



Na Mídia

17/08/2021 | [O Estado de S. Paulo](#)

Que onda surfa o Cade?

A nova tendência de análise regulatória antitruste

Marco Antonio Fonseca Júnior



É possível se enxergar ondas do antitruste no Brasil. No contexto da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº. 12.529/2011), pode-se dizer que a primeira onda resultou no sistema de controle prévio de concentrações. A segunda teria relação com o combate a cartéis. Já a terceira seria aquela voltada ao combate de condutas unilaterais, o que ficou mais evidente a partir de 2017 (1).

Ocorre que, apesar dos esforços do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no último quinquênio para apurar condutas unilaterais, houve claras dificuldades. Se num primeiro momento a autoridade concorrencial brasileira conseguiu avançar bem na implementação de um novo modelo de análise de operações — a onda inicial

— e no combate a cartéis — a segunda —, a evolução não se deu na mesma velocidade e proporção em relação à perseguição de condutas unilaterais.

Fazendo um paralelo, é como se as duas primeiras ondas se assemelhassem àquelas gigantes da Praia do Norte, no Concelho da Nazaré, em Portugal, mas a terceira fosse mais parecida com as ondas de Banzai Pipeline, no arquipélago havaiano, as mais difíceis de serem surfadas.

A experiência demonstrou que as dificuldades na apuração de condutas unilaterais vão desde a constatação de posição dominante dos agentes investigados, passando pela teoria de dano a ser utilizada para a verificação de existência de fechamento de mercado, até os desafios na análise dos efeitos das práticas. A questão fica ainda mais delicada quando avança sobre os mercados digitais, o que já foi, inclusive, reconhecido pelo Cade (2).

Começou-se, então, a partir de 2019, a se cogitar uma quarta onda antitruste, dessa vez envolvendo o Poder Judiciário, que seria acionado a julgar ações reparatórias decorrentes de danos concorrenciais. No entanto, tal onda também encontrou entraves em questões processuais, como competência e prescrição, e no mérito, principalmente em relação à quantificação dos danos. O fato é que as ações reparatórias concorrenciais ainda estão em fase embrionária no Brasil.

Em meio a esse cenário de incerteza quanto ao grau de efetividade da repressão às condutas unilaterais e da incipiência das ações reparatórias, parece ganhar espaço a análise da regulação sob a óptica antitruste.

Tal movimento de análise concorrencial da regulação ganhou força com a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº. 13.874/2019), que em seu art. 4º estabeleceu como dever da administração pública que se evite o abuso de poder regulatório, de modo a não criar ou permitir normas que favoreçam indevidamente certos agentes em prejuízo dos demais.

Não bastasse a Lei de Liberdade Econômica, a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (Seae) do Ministério da Economia, editou a Instrução Normativa SEAE nº. 97 (IN 97), que estabeleceu a Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (Fiarc) e definiu o que constitui abuso de poder regulatório sob o ponto de vista concorrencial.

A IN 97 traz exemplos de atos que criam reserva de mercado, de enunciados anticompetitivos que impedem a inovação, que criam especificações técnicas desnecessárias, que aumentam custos de transação injustificadamente, dentre outros. A norma também define o procedimento a ser adotado em investigações de abusos de poder regulatório por parte de autoridades reguladoras, seja em âmbito federal, estadual, distrital ou municipal.

Ao que se tem notícia, há ao menos cinco investigações sendo conduzidas pela Seae para a apuração de eventuais abusos de poder regulatório, duas envolvendo o mercado portuário, uma envolvendo a indústria química, outra o setor de transporte rodoviário coletivo e, a última, normas contábeis.

Além disso, nota-se a movimentação do próprio Cade nesse sentido. Recentemente, o órgão antitruste brasileiro começou a endereçar questões envolvendo mercados regulados e suas respectivas legislações. Exemplo disso é o que vem ocorrendo no setor portuário, nos casos envolvendo a cobrança da chamada THC2 (*Terminal Handling Charge-2*) ou SSE (Serviço de Entrega de Contêineres) (3), que, apesar de permitida por norma da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), a Resolução Normativa Antaq 34 vem sendo coibida pelo Cade.

Tal aparente conflito fez, inclusive, com que, em junho, o Cade e a Antaq celebrassem um Memorando de Entendimentos com o propósito de envidarem esforços de cooperação e atuarem de maneira integrada para estabelecer os procedimentos para a análise de indícios de abusividade e infrações à ordem econômica na cobrança do SSE (4).

O Cade também tem se deparado com a chamada livre concorrência tributária, que envolve questões fiscais que têm como base o art. 146-A da Constituição Federal, bem como as legislações estaduais que definem os regimes aplicáveis aos chamados devedores contumazes.

Após o Supremo Tribunal Federal definir como crime a inadimplência fraudulenta de ICMS, o Cade chegou a instaurar inquérito administrativo para investigar possível prática anticompetitiva de devedores de tributos que, em razão de sua inadimplência contumaz, poderiam ter vantagens competitivas em relação a rivais adimplentes (6). O Inquérito Administrativo foi arquivado, mas com sinalização por parte de alguns conselheiros de que a questão merece atenção.

A verdade é que questões regulatórias e seus contornos concorrenciais vêm demandando atenção por parte das autoridades concorrenciais brasileiras. De modo a se evitar investigações com base nesses fundamentos, o Cade se antecipou aos potenciais problemas e deu início a um processo de análise das normas envolvendo os setores portuário e aeroportuário. Trata-se do Projeto de Avaliação Concorrencial nos Setores de Portos e Aviação Civil no Brasil.

O projeto é desenvolvido em parceria com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e contará com a contribuição da Antaq, da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), dentre outros agentes, inclusive da sociedade civil. A avaliação concorrencial teve início em abril e ainda está em curso, com previsão de conclusão para meados de 2022.

Ao que tudo indica, o vento sopra sobre a superfície do mar e as correntes convergem para a formação de uma grande onda. Se o vento parar de soprar, a onda some. Por outro lado, se for forte e duradouro, a água continua a se movimentar até formar ondas que chegarão à areia. Que a investida antitruste sobre a regulação não seja um tenro sopro, mas sim vento capaz de formar uma grande onda, que daqui alguns anos será facilmente identificada como uma das revoluções da política concorrencial brasileira.

***Marco Antonio Fonseca Júnior é advogado do escritório Demarest. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), pós-graduado em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)**