²³⁴ Nesse sentido, Christine Whitehead escreve que “management in the private sector is in the hands of executives whose own objectives are not the same as those of the owners; owners do not always have adequate information to exercise control, and anyway ownership is diffuse, so that individual owners have little incentive to exercise control. Thus in both public and private sectors what we observe are agency relationships”. (WHITEHEAD, Christine. Introduction, Theory and practice. In: C. Whitehead (Ed.), **Reshaping the nationalized industries**. New Brunswick, NJ: Transaction Books, 1988.) Similarmente, John Vickers e George Yarrow apontam que problemas de agência aparecem tanto em empresas públicas como privadas. (VICKERS, John. YARROW,

com empresas privadas quanto nas estatais, conforme visto no tópico 2.2.2.2, há diversos motivos pelos quais este problema tende a se exacerbar quando se trata de empresas estatais.²³⁵

Portanto, a configuração da empresa estatal pode agravar os problemas de agência já existentes nas empresas privadas, de modo que a intenção de obtenção de maior escopo e escala nos serviços seja intensificado nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

3.2. As práticas predatórias

A prática de cobrar preços abaixo de custo pode configurar prática concorrencial conhecida como preços predatórios. Embora haja uma vasta e crescente literatura sobre preços predatórios, não há uma definição de preços predatórios que seja unânime entre os estudiosos do tema.²³⁶ Para adotar a definição de Joskow e Klevorick pode-se falar que o termo "preços predatórios" é geralmente usado para descrever a adoção de uma política de preços que de alguma forma restringe a concorrência, expulsando os rivais existentes ou excluindo potenciais

George. Economic Perspectives on Privatization. **The Journal of Economic Perspectives**, vol. 5, n. 2, p. 111–132, 1991.

²³⁵ Em estudo sobre a importância da titularidade versus a competição na eficiência da empresa pública, Aidan Vining e Anthony Boardman tratam do problema de agência e mostram que o problema de agente é maior em empresas estatais do que em empresas privadas (VINING, Aiden, R. BOARDMAN, Anthony E. Ownership versus competition: Efficiency in public enterprise. *Public Choice*. Vol. 73, nº 2 (1992), pp. 205-239.) Similarmente, Armando Castelar Pinheiro reconhece que “no setor privado (...) o monitoramento da direção da empresa é melhor e os problemas de agência menos graves e mais infrequentes”. (PINHEIRO, Armando C. Impactos microeconômicos da privatização no Brasil. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, vol. 26, n. 3, p. 357-398, 1996.)

²³⁶ “Although there is a substantial and growing literature and case law on predatory pricing, no definition of predatory pricing seems to have commanded the assent of all concerned”. (JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy. *Yale Law Journal*, vol. 89, 1979. p. 219.) Sobre o conceito de preços predatórios, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo escreve: “A rigor, essa seria a prática de um preço inferior ao custo marginal da empresa²³ com a finalidade de retirar seus concorrentes do mercado. Ou seja, a prática de preços predatórios estaria relacionada ao prejuízo incorrido pela empresa na produção de uma unidade adicional do bem em questão para inviabilizar a atuação de seus rivais no mercado, de forma forçar o fechamento dos mesmos. Por essa definição, conclui-se que, a priori, mesmo preços inferiores ao custo marginal não poderiam ser considerados predatórios, desde que não tenham a potencialidade de prejudicar a concorrência”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Viaje por R\$ 50,00”: Promoção ou Preço Predatório? **A Revolução Antitruste no Brasil 2: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos**. Ed. Singular, 2008. p. 8) Para Calixto Saloão Filho “o termo ‘predação’ é denominação generalizada para vários tipos de condutas de prática muito simples. Segundo a definição corrente, trata-se de ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 461). Para Massimo Motta e Lucia Helena Salgado, preço predatório “ocorre quando uma empresa estabelece preços em um nível que implica o sacrifício de lucros no curto prazo para eliminar a concorrência, visando obtenção de lucros maiores no longo prazo. (MOTTA, Massimo. SALGADO, Lúcia Helena. *Política da Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p.192)

rivais do mercado.²³⁷ As discordâncias quanto ao uso do termo surgem quando é dado conteúdo específico a esse conceito geral.

Na teoria, a conduta predatória bem-sucedida consistiria em duas etapas distintas. Na primeira, a empresa predadora implementaria uma política de preços visando expulsar atuais concorrentes do mercado ou frear a entrada no mercado de potenciais rivais. Se a estratégia for bem-sucedida, ao final da primeira etapa, uma vez excluídos os demais concorrentes e bloqueada o ingresso de potenciais entrantes, a empresa predadora aumentaria sua participação no mercado e, no limite, se tornaria monopolista. Na segunda etapa, a empresa predadora, poderia aumentar os preços de forma a recuperar os lucros perdidos e, no longo do prazo, aumentar o seu lucro total.

O conceito de preços predatórios tem origem na literatura econômica surgida após a entrada em vigor do *Sherman Act* de 1890²³⁸, que proíbe a monopolização e a tentativa de monopolizar uma indústria. A primeira condenação pela prática de preços predatórios ocorreu em 1911, no caso *Standard Oil v. United States*, em que a empresa foi condenada pela prática de condutas como discriminação de preço por área e corte local de preços.²³⁹

Contudo, tal decisão foi fortemente criticada por John McGee em influente texto em que buscou demonstrar a irracionalidade econômica da conduta predatória alegada no caso.²⁴⁰ Em seu texto, ele questionou a ideia de que uma empresa poderia tirar seus concorrentes do mercado por meio da prática de preços baixos, por diversos motivos. Primeiro, se a empresa tivesse uma elevada participação de mercado, em decorrência de seu tamanho, ela teria de sofrer enormes perdas mesmo se praticasse preços predatórios por um curto período de tempo. Segundo, para a prática predatória ser bem-sucedida, a empresa teria que elevar os preços após a saída de seus concorrentes, o que seria difícil tendo em vista que os ativos das empresas que saíram poderiam facilmente ser usados para ela, ou outra empresa, voltar a atuar naquele mercado, o que levaria à uma queda dos preços. Ademais, McGee questiona a premissa da teoria da predação de que o predador teria elevada capacidade de se financiar durante a duração da conduta predatória, enquanto a vítima da predação não.²⁴¹ Para o autor, este fato teria que ser provado no caso

²³⁷ JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy. *Yale Law Journal*, vol. 89, 1979. p. 219.)

²³⁸ “The theory of predatory pricing is as old as the Sherman Act”. (CRANE, Daniel A. The Perverse Effects of Predatory Pricing Law. Regulation, Vol. 28, nº 4, pp. 26-31, 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=875364>>.)

²³⁹ Suprema Corte. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, (1911).

²⁴⁰ MCGEE, John, Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case, **Journal of Law and Economics**, vol. 1, p. 137-168, 1958.

²⁴¹ Este é o conceito de *deep pocket*. Ele é especialmente relevante quando se está diante de empresas estatais vinculadas, que podem ser financiadas pelos cofres públicos.

concreto, e não presumido. Por fim, McGee entende que, para ser racional, a predação não teria que ser apenas viável, mas também a estratégia comercial mais lucrativa para empresa. Nesse sentido, argumenta que ao invés de incorrer em custos para tentar expulsar o concorrente do mercado, a conduta mais racional seria a aquisição da empresa concorrente, o que permitiria a manutenção dos lucros da indústria sem as perdas de curto prazo necessárias para a implementação da conduta predatória. A luz desses argumentos, o autor sustentava que a predação não seria racional.

Esse texto deu início a uma corrente da literatura econômica que nega a existência efetiva da predação sob o argumento de que ela seria despida de racionalidade econômica. Essa corrente é bem ilustrada pelo livro *The Antitrust Paradox* de Richard Bork, e o texto *Predatory Strategies and Counterstrategies*, de Frank Easterbrook.²⁴²

Em sentido contrário, haviam aqueles que estavam convencidos da existência da prática de preços predatórios e buscavam delimitar os critérios para sua identificação. Os mais influentes autores nesse sentido, Areeda e Turner, sustentavam que a prática de preços abaixo do custo variável médio seria anticoncorrencial *per se*.²⁴³ Os autores partem da clássica premissa econômica de que uma empresa em concorrência perfeita pratica preços equivalente ao custo marginal. Partindo dessa premissa, qualquer preço abaixo de custo marginal seria evidência de prática predatória pela empresa.

Joskow e Klevorick, por sua vez, reconhecem a existência do preço predatório, mas não são adeptos da visão de que a mera prática de preços abaixo do custo médio seria *per se* anticoncorrencial. Para eles, a configuração do preço predatório depende de capacidade de recuperação dos custos, o que seria analisado à luz das características do mercado²⁴⁴. Na literatura norte-americana, este critério é chamado de “recoupment requirement”.

O teste proposto pelos autores para verificar a ocorrência de prática anticoncorrencial é dividido em duas etapas. Na primeira, deve-se verificar se as condições do mercado são favoráveis à predação. Nessa etapa, deve-se analisar o *market share* da empresa investigada, o tamanho das firmas concorrentes, a elasticidade da demanda e presença de barreiras à entrada. Apenas caso for verificado um cenário favorável ao *recoupment* é que se passaria para a segunda etapa, está sim, para verificar a relação entre o preço e o custo.

²⁴² BORK, Richard. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. New York: The Free Press, 1978. pp. 144 e ss; e EASTERBROOK, Frank H. *Predatory Strategies and counterstrategies*. **The University of Chicago Law Review**, 1981.

²⁴³ AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. **Harvard Law Review**, vol. 88, 1975.

²⁴⁴ JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. **Yale Law Journal**, vol. 89, p. 213-270, 1979.

Esse parâmetro foi seguido em precedentes analisados pela Suprema Corte Americana que entendeu pela não existência de preços predatórios por falta de possibilidade de *recoupment* nos casos *Matsushita Elec. Indus. v. Zenith Radio Corp.*²⁴⁵ e *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*²⁴⁶.

A adoção de metodologia mais rígida para a análise da configuração do preço predatório respondia a uma crítica apontada pela literatura econômica da época que demonstrava o risco gerado em decorrência de uma postura muito condenatória em relação à prática de preços baixos e outras práticas potencialmente anticoncorrenciais. Temia-se que qualquer condenação indevida por preço predatório passaria ao mercado a mensagem de que prática de preços baixos é arriscada, e causaria um efeito indesejado de inibir preços baixos e competitivos.²⁴⁷ Erros de julgamentos em casos como preço predatório que levam a condenação de práticas não predatórias gerariam efeitos exatamente contrários aqueles perseguidos pela lei antitruste. De forma a evitar este tipo de erro, concluiu-se que os standards para a prática de preços predatórios deviam ser mais rígidos.

Mais recentemente, novas teorias têm surgido que questionam a premissa da qual parte a economia neoclássica de que os indivíduos são hiperracionais e têm informações completas. Para esses modelos mais recentes de preço predatório, a predação é factível e pode ser explicada em um contexto em que os agentes econômicos não têm informações completas sobre o mercado. Nesse contexto, o predador pode usar o conhecimento imperfeito do potencial entrante para fazer ele acreditar que não conseguirá obter lucros naquele mercado, de forma a frear a entrada de potenciais rivais.²⁴⁸ Se aceitas, essas teorias podem relativizar algumas das conclusões acima sobre os requisitos para a configuração da prática de preços predatórios. Contudo, em todos os casos, a habilidade de recuperar os prejuízos vem sendo considerado um

²⁴⁵ Suprema Corte. *Matsushita Elec. Indus. v. Zenith Radio Corp.*, (1986).

²⁴⁶ Suprema Corte. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, (1993).

²⁴⁷ Joskow e Klevorick fizeram uma análise dos tipos de erros que podem ser gerados pelos standards usados para a identificação da prática de preços predatórios, bem como os custos resultantes. “The potential errors resulting from such an inferential process can be classified into two categories. Adopting the terminology of statistical hypothesis testing, we will characterize the two kinds of errors as “false positives” (or Type I errors) and “false negatives” (or Type II errors). (...) A false positive or Type I error results when the standard being applied to a particular case labels as predatory behavior that is not, in fact, predatory. On the other hand, a false negative or Type II error occurs when the standard does not label as predatory behavior that is, in fact, predatory. Either error is costly; each causes a loss in economic efficiency”. Nesse sentido, aponta que os custos do erro tipo I são muito mais elevados do que os custos do erro tipo II, motivo pelo qual o standard para a configuração de preço predatório deve ser elevado. (JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. *Yale Law Journal*, vol. 89, p. 213-270, 1979. p.223)

²⁴⁸ Massimo Motta e Lucia Helena Salgado classifica os novos modelos de predação nas seguintes categorias: (i) modelos de reputação, (ii) modelos de sinalização, e (iii) modelos de mercado financeiro ou de predação “bolso profundo”. Para uma descrição detalhada dessas teorias veja: MOTTA, Massimo. SALGADO, Lúcia Helena. **Política da Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 195-201.

elemento necessário para que a predação seja considerada racional e, portanto, para que leva à condenação da empresa que pratica preços abaixo dos custos.²⁴⁹

3.2.1. A análise concorrencial da prática de preço predatório no Brasil

No Brasil, a prática de preços abaixo de custo que tenham por objeto ou possam ter como efeito limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros, e exercer de forma abusiva posição dominante, é considerado uma infração anticoncorrencial, que se enquadra no inciso XV, §3º, do artigo 36 da LDC. Nesse sentido, conforme pode se verificar abaixo:

Lei nº 12.529/2011

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

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

XV - vender mercadoria ou prestar serviços **injustificadamente abaixo do preço de custo;**

A lei de defesa da concorrência brasileira não permite a condenação apenas com base no fato de a empresa estar praticando preço abaixo do custo. Para que seja considerado preço predatório, os preços praticados pela empresa deveriam ser “injustificadamente” abaixo do custo. Para que seja considerado preço predatório a conduta tem que gerar, ainda, os efeitos listados nos incisos I a IV do *caput* do art. 36, listados acima. Para Carlos Raggio, a lei atrelou o dano à concorrência à venda injustificada abaixo do custo porque tem como preocupação principal a concorrência e não com o concorrente.²⁵⁰

A Resolução CADE nº 20/1999, que veio a ser parcialmente revogada pela Resolução nº 45/2007, traz um roteiro de análise de algumas práticas anticoncorrenciais, como a prática

²⁴⁹ MOTTA, Massimo. SALGADO, Lúcia Helena. **Política da Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil**. 1a Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. pp. 203

²⁵⁰ “A razão de a lei em questão explicitar que o dano à concorrência está relacionado à venda injustificada abaixo do custo e, no mínimo, à potencialidade de danos à concorrência, decorre de sua preocupação com a concorrência e não com o concorrente. Ou seja, o legislador entendeu que poderia haver uma confusão entre preço predatório e preço baixo decorrente do processo competitivo. Além disso, ficou evidente que a Lei de Defesa da Concorrência não pode ser instrumento para defender um concorrente ineficiente”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Viaje por R\$ 50,00”: Promoção ou Preço Predatório? A Revolução Antitruste no Brasil 2: **A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos**. Ed. Singular, 2008. p. 9)

de preços predatório. Os passos básicos na análise de práticas trazida no Anexo da Resolução serviam tão somente para explicitar o roteiro de análise habitual da autoridade, assegurando a transparência dos procedimentos e critérios adotados pelo CADE.

Esta Resolução definia a conduta chamada de preços predatório como a “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista”. Ainda de acordo com a Resolução, a verificação da configuração de preço predatório

requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.²⁵¹

Para Carlos Ragazzo, a análise das condições estruturais do mercado é essencial para a caracterização da prática de preços predatórios porque a mera comparação entre preço e custo poderia levar a uma conclusão equivocada sobre a conduta do agente.²⁵² Afinal, a prática de preços baixos pode ser apenas uma reação racional às condições de mercado desfavoráveis que poderiam justificar uma promoção específica ou uma queda de preços pontual, não havendo qualquer intenção predatória ou prejuízo efetivo à concorrência.

Tendo isso em vista, a Portaria da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“SEAE”) nº 70/2002 sugere uma metodologia a ser adotada na análise da existência ou não da conduta de preço predatório em um caso concreto. De acordo com a Portaria, o guia tem como objetivo “apresentar os procedimentos que permitam ao SBDC a identificação de tal prática, distinguindo-a de ações que refletem comportamento competitivo”. A Portaria prevê que a mera venda de mercadoria abaixo do preço de custo não é uma infração concorrencial *per se*. Para que seja considerada uma infração, a prática de venda abaixo do custo tem que “produzir o efeito ou ter como objeto prejudicar a livre concorrência”. Para que haja condenação, portanto, é necessário provar que, além da venda abaixo do custo, que estavam presente as “condições necessárias para que essa estratégia seja lucrativa”.

Do trecho acima é possível concluir que, de acordo com a metodologia sugerida pela SEAE, a prática só será considerada uma infração se puder levar a uma maior lucratividade para a empresa. Para fins dessa análise, não se considera eventuais benefícios que a empresa pode

²⁵¹ Resolução CADE nº 20/1999, item 4 do Anexo I.

²⁵² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Viaje por R\$ 50,00”: Promoção ou Preço Predatório? A Revolução Antitruste no Brasil 2: **A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos**. Ed. Singular, 2008. p. 12.

obter com esta conduta como o aumento no escopo e escala das atividades da empresa, bem como a promoção de políticas públicas. Um dos critérios essenciais para que se verifique a prática de preço predatório é a possibilidade de recuperação do lucro, especificamente.

A Portaria SEAE nº 70/2002 fixa o teste para avaliação da existência de prática predatória em 5 etapas:

1. **Definição do mercado relevante afetado:** Em um primeiro momento, será analisada a dimensão do mercado que está sendo afetado pela predação, por meio do teste do monopolista hipotético, a fim de definir a dimensão produto e geográfica do mercado afetado pela conduta.²⁵³
2. **Análise das condições de entrada do mercado relevante afetado:** Em um segundo momento, será necessário verificar se a entrada no mercado é fácil, de modo a verificar a facilidade da entrada de um concorrente na segunda fase da conduta predatória.²⁵⁴ Apenas se for constatada a dificuldade de entrada no mercado é que se passa para a próxima etapa de análise. Caso contrário, será concluída a inviabilidade da prática predatória e o arquivamento do processo.
3. **Análise das condições de oferta da empresa investigada:** Em um terceiro momento, será verificada a capacidade da empresa investigada de absorver a demanda adicional decorrente da redução de preços praticados. Para tanto, serão analisadas a capacidade ociosa da empresa e a possibilidade de expansão de sua capacidade instalada. Apenas se for constatada a existência de capacidade ociosa ou possibilidade de expansão da capacidade produtiva de forma rápida e economicamente viável é que se passa para a próxima etapa de análise. Caso contrário, será concluída a inviabilidade da prática predatória e o arquivamento do processo.
4. **Análise da capacidade de financiamento da empresa investigada:** Em seguida, será verificada a capacidade de a empresa se financiar no curto prazo para sobreviver à primeira fase da conduta predatória. Nesta etapa, será verificada a capacidade de autofinanciamento da empresa, bem como financiamento por terceiros. Apenas se for constatada a possibilidade de financiamento da empresa é que se passa para a próxima

²⁵³ Nos termos da Portaria SEAE nº 70/2002, o teste do monopolista hipotético é definido como sendo o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços.

²⁵⁴ A premissa por trás desta etapa de análise é que se a entrada no mercado for fácil, a conduta predatória será irracional, pois na segunda etapa da conduta não será possível alcançar o lucro necessário para compensar o prejuízo auferido na primeira etapa da prática predatória.

etapa de análise. Caso contrário, será concluída a inviabilidade da prática predatória e o arquivamento do processo.

5. **Comparação entre preço e custo:** Finalmente, e apenas se ultrapassadas as etapas anteriores, é que se procederá a uma análise comparativa entre o preço e o custo.

A etapa da comparação entre preço e custo é notoriamente a mais complexa etapa da análise, por dois motivos: (i) a dificuldade de mensuração dos custos efetivamente incorridos, e (ii) a ausência de consenso quanto ao critério de custo a ser utilizado. A dificuldade de mensuração dos custos efetivamente incorridos pelo agente decorre, em alguns casos, da dificuldade de identificar quais custos da empresa são vinculados a determinado produto ou serviço. Deve-se levar em conta que a empresa tem custos fixos e variáveis e nem sempre é fácil separar quais custos estão atrelados a determinada atividade da empresa.

Ademais, não há consenso quanto ao critério de custo que deve ser utilizado para fins de comparação. O termo “custo” não possui significado unívoco na teoria econômica, podendo se referir ao custo fixo, custo variável, custo médio, custo total, custo marginal, entre outros. Conforme visto acima, o trabalho acerca do preço predatório elaborado por Areeda e Turner presume que a empresa que pratica preços abaixo do custo marginal de curto prazo tem a intenção predatória. Diante da dificuldade de calcular o custo variável, os autores sugerem usar como parâmetro o custo variável médio, que calcula a média dos custos variáveis incorridos na produção, dividido pelo número de bens produzidos.²⁵⁵ Contudo, Joskow e Klevorick sustentam que apesar de a prática de preços abaixo de custo ser suficiente para a configuração de preço predatório, não é uma condição necessária, uma vez que a prática de preços acima do custo variável médio, mas abaixo do custo médio total, também pode ser anticompetitiva se verificada a intenção de eliminar concorrentes.²⁵⁶ Esse posicionamento já foi, inclusive, adotado pela Comissão Europeia no caso C-72/86, em que se verificou a conduta predatória da AKZO Chemie BV.²⁵⁷ Joskow e Klevorick apontam, ainda, que o preço acima do custo total médio

²⁵⁵ AREEDA, P.; TURNER, D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act. *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975. pp. 716 e ss.

²⁵⁶ JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy. *Yale Law Journal*, vol. 89, p. 213-270, 1979. p. 252.

²⁵⁷ Esta foi a posição da Comissão Europeia no caso C-72/86, em que se verificou a conduta predatória da AKZO Chemie BV.: “Prices below average variable costs (that is to say, those which vary depending on the quantities produced) by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor must be regarded as abusive. A dominant undertaking has no interest in applying such prices except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position, since each sale generates a loss, namely the total amount of the fixed costs (that is to say, those which remain constant regardless of the quantities produced) and, at least, part of the variable costs relating to the unit produced. Moreover, prices below average total costs, that is to say, fixed costs plus variable costs, but above average

também pode ser predatório, contudo, entendem ser impossível elaborar uma fórmula operacionalizável para distinguir o preço acima do custo médio total competitivo daquele que representaria uma prática predatória.²⁵⁸

No Brasil, a Portaria SEAE nº 70/2002 determina que, na análise concorrencial da prática predatória, serão levados em consideração o custo médio total e o custo variável médio, de acordo com as três regras a seguir: (1) se o preço for igual ou superior ao custo médio total de produção, a conclusão deve ser pela não ocorrência de prática predatória; (2) se o preço estiver entre o custo médio total e o custo variável médio, a firma é considerada sob suspeita de prática predatória e as condições de demanda e de oferta terão que ser analisadas para verificar a viabilidade de recuperação do lucro;²⁵⁹ e (3) se o preço for inferior ao custo variável médio, conclui-se pela prática predatória.

Deve se ter em mente que, de acordo com precedentes do CADE, a análise comparativa entre preços e custos só é realizada após superadas as análises anteriores, que levam em consideração as condições de mercado e a possibilidade de recuperação das perdas.²⁶⁰ Sendo assim, apesar da regra (3) da SEAE ser pela constatação da ocorrência de prática predatória no caso de o preço ser inferior ao custo variável médio, fato é que só haverá condenação se também estiverem presentes as condições de mercado favoráveis à recuperação. Isso porque a

variable costs, must be regarded as abusive if they are determined as part of a plan for eliminating a competitor. Such prices can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition waged against them". (Comissão Europeia. Caso C-72/86. AKZO Chemie BV v. Commission of the European Communities. 1991. Decisão Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61986CJ0062>>)

²⁵⁸ JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy. **Yale Law Journal**, vol. 89, p. 213-270, 1979. p. 254/255.

²⁵⁹ Deve-se observar que existe uma contradição na análise proposta pela SEAE. Tendo em vista que a análise comparativa entre preços e custos só é realizada após superadas as análises anteriores – que levam em consideração as condições de mercado e a possibilidade de recuperação das perdas – é contraditório que, ao final da comparação preço/custo, em sendo verificado que o preço está entre o custo médio total e o custo variável médio, deverá ser novamente analisada as condições de mercado para verificar a viabilidade de recuperação do lucro. Nesse caso, entendo que, se superada a análise das demais etapas, na prática já foi verificado se existem condições para recuperação dos custos naquele mercado.

²⁶⁰ Veja, nesse sentido, trecho do Voto da Conselheira Ana Frazão em averiguação preliminar de sua relatoria sobre a suposta prática de preços predatórios pela Tam: “O CADE já deixou claro em seus julgados que a análise de preço e custo deve ser implementada somente após analisar se haveria condições de mercado para a adoção do preço predatório. Verifique-se, dentre outros, o decidido no julgamento do Processo Administrativo nº 08000.013002/95-97 (Labnew Indústria e Comércio Ltda v. MB. Bioquímica Ltda) (...) No mesmo sentido são os votos proferidos no Processo Administrativo nº 08012.006746/97-41 (ABERC - Associação Brasileira das Empresas de Refeições Coletivas e SINDERC- Sindicato das Empresas de Refeições Coletivas dos Estados de SP, Ri, MG, SC, RS e PR v. SESE - Serviço Social da Indústria dos Estados de SP, Ri, MG, RS, SC e PR) e nas Averiguações Preliminares nºs 08000.013472/95-51 (Organização Hoteleira Fonte Colina Verde Ltda. v. Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial-SENAC) e nº 08012.001817/2008-33 (Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Sergipe-SICOFASE v. G. Barbosa Comercial Ltda., Bompreço Bahia S/A e Companhia Brasileira de Distribuição-Extra)”. (CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.002164/2006-48. Rel. Conselheira Ana Frazão. 29.08.2012.)

constatação de que o preço é inferior ao custo marginal médio só deve ocorrer após superadas as demais etapas de análise, que presumem a possibilidade de recuperação das perdas. O CADE já se manifestou no sentido de que “a mera cobrança de preço abaixo do custo não pode ser considerada, por si só, uma conduta de preços predatórios” sendo a análise da estrutura do mercado afetado pela conduta “crucial para identificar se haveria racionalidade econômica para a prática de preço predatório”.²⁶¹ Essa postura é um pouco diferente daquela sugerida por Areeda e Turner a partir do qual haveria quase uma presunção de ilicitude no caso de prática de preço abaixo do custo médio.

Apesar de terem sido identificados alguns casos em que a prática de preços predatórios foi objeto de investigação pelo CADE – seja no âmbito de um inquérito administrativo²⁶² ou processo administrativo – não foi encontrado, até a presente data, qualquer caso em que houve condenação pela prática exclusiva de preços predatórios.²⁶³ Os casos em que houve condenação, a prática de preços baixos era apenas um elemento em uma estratégia maior que visava prejudicar os concorrentes. Ou seja, nos casos em que houve condenação, apesar de ter havido uma estratégia de precificação anticoncorrencial, a condenação não se deu em virtude somente desta estratégia predatória.²⁶⁴

Há, contudo, diversos casos em que o CADE concluiu pela inexistência de conduta predatória. A grande maioria das denúncias de preço predatório são arquivadas sem sequer chegar à análise comparativa de preço versus custo porque normalmente se constata que as empresas alegadamente infratoras não detêm poder de mercado ou condições para recuperar os custos.²⁶⁵ Nesses casos, a justificativa predominante para constatação de licitude seria a ausência de condições de mercado para a recuperação dos prejuízos.

²⁶¹ CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.002164/2006-48. Rel. Conselheira Ana Frazão. 29.08.2012.

²⁶² Sob a vigência da Lei nº. 8.884/1994, o inquérito administrativo era chamado de averiguação preliminar.

²⁶³ De fato, em 2014 Carlos Ragazzo afirmou que “não há registro no CADE de condenação por essa prática” de preços predatórios. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: Sérgio Guerra. (Org.). **Regulação no Brasil: Uma Visão Multidisciplinar**. 1ed. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 157-188.)

²⁶⁴ Um caso paradigmático em que o CADE condenou empresa por prática predatória e outras condutas anticoncorrenciais foi o Processo Administrativo nº 08012.002474/2008-24, em que a Companhia Brasileira das Américas - Ambev foi condenada por implementar estratégia comercial com o intuito de prejudicar os concorrentes. As estratégias verificadas consistiam em programas de exclusividade com os pontos de venda, descontos predatórios em determinados mercados geográficos e outras condutas predatórias. Nesse caso, a SEAE reconheceu que os descontos, por si só, não seriam anticoncorrenciais, se não fossem acompanhados da exclusividade e outras estratégias do programa de fidelização implementado pela empresa. Nesse caso, portanto, não foi implementada a análise de 5 etapas prevista na Portaria SEAE nº 70/2002.

²⁶⁵ Veja, nesse sentido, trecho do Voto Vogal do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no PA nº 08012.007897/2005-98: “No Brasil, a grande maioria das denúncias de preço predatório são arquivadas sem sequer haver necessidade de análises mais profundas no sentido de analisar preços e custos. Isso porque, de modo geral, constata-se que as empresas alegadamente infratoras não detêm poder de mercado, que os mercados analisados possuem rivalidade efetiva e/ou que não há barreiras à entrada significativas. Com efeito, o CADE tem considerado que todos esses fatores retiram a racionalidade ou impossibilitam a adoção de uma política de

A possibilidade de recuperação posterior dos prejuízos incorridos durante a predação seria o padrão de prova exigido pelo CADE para a demonstração de preços predatórios.²⁶⁶ O caso paradigmático em que foi estabelecido esse entendimento foi a Representação nº 273/1992. Neste caso o CADE entendeu que a conduta investigada não configuraria prática de preços predatórios porque a facilidade de entrada competitiva tornaria a estratégia predatória improvável, pois comprometeria “a recuperação do investimento realizado pelo predador na adoção de preços abaixo do custo”.²⁶⁷

O entendimento do CADE é que “se a estrutura do mercado em que a empresa atuar não lhe permitir recuperar os prejuízos incorridos por meio da adoção de preços de monopólio, a conduta investigada não será ilícita”.²⁶⁸

Nota-se, então, que a análise concorrencial da prática de preços predatórios adotada pelo CADE parte da premissa de que deve haver possibilidade de recuperação dos prejuízos para que a conduta seja considerada ilícita.²⁶⁹

3.3.2. Análise concorrencial de prática de preços predatórios pelas empresas estatais

Tanto a literatura econômica estudada como a prática jurisprudencial do CADE, vistos acima, presumem que, para a configuração da predação, é necessária a possibilidade de recuperação dos prejuízos sofridos durante a primeira etapa da prática predatória. Sem a possibilidade de recuperar os prejuízos presume-se que não haveria racionalidade para a conduta. Contudo, esta premissa, aplicável às empresas privadas, pode não valer para as empresas estatais.

Tendo em vista os diferentes objetivos perseguidos pelas empresas estatais, além da maximização dos lucros, as empresas estatais têm incentivos para praticar a predação mesmo sem recuperação dos prejuízos. É o que a literatura denomina de “non recoupment predation”, conforme abaixo:

preços predatórios com vistas a eliminar concorrentes”. (CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98. Relator Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. 23.07.2008.)

²⁶⁶ CADE. Relatório Anual 1998/1999, Brasília, 1999, p. 46, apud. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 270.

²⁶⁷ CADE. Representação nº 273/1992. Decisão: 09.02.1998.

²⁶⁸ CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.002164/2006-48. Rel. Conselheira Ana Frazão. 29.08.2012.

²⁶⁹ Essa afirmação é corroborada por Massimo Motta e Lucia Helena Salgado, que afirmam que “um elemento necessário para a predação é a habilidade de mais que compensar – depois da exclusão do concorrente – os lucros menores obtidos durante o episódio de predação”. (MOTTA, Massimo. SALGADO, Lúcia Helena. **Política da Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. pp. 203.)

Because of the soft budget constraint, SOEs may have goals other than profit maximization such as revenue maximization. This, together with government support through government created advantages (such as, for example, explicit and implicit subsidies), allow SOEs to price below marginal cost. This creates a situation which does not require recoupment for successful SOE predation.²⁷⁰

Essa constatação foi primeiro trazida por Sappington e Sidak que demonstraram que os incentivos diversos das estatais permitem que ela pratique preços abaixo do custo marginal sem necessidade de recuperar os prejuízos decorrentes desta prática.²⁷¹

Por meio de uma função matemática, os autores mostram que quando o interesse da estatal pelo lucro é secundário a outros objetivos, como a receita e a escala da produção (*output*), a empresa estatal tem menor aversão ao aumento no custo decorrente do aumento no *output*. Portanto, em mercados e nos produtos em que há mais competição, o aumento do *output* e da receita que resulta da prática de preços baixos seria preferível à estatal do que a prática de preços altos e maior lucratividade.²⁷²

Assim, mesmo sem ter uma intenção predatória, uma empresa estatal pode ter incentivos para fixar preços abaixo do custo de produção, sobretudo nos produtos em que o consumidor é mais sensível ao preço.²⁷³ Nesses mercados, mesmo que o lucro diminua com a redução do preço, a receita irá crescer na medida em que o preço diminuir. O aumento da receita, como vimos acima, é um dos objetivos da empresa estatal.

Isso ocorre pois, ainda que a diminuição do preço possa gerar uma queda no lucro, na medida em que a empresa estatal fixa o preço abaixo do custo marginal, a receita pode aumentar. Assim, se a preferência da estatal por um aumento na receita for forte o suficiente, ou se a sensibilidade do usuário ao preço for alta o suficiente, a empresa estatal pode optar por fixar preços abaixo do custo marginal de produção.

²⁷⁰ Em tradução livre: “Devido à restrição do orçamento, as empresas estatais podem ter objetivos outros além da maximização de lucros, como a maximização da receita, por exemplo. Isso, juntamente com o apoio do governo através das vantagens criadas por ele (como, por exemplo, subsídios explícitos e implícitos), permitem que as empresas estatais precifiquem abaixo do custo marginal. Isso cria uma situação que não requer recuperação para a predação bem-sucedida pelas empresas estatais”. (CAPOBIANCO, Antonio. CHRISTIANSEN, Hans. Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options. **OECD Corporate Governance Working Papers**, n. 1. 2011: OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9xfgjdhg6-en>>.)

²⁷¹ SAPPINGTON, David. SIDAK, J. Gregory. Competition Law for State-Owned Enterprises. **Antitrust Law Journal**, p. 479-523, 2003/2004.

²⁷² SAPPINGTON, David. SIDAK, J. Gregory. Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises. Incentives and Capabilities. In: GUEDES, Richard R. **Competing with the government: anticompetitive behavior and public enterprise**. Stanford, California: Hoover Institution Press, 2004. 1-25.

²⁷³ “In the absence of predatory intent, a SOE may set some prices for some of its products below their marginal costs of production. The SOE will tend to prefer below-cost prices when its focus on profit is more limited and when customer demand for its products is more sensitive to price”. (Competition Law for State-Owned Enterprises. **Antitrust Law Journal**, p. 479-523, 2003/2004.)

Ademais, não só as estatais têm outros objetivos além da lucratividade, mas também, quando comparado às empresas privadas, elas têm maior capacidade de arcar com perdas no longo prazo. De fato, as empresas estatais em geral, mas sobretudo as empresas vinculadas, podem receber apoio financeiro dos cofres públicos, seja diretamente ou por meio de empréstimos. Para as SOE de produtos múltiplos, a recuperação das perdas pode acontecer durante a fase predatória simplesmente aumentando os preços nos mercados onde existe um monopólio legal enquanto reduz os preços no mercado sujeito a concorrência.

Em geral, a prática de preços baixos gera maior bem-estar social. Afinal, quanto mais próximo ao custo marginal, mais próximo ao preço ideal de mercado se encontra o produto. Contudo, há casos em que a prática de preços baixos pode ter um fim anticoncorrencial. Nesses casos, os preços baixos podem gerar um aumento no bem-estar apenas no curto prazo, causando prejuízos no longo prazo. De fato, a prática de preços inferiores ao que seria racional em um mercado competitivo e equilibrado pode fazer com que os demais atuantes naquele mercado sejam forçados a sair do mercado. Isso pode levar com que os concorrentes da empresa estatal que sejam mais eficientes saiam do mercado aumentando, assim, o custo que a sociedade arca com a produção naquele mercado, pois a empresa mais eficiente poderia produzir o mesmo bem a um custo inferior caso não tenha sido forçada a sair do mercado pelos preços artificialmente baixos.

A tendência das empresas estatais à prática de preços abaixo do custo, conforme descrito por Sappington e Sidak, não pressupõe a capacidade de recuperar o lucro. No caso descrito, a intenção seria o aumento na escala de produção da empresa. No entanto, o aumento no *output* da empresa e os preços baixos resultaria, naturalmente, em um aumento em seu *market share*, e a empresa passaria a deter uma parcela maior do mercado, prejudicando, assim, seus concorrentes.

Mesmo sem a segunda fase da predação, em que a empresa estatal aumentaria os preços de forma a recuperar os prejuízos incorridos, a prática de cobrar preços abaixo do custo pode causar prejuízos para a concorrência. Nesse sentido, a implementação de uma estratégia de predação bem-sucedida por uma estatal reduziria os recursos disponíveis para o concorrente inovar ou operar. Ademais, a predação bem-sucedida também pode ter efeitos reputacionais se uma empresa competir em vários mercados com outros produtos. Este efeito de reputação cria uma ameaça crível que permite às empresas colher os benefícios da predação, mesmo em

mercados em que eles não implementaram a estratégia predatória, o que pode prejudicar o mercado em geral.²⁷⁴

Se a cobrança de preços abaixo do custo for temporária, isso pode causar prejuízos ao mercado mesmo sem que haja um aumento monopolístico dos preços no futuro. Nesse sentido, Williamson afirma que o aumento temporário da produção e a queda do preço podem ter consequências nocivas caso os consumidores não reconheçam o caráter temporário das mudanças e alterem seus padrões de consumo e investimento de capital de consumo de acordo com esta impressão equivocada.²⁷⁵

Do exposto acima, pode-se concluir que as empresas estatais têm incentivos para praticar preços abaixo do custo de forma a aumentar a sua participação no mercado e prejudicar seus concorrentes. No caso das empresas estatais, existe o incentivo para cobrar preços abaixo do custo mesmo sem a necessariamente recuperar os prejuízos em um momento posterior. Sendo assim, a empresa estatal pode cobrar preços predatórios – ou abaixo do custo – mesmo sem a necessidade de se implementar a segunda etapa da fase de predação.

A despeito disso, conforme ser verificou acima, a análise concorrencial proposta pela literatura econômica norte-americana – e adotada pelo CADE – exclui a possibilidade de predação nos casos em que a recuperação não é possível. Neste caso, o entendimento é de que a conduta predatória não seria racional. Contudo, com base nos modelos de Sidak e Sappington, em se tratando de empresas estatais, existiriam motivos racionais para a prática de preço abaixo do custo mesmo ausente a possibilidade de recuperação dos prejuízos. Portanto, ao deixar de considerar a possibilidade de haver uma conduta anticoncorrencial em um mercado em que não há condições para a recuperação do lucro, a metodologia do CADE pode não ser a mais adequada para tratar da conduta das empresas estatais. Em decorrência disso, pode-se afirmar que mesmo no Brasil, tal como observado para os Estados Unidos, seria “possível que uma

²⁷⁴ “Successful predation also may have reputational effects if a firm competes in multiple product markets. This reputational effect creates a credible threat that allows firms to reap the benefits of predation even in markets in which they did not predate. This in turn negatively affects the overall market”. (CAPOBIANCO, Antonio. CHRISTIANSEN, Hans. Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options. OECD Publishing: **OECD Corporate Governance Working Papers**, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9xfghd6-en>>.)

²⁷⁵ “The benefits to consumers from permanently lower prices and increased output all but vanish when the reduction is temporary. In fact, as Williamson points out, the temporary increase in output and the decrease in price may have harmful consequences should consumers misperceive the temporary nature of the changes and alter their consumption and consumer capital investment patterns accordingly.” (SCHWARTZ, G. Alan. GARB, Gerald. SCHWARTZ, Eli. Predatory Pricing, the Courts, and Public Policy. **Eastern Economic Journal**, vol. 10, n. 3, p. 259-269, jul/set. 1984.)

empresa estatal implemente uma prática de preço predatório sem o medo de penalização com base na metodologia antitruste atual”.²⁷⁶

3.2.3. A solução proposta

Tendo demonstrado que as empresas estatais podem ter maior incentivo e condições para fixar preços abaixo dos custos do que empresas privadas maximizadoras de lucro, deve-se verificar quais medidas seriam adequadas para limitar os danos decorrente dessas atividades. Uma alternativa, proposta por Sappington e Sidak, é que o critério de custo a ser utilizado pelas autoridades de defesa da concorrência para identificar a ocorrência da prática de preços predatórios implementadas pelas empresas estatais deveria ser diferente daquele usado quando se está analisando a mesma conduta praticadas por empresas privadas. Mais especificamente, os autores sugerem que o critério de custo deve ser mais elevado do que o critério de custo variável médio.²⁷⁷

Os autores não apresentam um critério alternativo a ser aplicado a todas empresas estatais nem determinam o quanto mais elevado deve ser o critério aplicado às estatais. Contudo, apontam alguns elementos que devem ser levados em consideração na fixação deste critério, a depender do caso concreto. A fixação do critério irá depender das características da empresa estatal em questão e do mercado em que ela atua. Deve-se levar em consideração alguns fatores como: (1) o incentivo e a capacidade da empresa estatal de promover outros objetivos além da maximização do lucro; (2) o nível de dificuldade de se medir com precisão qual o custo variável médio da empresa estatal; e (3) a magnitude das economias do escopo que a empresa estatal desfruta por causa de qualquer monopólio legal que seja oferecido na prestação de serviços reservados.

Outra alternativa é descartar da análise de preço predatório a necessidade de provar que a recuperação do lucro seria possível. Apesar de esta ser a praxe no Brasil e nos Estados Unidos, nem todos as jurisdições exigem a comprovação da possibilidade de recuperação dos lucros.

Na União Europeia, a possibilidade de recuperação dos lucros não é essencial para que a prática de preços abaixo do custo configure preços predatórios. A Corte de Justiça se

²⁷⁶ SOKOL, Daniel D. Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises. *Brigham Young University Law Review*, p. 1713-1812, 2009. p. 1774.

²⁷⁷ SAPPINGTON, David. SIDAK, J. Gregory. Competition Law for State-Owned Enterprises. *Antitrust Law Journal*, p. 479-523, 2003/2004. p. 519.

manifestou expressamente sobre isso no caso Tetra Pak, envolvendo empresa que foi condenada pela prática de preços predatórios no mercado relacionado ao mercado em que ela exercia posição dominante.²⁷⁸ Neste caso, a Corte concluiu que o que importava era que a conduta predatória verificada gerava o risco de os concorrentes serem eliminados.²⁷⁹ Por outro lado, não chegou a se afirmar que a demonstração da possibilidade de recuperação nunca seria necessária. A Corte apenas determinou que, naquele caso concreto, a análise da possibilidade de recuperação não seria apropriada diante das peculiaridades daquele caso. Essas peculiaridades envolviam o fato de a empresa ser quase monopolista em um mercado, e da prática de preços predatórios ter se dado em um mercado relacionado e ter sido implementada por meio de subsídios-cruzados. Ademais, nesse caso, havia clara evidência de que a empresa tinha como objetivo deliberado a eliminação de seus concorrentes.²⁸⁰

Postura similar pode ser adotada pelo CADE em relação, especificamente, às empresas estatais. Poder-se-ia afastar a obrigatoriedade de comprovação da possibilidade de recuperação quando houver evidências de que a prática da empresa estatal tem grande chance de eliminar concorrentes do mercado. Tal postura endereçaria as preocupações apontadas por Sidak e Sappington relacionadas aos diferentes incentivos que recaem sob a conduta das empresas estatais, conforme visto acima.

3.3. Outras condutas de abuso de posição dominante

A Lei nº 12.529/2011 determina que o exercício abusivo de posição dominante constitui infração da ordem econômica (art. 36, inciso IV). O abuso de posição dominante pode tomar diversas formas, e gera preocupações concorrenciais quando produz algum efeito exclusionário no mercado.²⁸¹ Para que possa ser configurada uma conduta de abuso de posição dominante, é necessário que a empresa investigada detenha uma posição dominante no mercado.

²⁷⁸ Caso C-333/94, *Tetra Pak International S.A. v Commission*, 1996.

²⁷⁹ “It would not be appropriate, in the circumstances of the present case, to require in addition proof that Tetra Pak had a realistic chance of recouping its losses. It must be possible to penalize predatory pricing whenever there is a risk that competitors will be eliminated. The [General Court] found, at paragraphs 151 and 191 of its judgement, that there was such a risk in this case. The aim pursued, which is to maintain undistorted competition, rules out waiting until such a strategy leads to the actual elimination of competition”. (Caso C-333/94, *Tetra Pak International S.A. v Commission*, 1996.)

²⁸⁰ JONES, Alison. SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. 6ª Edição. Reino Unido: Oxford, 2016. p. 387

²⁸¹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: Doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 135.

A posição dominante no mercado ocorre quando determinado agente consegue influenciar as condições de mercado, como os preços e as quantidades de determinado produto ou serviço. Nesse caso, diz-se que o agente detém poder de mercado, de forma que consegue fixar seus preços sem muita consideração pelo preço praticado por seus concorrentes.

De acordo com o artigo 36, §2º da Lei nº 12.529/2011, presume-se que uma empresa, ou grupo de empresas, tem poder de mercado quando é “capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado” ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante.

O abuso de posição dominante ocorre quando empresas que detêm posição dominante distorcem as condições de mercado de forma a reduzir competição pelo mérito na oferta de produtos e serviços.²⁸² Contudo, não há uma só forma de caracterização de abuso de posição dominante. Esta prática pode tomar diversos contornos, desde ações que dificultam o funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente, até a diferenciação de preço e a recusa de contratação. A prática de preços predatórios e outras práticas predatórias também são consideradas espécies de abuso de posição dominante pois se entende ser improvável que a predação de um agente econômico sem poder de mercado seja bem-sucedida.²⁸³ Em decorrência deste fato, a Lei nº 12.529/2011 contém uma lista de diferentes condutas que, se tiverem por objeto ou puderem produzir os efeitos anticoncorrenciais listados no artigo 36 da lei ²⁸⁴, serão consideradas condutas anticoncorrenciais.

Além das condutas colusivas, que não fazem parte do presente trabalho, podem caracterizar infração da ordem econômica as condutas unilaterais de: (i) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (ii) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (iii) discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (iv) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais, entre outras.

²⁸² O glossário da OCDE define o abuso de posição dominante como “anticompetitive business practices in which a dominant firm may engage in order to maintain or increase its position in the market”. (OCDE. **Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law**. Publicado em: 03.01.2002Disponível em: < <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acessado em 16.08.2017.)

²⁸³ MOTTA, Massimo. SALGADO, Lúcia Helena. **Política da Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p 192.

²⁸⁴ São os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e, (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Em grande parte, o que caracteriza o abuso de posição dominante é a intenção do agente na implementação daquela conduta. Quando determinada conduta é implementada com o intuito exclusivo de prejudicar os concorrentes, por exemplo, ela será considerada uma conduta abusiva. Contudo, grande parte dessas condutas, podem ser consideradas legítimas quando não implementadas com o fim de prejudicar ou excluir os concorrentes. Por isso, Pereira Neto e Casagrande dizem que “o desafio ao avaliar essas condutas de firmas dominantes é justamente separar as práticas que se encaixam dentro do ‘processo natural’ de competição (do art. 36, §1º) daquelas que levam a uma distorção injustificada desse processo”.²⁸⁵

3.3.1. A análise concorrencial do abuso de posição dominante no Brasil

Em decorrência da dificuldade na identificação das condutas de abuso de posição dominante, as autoridades de defesa da concorrência do Brasil e do mundo buscaram desenvolver testes para aplicação nos casos concretos buscando identificar se determinada conduta seria ou não abusiva. Esses testes normalmente surgem e são desenvolvidos pela jurisprudência que desenvolve parâmetros específicos para aferir a legitimidade das diferentes práticas de abuso de posição dominante.²⁸⁶ No Brasil, especificamente, além dos contornos jurisprudenciais, os anexos da Resolução nº 20/1999 do CADE, vista acima, traz brevemente critérios básicos na análise de práticas restritivas, dentre elas as práticas que caracterizam abuso de posição dominante.

Nos termos da Resolução nº 20/1999, na análise das práticas restritivas sugere-se a adoção dos seguintes passos básicos:

1. Caracterização da conduta

- 1.1. Identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal
- 1.2. Verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos.

2. Análise da Posição Dominante

- 2.1. Delimitação do(s) mercado(s) relevante(s).
- 2.2. Estimativa das participações no conjunto das empresas no(s) mercado(s) relevante(s).
- 2.3. Análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s) (incluindo condições institucionais).

3 Análise da conduta específica

- 3.1. Avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este(s) (ou outros) mercado(s).
- 3.2. Exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta.

²⁸⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: Doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 139.

²⁸⁶ A metodologia aplicada para cada tipo de conduta pode variar. Contudo, as metodologias aplicáveis para as diferentes práticas abusivas têm um mesmo contorno geral, que será objeto de nossa análise.

3.3. Avaliação final (ponderação) dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta. De acordo com o princípio da razoabilidade, deverão ser condenadas as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios/eficiência compensatórios.

A metodologia de análise proposta pelo CADE está dividida em três etapas principais. A primeira se refere à caracterização da conduta, que engloba a identificação da conduta, a prova da sua efetiva ocorrência, e o seu enquadramento legal. A segunda etapa de análise diz respeito à prova de que a empresa investigada exerce posição dominante no mercado afetado. Sem a posição dominante, tem-se a presunção de que dificilmente a conduta produzirá algum efeito negativo no mercado²⁸⁷. Por fim, a última etapa diz respeito à análise do efeito líquido da conduta, que engloba a identificação dos danos concorrenciais e das possíveis vantagens auferidas em decorrência da conduta específica.

A princípio, não vislumbramos qualquer dificuldade de implementação das duas primeiras etapas de análise às empresas estatais. A análise fática da ocorrência da conduta e o seu enquadramento legal não parecem variar em relação às empresas privadas e às estatais, salvo no caso de preços predatórios, visto no tópico anterior. Em relação à terceira etapa, contudo, entendemos pertinente indagar quais tipos de benefícios trazidos pela conduta deverão ser levados em consideração na análise dos seus efeitos líquidos. O CADE considera apenas ganhos de eficiência econômica ou, também, eventuais benefícios decorrentes da implementação de políticas públicas?

A depender dos tipos de benefícios que serão levados em consideração na análise dos efeitos líquidos da conduta, esta etapa de análise pode ser determinante na aferição da legalidade das empresas estatais, sobretudo no que tange a condutas eventualmente prejudiciais à concorrência mais implementadas com o intuito de promover algum interesse público. Afinal, se esta ponderação do CADE levar em consideração benefícios de natureza não econômica, é possível que a conduta de algumas empresas seja considerada lícita em decorrência dos benefícios difusos que dela decorrem. Essa ponderação tem especial relevância para as empresas estatais uma vez que elas, por natureza, visam a promoção de interesses públicos. Muitas vezes, os interesses públicos perseguidos pelas estatais não se enquadram no conceito de eficiência econômica que busca ser promovido pelo direito da concorrência.

²⁸⁷ Sobre a análise das condutas verticais, Pereira Neto e Casagrande afirmam que “primeiramente, deve-se verificar se a parte investigada detém uma posição dominante, uma vez que, na ausência de poder de mercado, dificilmente haverá algum efeito negativo decorrente da conduta”. (PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: Doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 142-143.)

Tendo isso em vista, cumpre, então verificar quais são os elementos considerados pelo CADE na “avaliação final (ponderação) dos efeitos” da conduta investigada.

3.3.2. As considerações não-econômicas na análise concorrencial

Tradicionalmente, o papel do direito da concorrência é atrelado à promoção da eficiência econômica²⁸⁸. O conceito de eficiência econômica não é isento de controversa. Para alguns, a eficiência que deve ser usada como parâmetro para a análise antitruste é a eficiência produtiva, que seria a capacidade de produzir a custos menores e, conseqüentemente, reduzir o preço dos consumidores.²⁸⁹ Para outros, o objetivo maior do direito antitruste seria a eficiência alocativa²⁹⁰, que consiste na alocação de recursos que permite gerar o maior rendimento dentre as alternativas possíveis.²⁹¹ A utilização do critério de eficiência alocativa para a análise antitruste significa que qualquer conduta ou ato de concentração que afaste o mercado de situação de competição perfeita – ou seja, que resulte em preço superior ao custo marginal – falharia em alcançar essa eficiência.

Contudo, apesar desta visão, no direito comparado existem casos em que as autoridades antitrustes levaram em consideração questões sociais, políticas ou estratégicas que não

²⁸⁸ “Tradicionalmente, vemos que em contrapartida a um possível prejuízo à concorrência, os órgãos antitruste consideram os ganhos de eficiência potencialmente compensatórios. Generalizou-se, então, o uso do tradicional trade-off entre a perda de bem-estar de “peso morto” decorrente de eventual monopolização do mercado e os ganhos de eficiência esperados como resultado da redução de custos ligadas a economias de escala, melhorias de qualidade, aperfeiçoamentos tecnológicos, diferentes tipos de sinergias, entre outros, decorrentes do ato de concentração em questão”. (MARCATO, Marília Bassetti. **Revista Administração em Diálogo**, vol.18, n. 1, p. 81-111, Jan/Fev/Mar/Abr 2016.)

²⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 40

²⁹⁰ Veja, nesse sentido, Oppenheim, Weston e McCarthy, que afirmam haver um “general agreement that the Paramount economic objective of antitrust is to promote consumer welfare by preserving the free private competitive market system as the principal institution for allocation resources and determining price and output”. (OPPENHEIM, Chesterfield. WESTON, Glen. E. MCCARTHY, J. THOMAS. **Federal Antitrust Laws: cases, texts and commentary**. 4ª Ed. St. Paul: West Publishing Co., 1981. p. 9)

²⁹¹ Para Carlos Ragazzo, “a eficiência alocativa se realiza quando bens e/ou serviços são produzidos (em qualidade e quantidade) na medida em que os consumidores os desejam, refletindo, na exata proporção, o preço que eles estão dispostos a pagar (em outras palavras, a alocação de recursos na direção preferida pelos consumidores). Assim, reduz-se a chance de os preços e/ou serviços produzidos não serem de interesse do consumidor” (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas Introdutórias sobre o Princípio da Livre Concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, vol. 6, p. 13-26, 2005.). “A noção da eficiência alocativa é teoricamente formulada para a economia como um todo, por meio de modelos de equilíbrio geral associados aos mercados completos e perfeitamente competitivos. À medida que os mercados se dirigem para situações mais eficientes (e, portanto, de maior nível de bem-estar econômico), os preços aproximam-se dos custos marginais. Assim, um mercado em concorrência perfeita maximiza a eficiência alocativa – e, portanto, a soma dos excedentes do produtor e do consumidor – quando os preços se igualam ao custo marginal em todos os mercados. Note-se que a eficiência alocativa se refere a uma situação Pareto-ótima, correspondendo claramente a uma aplicação do conceito de eficiência de Pareto a uma economia competitiva”. (GEOFFROY, Ricardo Corrêa. Eficiências econômicas em atos de concentração: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas. **Defesa da Concorrência. V Prêmio SEAE 1010**, p. 69-133. p. 85.)

encontram, necessariamente, fundamento de eficiência econômica.²⁹² Nesses casos, levou-se em consideração, na análise concorrencial, alguns benefícios não-econômicos decorrente da conduta como aqueles de natureza social, político ou cultural.

A referência às vantagens não-econômicas de determinada conduta anticompetitiva não é novidade no direito comparado. Na União Europeia, existem vários casos em que determinada conduta prejudicial à concorrência foi considerada lícita em decorrência dos benefícios não-econômicos dela decorrentes.

A Comissão Europeia já considerou lícitos acordos entre concorrentes que produziam efeitos anticoncorrenciais mas traziam vantagens de política ambiental, industrial ou cultural, por exemplo. A título de ilustração, a Comissão Europeia considerou lícitos acordos entre concorrentes que geravam uma redução na quantidade de resíduo de plástico e do risco ambiental²⁹³, ou levaram a uma redução no consumo de energia elétrica das empresas envolvidas²⁹⁴. Nesses casos, contudo, a Comissão Europeia entendeu que os acordos também geravam eficiências econômicas e, portanto, os benefícios ambientais identificados eram apenas parte do motivo pelo qual o acordo foi considerado lícito.²⁹⁵ A Comissão Europeia já isentou, também, alguns carteis formados entre empresas concorrentes em dificuldade financeiras, como forma de incentivar a resolução dos problemas estruturais das empresas e permitir com que elas voltassem a ser lucrativas.²⁹⁶ Pode-se dizer que, nesses casos, a Comissão Europeia considerou questões de política industrial, entendendo que as vantagens do acordo sob o aspecto da política industrial prevaleciam sobre os prejuízos causados à concorrência no curto prazo naquele caso concreto. Em relação à política de empregos, a Comissão Europeia já afastou a incidência do controle concorrencial sobre um acordo em que se estabeleceu um fundo de pensão obrigatório para aqueles que trabalham em empresas envolvidas no comércio de materiais de construção.²⁹⁷

Deve-se observar, contudo, que a maioria dos precedentes encontrados na União Europeia surgiram no contexto de análise de acordos anticompetitivos, espécie de conduta

²⁹² “Uma série de considerações políticas frequentemente afasta as leis de concorrência e sua aplicação. De fato, a breve história (...) mostra que as autoridades concorrenciais e os tribunais com frequência adotam posturas mais fracas em questões de concorrência que as considerações econômicas por si teriam sugerido, em virtude de razões sociais, políticas ou estratégicas”. (MOTTA, Massimo. SALGADO, Lúcia Helena. **Política da Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 26)

²⁹³ No caso Exxon-Shell, a Comissão Entendeu que o acordo entre concorrentes era legal pois reduzia o risco ambiental da atividade em questão, uma vez que o acordo implicaria na abstenção de utilização de produto químico nocivo. (Comissão Europeia. Caso OJ L144/21, *Exxon-Shell*. (1994).)

²⁹⁴ Comissão Europeia. *Philip-Osram* (1994) OJ L378/37.

²⁹⁵ MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge University Press, Aug 6, 2007. p. 33.

²⁹⁶ MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge University Press, Aug 6, 2007. p. 36.

²⁹⁷ Comissão Europeia. Casos C-115/97, C-116/97 e C-117/97. *Brentjens' Handelsovernemings BV* (1999).

concertada, e não em investigações de condutas unilaterais. De todo modo, pode-se dizer que as considerações aplicáveis aos acordos anticompetitivos são igualmente válidas para as condutas unilaterais. A análise dos efeitos da conduta unilateral pode, igualmente, levar em consideração os seus benefícios não-econômicos.

No Brasil, 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”²⁹⁸. Contudo, nenhum caso chegou a ser apresentado ao caso com base neste argumento.²⁹⁹ 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*”. Essa redação sugere que não serão levados em consideração apenas os benefícios econômicos das condutas. Contudo, no tópico destinado ao detalhamento dessas etapas de análise, é feita referência apenas às “possíveis eficiências econômicas geradas pela conduta”. Neste tópico, a Resolução traz uma lista de possíveis benefícios da conduta e as eficiências a ela atreladas. Todas os benefícios mencionados nesta lista são eventuais ganhos em eficiência econômica decorrente da conduta sem qualquer referência aos ganhos de outras naturezas, não sendo feito menção a eventuais benefícios sociais e de políticas públicas que podem decorrer das condutas das empresas, em geral, e das empresas estatais em particular.

O tópico 3 da Resolução aponta que, no caso das práticas horizontais, os eventuais benefícios a serem considerados estariam relacionados apenas à realização de investimentos ou interação entre ativos complementares que proporcionem “maior eficiência produtiva ou tecnológica, em determinados acordos entre empresas; ou o suporte à qualidade dos serviços prestados, em certos casos de preços tabelados por associações de profissionais”. Em relação às condutas verticais, as principais eficiências reconhecidas consistiam na eficiência decorrente da redução de custos de transação, decorrente dos comportamentos oportunistas.

²⁹⁸ Veja o artigo 54 da já revogada Lei nº 8.884/94: “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.”

²⁹⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: Sérgio Guerra. (Org.). **Regulação no Brasil: Uma Visão Multidisciplinar**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 157-188.

Esse roteiro sugere que, na análise concorrencial realizada pelo CADE, apenas são levadas em consideração as eficiências econômicas decorrentes de determinada operação ou conduta. Apesar de esta ser uma postura aplicável para todas as empresas sujeitas ao controle antitruste, trata-se de uma questão especialmente relevante em se tratando das empresas estatais porque, como visto acima, estas têm incentivos para agir na promoção de políticas públicas. No entanto, considerando a postura atualmente adotada pelo CADE, a conduta da empresa estatal que seja voltada à promoção de políticas públicas e que, com isso, gere vantagens não econômicas, será considerada um ilícito concorrencial se causar prejuízo a concorrência.

Por outro lado, caso o CADE levasse em consideração os benefícios não-econômicos das condutas investigadas, alguma das condutas implementadas pelas empresas estatais para a promoção de políticas públicas, ainda que causassem prejuízo à concorrência, poderiam ser consideradas lícitas em decorrência dos demais benefícios por ela causados. Isso, de uma certa forma, permitiria um maior grau de liberdade na atuação das empresas estatais, sem que isso implicasse uma ausência total de controle concorrencial. Deve-se ter em mente, afinal, que a submissão das estatais ao controle concorrencial implica uma limitação ao poder destas exercerem suas atividades e atuarem em prol do interesse público que justificou a sua criação. Uma análise mais ampla dos efeitos das condutas anticompetitivas poderia reduzir essa limitação causada pelo direito da concorrência. Nesse cenário, as condutas que promovessem alguma vantagem, ainda que não-econômica, poderiam ser consideradas lícitas pela autoridade de defesa da concorrência.

No final, entendemos que a escolha por levar ou não em consideração os benefícios não-econômicos na análise concorrencial têm um cunho eminentemente ideológico. Trata-se de uma opção da autoridade concorrencial. No fundo, a questão envolve uma discussão muito mais profunda acerca do papel e o objetivo da política de defesa da concorrência – o que, por sua vez, será influenciado pela concepção de cada indivíduo sobre o papel ideal do Estado na economia. As concepções ideológicas afetarão, também, o peso que será conferido para os benefícios não-econômicos da conduta na análise de seus efeitos líquidos. Afinal, na maior parte das vezes os efeitos líquidos de uma conduta não podem ser adequadamente calculados pois envolve fatores de difícil mensuração, e essa dificuldade de mensuração dos efeitos da conduta aumenta quando se leva em consideração benefícios não-econômicos que não conseguem ser tão facilmente levados em consideração em uma análise matemática de custo-benefício.³⁰⁰

³⁰⁰ Nesse sentido, Herbert Hovenkamp diz: “Regulation may also be used to transfer wealth or to address non-economic concerns that standard techniques for measuring efficiency (such as cost-benefit analysis) simply fail

3.4. Conclusão parcial

Neste capítulo, foram apresentados os diferentes incentivos que recaem sobre os acionistas e administradores das empresas estatais e que pautam a conduta concorrencial dessas empresas. Vimos que, além de perseguir o lucro, as empresas estatais também são usadas como instrumento de promoção de políticas públicas. Verificou-se que os acionistas e administradores das empresas estatais têm maiores incentivos que aqueles de empresas privadas para aumentar a escala e o escopo dos serviços da empresa em que atuam, bem como o número de seus empregados. Esses incentivos, e sobretudo o incentivo de preterir o lucro em relação a outros interesses, poderão afetar o seu comportamento no mercado.

À luz desses diferentes incentivos que pautam a conduta das empresas estatais, buscou-se identificar se a análise concorrencial realizada, pelo CADE, da prática de preços predatórios e de outras condutas de abuso de posição dominante, é adequada para diferenciar as condutas lícitas das condutas anticoncorrenciais das empresas estatais.

Vimos que a metodologia aplicada pelo CADE para a análise da prática de preços predatórios pode nem sempre ser adequada para identificar a ocorrência desta conduta quando esta prática é realizada por uma empresa estatal, pois leva em consideração que a predação só seria racional se houvesse possibilidade de recuperação dos lucros. Considerando que os modelos econômicos apresentados por Sidak e Sappington sugerem que a predação por parte de empresas estatais seria racional mesmo na ausência de recuperação, entendemos que o CADE deveria adaptar a metodologia de análise para considerar que as empresas estatais podem praticar preços predatórios sem a necessidade de recuperação de lucro. Não seria necessário, portanto, verificar se a recuperação dos lucros seria possível para que a conduta fosse considerada ilícita.

Em relação às demais condutas de abuso de posição dominante, vimos que o CADE apenas leva em consideração na ponderação dos efeitos das condutas, as eficiências econômicas. Assim, o CADE considera eventuais benefícios não-econômicos das condutas das empresas em geral, e das empresas estatais, especificamente. Caso estes benefícios fossem

to take into account”. (HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: The law of competition and its practice. 2ª Ed. Mineotota: West Group, 1999. p. 725.) Ana Paula Martinez escreve sobre as dificuldades de fazer uma análise de custo-benefício de políticas públicas: “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. 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. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7527>>. Acesso em: 29 Out. 2017).

levados em consideração, algumas condutas das estatais que gerassem benefícios outros que não a eficiência econômica por si só poderiam ser considerados lícitos pelo CADE ainda que gerassem algum prejuízo à concorrência. Isso conferiria um maior grau de liberdade na atuação das empresas estatais em prol do interesse coletivo e da segurança nacional..

CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se entender como se dá o controle concorrencial exercido pelo CADE das condutas unilaterais das empresas públicas e sociedades de economia mista brasileiras. Buscou-se responder, especificamente, (i) se as empresas estatais estão sujeitas ao controle concorrencial de condutas exercido pelo CADE, tal como previsto na Lei nº 12.529/2011, (ii) se o CADE exerce o controle das condutas unilaterais praticadas pelas empresas estatais tal como previsto na legislação aplicável, (iii) se, e em quais casos, deve haver uma isenção do controle concorrencial sobre as condutas unilaterais das empresas estatais; e (iv) se a metodologia adotada pelo CADE para a análise e o controle de condutas unilaterais das empresas estatais é adequada para identificar e coibir práticas anticompetitivas unilaterais praticadas por estas empresas.

Verificamos que as empresas estatais estão sujeitas ao controle concorrencial exercido pelo CADE, e que este vem aplicando a Lei nº 12.529/2011 às estas empresas. Contudo, vimos que, na prática, o CADE só condenou uma empresa estatal por conduta unilateral uma única vez. No caso envolvendo o Consórcio Gemini, a Petrobrás foi condenada por fornecer gás natural ao consórcio do qual fazia parte a condições de contratação mais benéficas do que as ofertadas à Comgás e outras empresas de distribuição de gás natural. Este foi o único caso identificado em que o CADE exerceu de fato o controle unilateral de condutas às empresas estatais. Em nenhum caso a incidência do controle concorrencial foi afastado pelo CADE pelo simples fato de a empresa ser controlada pelo Estado.

Por outro lado, verificamos que pode haver isenção do controle concorrencial decorrente de regulação. Essa isenção – já reconhecida pela doutrina e jurisprudência – se aplica às condutas que são implementadas em decorrência de uma obrigação prevista em alguma norma do Estado. Nesses casos, aplica-se a chamada doutrina da *State Action*, que foi importada pela autoridade da concorrência brasileira, com algumas adaptações. A isenção concorrencial decorrente da regulação não se aplica apenas para as empresas estatais, mas também às empresas privadas. Portanto, ela não é uma peculiaridade das empresas estatais.

Em relação à possibilidade de isenção do controle concorrencial de conduta das empresas estatais, verificamos que, tendo em vista que a gravidade dos problemas de agência significa que o Estado não tem controle total das atividades das empresas públicas e sociedades de economia mista, a isenção total concorrencial não é desejável, pois incentivaria eventuais abusos por parte dos administradores dessas sociedades e possivelmente agravaria os prejuízos deles decorrentes.

Considerando os riscos da utilização da empresa estatal para a promoção de interesses privados, eventual isenção concorrencial poderá ser extremamente prejudicial pois poderia agravar os prejuízos causados em decorrência desta captura, sugerimos que só deveria haver isenção da conduta da empresa estatal quando esta decorresse de alguma autorização legal ou imposição regulatória. Isso evitaria que a empresa estatal fosse utilizada para promover interesse de terceiros não voltados à promoção do interesse público.

Em relação à adequação do controle concorrencial das condutas unilaterais das empresas estatais exercido pelo CADE, verificamos que a metodologia aplicada pelo CADE para a análise da prática de preços predatórios não é adequada para identificar a ocorrência desta conduta quando esta prática é realizada por uma empresa estatal, pois parte de premissas que nem sempre são aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista. Mais especificamente, verificamos que a metodologia de análise realizada pelo CADE para identificar a ocorrência da prática de preços predatórios leva em consideração que a predação só seria racional se houvesse possibilidade de recuperação dos lucros, o que não parece ser sempre verdade em relação às empresas estatais.

Em relação às demais condutas de abuso de posição dominante, vimos que a metodologia proposta pela Resolução nº 20/1999 sugere que o CADE apenas deve levar em consideração, na ponderação dos efeitos das condutas, as eficiências econômicas. Esta metodologia significa que a conduta da empresa estatal que acarrete qualquer prejuízo à concorrência será considerada um ilícito antitruste ainda que gere benefícios de outra natureza, não econômicos.

Caso o CADE levasse em consideração os benefícios não-econômicos das condutas investigadas, 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. Por outro lado, esta postura poderia causar prejuízo à concorrência. Ao final, entendemos que a escolha por considerar, ou não benefícios econômicos tem uma natureza eminentemente ideológica sobre qual o papel do direito da concorrência, em geral, e do CADE, especificamente.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Questão da empresa estatal: economia, política e interesse público. **Revista de Administração de Empresas**, vol.19, n. 4, p. 95-105, 1979.

_____. A empresa pública como agente de políticas do Estado: fundamentos teóricos do seu papel, inclusive em face de nossas relações com o exterior. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Empresa pública no Brasil: uma abordagem multidisciplinar**. Brasília: IPEA, p. 5-32, 1980.

AHARONI, Yair. Performance Evaluation of State-Owned Enterprises: A Process Perspective. **Management Science**, vol. 27, n. 11, p. 1340–1347, 1981.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Direito dos Serviços Públicos**. 3a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **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.

_____. Serviços Públicos e Concorrência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. n. 1, Salvador, fev/mar/abr, 2005.

AREEDA, P.; TURNER, D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act. **Harvard Law Review**, vol. 88, 1975.

BORK, Richard. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. New York: The Free Press, 1978.

BOYCKO, Maxim, et al. “A Theory of Privatisation.” **The Economic Journal**, vol. 106, n. 435, 1996.

BRENNAN, Timothy J. Understanding raising rivals’ costs. **Antitrust Bulletin**. vol. 34, p. 95-113, 1989.

BRUNELL, Richard M. In *Regulators We Trust: The Supreme Court's New Approach to Implied Antitrust Immunity*. **Antitrust Law Journal**, vol. 78. n. 2, p. 279-312, 2012.

BRUTON, Gary D., PENG, Mike W., AHLSTROM, David, STAN, C. V., e XU, Kehan. State-owned enterprises around the world as hybrid organizations. **Academy of Management Perspectives**, vol. 29, n.1, p. 92–114, 2015.

BUETTNER, Jennifer Marie. Leveling the Playing Field: Making Federal Market Participants Accountable for Their Antitrust Violations. **Alabama Law Review**, vol. 50, n. 3, Spring, p. 849-868, 1999.

BULL Jr., Leland. Competition Between Public and Private Enterprise. **American Journal of Comparative Law Supplement**. vol. 26, p. 433-450, 1977-1978.

CÂMARA, Jacinto Arruda. O lucro nas empresas estatais. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n.37, p.12. abr/jun. 2012.

CAPOBIANCO, Antonio. CHRISTIANSEN, Hans. Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options. **OECD Corporate Governance Working Papers**, OECD Publishing, n. 1. 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9xfgdhg6-en>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CRANE, Daniel A. The Perverse Effects of Predatory Pricing Law. **Regulation**, vol. 28, n. 4, p. 26-31, Winter, 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=875364>>.

CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal. Uma análise econômica do artigo 173 da Constituição. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, p. 47-76, 2015.

DA SILVA, Carlos Eduardo Tobias. A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 3, n. 2, p.180-202, nov. 2015.

DA SILVA, Pedro Aurélio de Queriroz. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 1, Bahia, Fev/mar/abr, 2005.

DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. SAMPAIO, Patricia. **Regulação e Concorrência no Setor Ferroviário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Altas, 1993.

DE LUCCA, Newton. **O regime jurídico da empresa estatal no Brasil**. 1986. Tese. (Livre-docência em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

DEWENTER, Kathryn L. MALATESTA, Paul H. “State-Owned and Privately Owned Firms: An Empirical Analysis of Profitability, Leverage, and Labor Intensity.” **The American Economic Review**, vol. 91, n. 1, p. 320–334, 2001.

DONAHUE, John D. **The Privatization Process**. New York: Basic Books, 1989.

EASTERBROOK, Frank H. Predatory Strategies and counterstrategies. **The University of Chicago Law Review**, 1981.

FIDALGO, Carolina B. **O Estado Empresário**: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do estado. São Paulo: Almedina, 2017.

FINE, Ben. Scaling the Commanding Heights of Public Enterprise Economics. **Cambridge Journal of Economics**, vol. 14, n. 2, 127-142, 1990. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/23598233>.

FERNANDES, Praxy. A prestação de contas pelas empresas públicas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 14, vol. p. 90, abr/jun, 1979

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOX, Elenor M. HEALEY, Deborah. When the State Harms Competition: The Role for Competition Law. **Antitrust Law Journal**, vol. 79. n. 3, p. 769-820, 2014.

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-das-empresas-estatais-19042017>>. Acesso em: 08.06.2017.

GEOFFROY, Ricardo Corrêa. Eficiências econômicas em atos de concentração: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas. **Defesa da Concorrência**. V Prêmio SEAE 2010. p. 69-133.

GRAU, Eros R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HANSMANN, Henry. "Ownership of the Firm." **Journal of Law, Economics, & Organization**, vol. 4, n. 2, p. 267–304, 1988.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the Regulatory Enterprise. **Columbia Business Law Review**, n. 2, p. 335-377, 2004.

_____. AREEDA, Phillip. **Antitrust Law**. 3ª Ed. Aspen: Aspen Law & Business, 2006.

_____. **Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice**. 2ª Ed. Minnesota: West Group, 1999

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. State-Owned Enterprises and Competition. **Annual Conference Special Project of The Moroccan Conseil de la Concurrence**. Marrakech, 23-25 de abril de 2014.

_____. Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: **Predatory Pricing Analysis**. Rio de Janeiro, Brasil, Abril, 2012.

JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Tomo II. v. 6. Tradução Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JONES, Alison. SUFRIN, Brenda. **EU Competition Law: Text, Cases, and Materials**. 6ª Ed. Reino Unido: Oxford, 2016

JORDÃO, Eduardo F. **Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy. **Yale Law Journal**, vol. 89, p. 213-270, 1979.

JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre “serviço público” e “atividade econômica”. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 1, p. 119-136, 2006.

KHAN, Lina M. Amazon’s Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, vol. 126, n. 3, 710-805, 2016-2017.

KOSAR, Kevin R., Federal Government Corporations: An Overview, **Congressional Research Service Report RL30365**, 2009.

KRATTENMAKER, Thomas G. SALOP, Steven C Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price. **The Yale Law Journal**, vol. 96, n. 2, p. 209–293, 1986.

LAZZARINI, Sérgio G.; MUSSACHIO, Aldo. **Reinventando o Capitalismo de Estado – O Leviatã nos Negócios: Brasil e outros países**. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. O lucro nas sociedades de economia mista. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. Belo Horizonte, Fórum: 2015. p. 99-130.

LINDSAY, Cotton. A Theory of Government Enterprise. **Journal of Political Economy**. vol. 84, n. 5, p. 1061-1078, out. 1976.

MARCATO, Marília Bassetti. **Revista Administração em Diálogo**, vol. 18, n.1, p. 81-111, Jan/Fev/Mar/Abr, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez, 2016.

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. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7527>>. Acesso em: 29 Out. 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MCGEE, John, Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case. **Journal of Law and Economics**, vol. 1, p.137-168, 1958.

MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In: Jensen, Michael C. (Org.) **A theory of the firm**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge University Press, 2007.

MOTTA, Massimo. SALGADO, Lúcia Helena. **Política da Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

NAÇÕES UNIDAS. Competition Law and The State: Competition laws' prohibitions of anti-competitive State acts and measures, **Unctad Research Partnership Platform Competition Law and The State**. Volume 1: Summary of answers to questionnaire. New York and Geneva, 2015. Disponível em:
<http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2015d3_en.pdf>.

NOMBELA, Gustavo. Effects of Public Ownership over Firms' Size and Overstaffing Problems. **Public Choice**, vol. 108, n. 1/2, p. 1-31, 2001.

NORMANN, Hans Theo. Vertical Mergers, Foreclosure and Raising Rivals' Costs- Experimental Evidence. **The Journal of Industrial Economics**, vol. 59, n. 3, p. 506–527, 2011.

OCDE. Roundtable on the Application of Antitrust Law to State-Owned Enterprises. **Discussion on Corporate Governance and the Principle of Competitive Neutrality for State-Owned Enterprises**. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. 20 de outubro de 2009.

OPPENHEIM, Chesterfield. WESTON, Glen. E. McCARTHY, J. THOMAS. **Federal Antitrust Laws: cases, texts and commentary**. 4a Ed. St. Paul: West Publishing Co., 1981.

ORITZ, Gaspar A. **Principios de derecho público económico**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 462

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.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal**: Função Econômica e Dilemas Societários. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O antitruste e as empresas estatais. **Revista de Direito Mercantil**, vol. 138, n. 138, Abril 2005.

PEREIRA JUNIOR, Walter Luiz. **Advocacia da Concorrência**. CADE. Publicado em 25/04/2017. Disponível em: <<http://seae.fazenda.gov.br/assuntos/advocacia-da-concorrencia>>.).

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

PINHEIRO, Armando C. Impactos microeconômicos da privatização no Brasil. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, vol. 26, n. 3, p. 357-398, 1996.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal**: Função Econômica e Dilemas Societários. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: Sérgio Guerra. (Org.). **Regulação no Brasil**: Uma Visão Multidisciplinar. 1ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 157-188.

_____. Notas Introdutórias sobre o Princípio da Livre Concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 6, p. 13-26, 2005.

_____. “Viaje por R\$ 50,00”: Promoção ou Preço Predatório? **A Revolução Antitruste no Brasil 2**: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos. Ed. Singular, 2008.

RAMAMURTI, Ravi. “Performance Evaluation of State-Owned Enterprises in Theory and Practice.” **Management Science**, vol. 33, n. 7, p. 876–893, 1987.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Regulação da atividade econômica** (princípio e fundamentos jurídicos). 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008

SALOP, Steven C., SCHEFFMAN, David T. Raising Rivals' Costs. **The American Economic Review**, vol. 73, n. 2, p. 267–271, 1983.

SAMPAIO, Patrícia R. P. **Regulação e Concorrência**: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAPPINGTON, David. SIDAK, J. Gregory. Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises. Incentives and Capabilities. In: GUEDES, Richard R. **Competing with the government**: anticompetitive behavior and public enterprise. Stanford, California: Hoover Institution Press, 2004. 1-25.

_____. Are Public Enterprises the Only Credible Predators? **University of Chicago Law Review**, vol. 67, p. 271-292, 2000.

_____. Competition Law for State-Owned Enterprises. **Antitrust Law Journal**, p. 479-523, 2003/2004.

_____. Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises. **Review of Industrial Organization**, vol. 22, n. 3, p. 183-206, mai. 2003.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da **publicatio** e da assimetria regulatória. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

SCHWARTZ, G. Alan. GARB, Gerald. SCHWARTZ, Eli. Predatory Pricing, the Courts, and Public Policy. **Eastern Economic Journal**, vol. 10, n. 3, p. 259-269, jul/set. 1984.

SHLEIFER, Andrei. State Versus Private Ownership. **Journal of Economic Perspectives**. vol. 12, p. 133-150, 1998.

SOARES, Thiago Alvares Duarte Faerman. Preço predatório: em busca de um sistema de avaliação condizente com as diretrizes do SBDC. **Revista de Direito da Concorrência**, vol. 2, n. 1, p. 33-63, mai. 2014.

SOKOL, Daniel D. Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises. **Brigham Young University Law Review**, p. 1713-1812, 2009.

STUCKE, Maurice E. Is competition always good? **Journal of Antitrust Enforcement**, vol. 1, n. 1, p. 162–197, 2013.

TONIN, Mayara Gasparotto. Função social das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. **Estatuto jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 278-279.

TRABAT, Thomas J. **Brazil state-owned enterprises**: a case study of the state as entrepreneur. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

WHITEHEAD, Christine. Introduction, Theory and practice. In: C. Whitehead (Ed.), **Reshaping the nationalized industries**. New Brunswick, NJ: Transaction Books, 1988.

WILEY JR., John Shepard. A Capture Theory of Antitrust Federalism. **Harvard Law Review**, vol. 99, n. 4, p. 713-789, 1986.

VINING, Aiden, R. BOARDMAN, Anthony E. Ownership versus competition: Efficiency in public enterprise. **Public Choice**, vol. 73, n. 2, p. 205-239, 1992.

VICKERS, John. YARROW, George. Economic Perspectives on Privatization. **The Journal of Economic Perspectives**, vol. 5, n. 2, p. 111–132, 1991.