

# REVISÕES POR PARES DA OCDE SOBRE LEGISLAÇÃO E POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA: BRASIL 2019

DESTAQUES • [WWW.OECD.ORG/DAF/COMPETITION](http://WWW.OECD.ORG/DAF/COMPETITION)

## Destques da Revisão por Pares sobre a Legislação e Política Concorrencial no Brasil

O Brasil solicitou a revisão por pares como parte do processo para se tornar membro Associado ao Comitê de Concorrência da OCDE. O relatório elaborado pela OCDE serviu como base do processo de revisão por pares realizado pelo Comitê de Concorrência da OCDE em 27 de novembro de 2018. Esse é o terceiro relatório preparado pela OCDE sobre a política de concorrência no Brasil no âmbito de um processo de revisão por pares. O relatório tem como foco avaliar em que medida as leis, instituições, políticas e práticas de aplicação da legislação concorrencial no Brasil estão em conformidade com os instrumentos de política concorrencial da OCDE.

O Brasil adotou recentemente uma nova Lei de Defesa da Concorrência, como parte de uma série de reformas decorrentes da revisão por pares de 2010. As reformas melhoraram significativamente a legislação e a política de concorrência no Brasil. Em especial, com a criação de um único órgão autônomo da concorrência e com a implementação de um sistema de notificação prévia. A nova Lei reformou de forma efetiva diversas áreas importantes que haviam sido previamente identificadas como sendo passíveis de melhoria, inclusive pelas Revisões por Pares de 2005 e 2010.

Apresenta-se, abaixo, um resumo das recomendações para que o Brasil possa melhorar sua conformidade com as melhores práticas da OCDE em política de concorrência e, assim, aprimorar seu regime concorrencial.

### Desenho Institucional

A nova Lei corrigiu as ineficiências da estrutura anterior, que contava com a competência dividida entre três órgãos distintos da concorrência, ao criar um único órgão – o Cade. A decisão de reunir as funções investigativa e decisória em um único órgão trouxe vantagens em termos de eficiência, mas levantou potenciais preocupações relacionadas a garantias processuais caso a autoridade investigativa estivesse também responsável pela tomada de decisão. Essa questão foi tratada por meio da separação dessas competências em duas unidades distintas. O braço investigativo – a Superintendência-Geral (SG) – ficou responsável por instaurar e conduzir as investigações, e o Tribunal, pela tomada de decisão. Essas unidades estão separadas tanto fisicamente quanto por meio de barreiras internas no Cade (*Chinese Walls*).

Na prática, contudo, o Tribunal possui uma participação muito maior nas investigações do que implicariam as suas funções de analisar as decisões da SG e de decidir sobre a impugnação e/ou recurso em face de atos de concentração e procedimentos administrativos. Com isso, cria-se o risco de comprometer as garantias processuais advindas da separação dessas funções.

Atualmente, não há um sistema de candidatura formal para candidatos interessados nas posições de Presidente, Conselheiro e Superintendente-Geral do Cade. Os membros do Tribunal são nomeados pelo Governo. Com isso, corre-se o risco de passar a impressão de que se trata de um processo politizado, especialmente quando os nomeados têm experiência relevante limitada.

Em relação ao quadro de funcionários, o Cade possui uma taxa de rotatividade alta, especialmente entre os níveis mais juniores. A explicação para esse fenômeno é, alegadamente, a maior atratividade dos salários no setor privado, bem como o fato de não haver uma carreira pública exclusiva para servidores do Cade. Ademais, há necessidade de haver um número maior de economistas, especialmente com alta qualificação, a nível de doutorado. Isso melhoraria a capacidade do Cade para conduzir avaliações quantitativas detalhadas, necessárias em casos de abuso de posição dominante. Uma maior expertise econômica

também permitiria à autoridade conduzir mais avaliações *ex post* de suas atividades, para auxiliar na avaliação futura de casos.

A independência da autoridade é um elemento fundamental para a aplicação eficaz das normas concorrenciais. Apesar da autonomia do Cade em todas as áreas, o Ministério da Justiça possui supervisão orçamentária sobre os gastos do Cade com viagens ao exterior.

## **Poderes para aplicar a legislação concorrencial**

Desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, o abuso de posição dominante não tem sido uma área prioritária para a persecução concorrencial do Cade. Houve poucas investigações e um número ainda menor de decisões de mérito pelo Tribunal, uma vez que a maioria dos casos são concluídos por meio de acordo. A prioridade foi compreensivelmente alocada para a implementação do novo sistema de notificação obrigatória nos primeiros anos após a entrada em vigor da nova lei. Subsequentemente, o programa de combate a cartéis do Cade passou a ser o principal foco da autoridade, especialmente em razão do número de casos decorrente da Operação Lava Jato. Essa pressão, aliada à falta de uma equipe dedicada exclusivamente para tratar do exercício abusivo de posição dominante, ao uso extensivo de acordos e à falta de expertise econômica para conduzir a análise aprofundada necessária, tem limitado o número de casos relacionados ao abuso de posição dominante que o Cade tem conseguido investigar.

Os acordos são amplamente utilizados pelo Cade. O Cade fez alterações em seus procedimentos relacionados à celebração de acordos para aumentar os incentivos para as empresas cooperarem, o que se provou bastante eficaz. Há, todavia, desvantagens. As intervenções do Cade podem não ter efeitos suficientemente dissuasivos, dado que os descontos são generosos e as empresas sabem que podem celebrar um acordo até o momento anterior à decisão final do Tribunal. A possibilidade de que um acordo seja celebrado após a conclusão da instrução da Superintendência Geral impacta na eficiência administrativa e na economia de recursos que geralmente justificam uma política de acordo.

Além de utilizar o critério de notificação baseado em faturamento, o Brasil aplica um teste de efeitos para determinar a obrigatoriedade da notificação de um ato de concentração econômica. A Recomendação da OCDE de 2005 sobre Análise de Ato de Concentração (2005 *OECD Recommendation on Merger Review*) recomenda que os países exerçam competência somente sobre os atos de concentração que tenham umnexo apropriado com sua jurisdição, e utilizem critérios claros e objetivos para determinar se e quando uma operação deve ser notificada. Exemplos de critérios que não são quantificáveis de forma objetiva ou que não estão prontamente disponíveis às partes são a participação de mercado e os efeitos relacionados à operação – como o teste de efeitos realizado pelo Brasil em complemento aos critérios de faturamento para a notificação. A metodologia utilizada para o cálculo das multas aplicadas à infração da Lei de Defesa da Concorrência não está clara. Há insegurança sobre o que constitui um “ramo de atividade empresarial” em relação ao faturamento da empresa infratora.

Também há incerteza sobre como calcular a vantagem auferida da infração e se esse cálculo deve ser de fato realizado. O cálculo do benefício ilícito obtido pelo infrator em decorrência da prática anticompetitiva constitui tarefa extremamente difícil.

## **Advocacia da Concorrência**

A nova Lei de Defesa da Concorrência atribuiu competências relacionadas à advocacia da concorrência para o Ministério da Fazenda (SEPRAC e SEFEL). Com a ausência de impedimento formal na lei, o Cade continua a considerar a advocacia da concorrência como uma de suas principais funções. Essa competência compartilhada em advocacia da concorrência poderia levar a inconsistências, especialmente em relação às respectivas atividades intragovernamentais de advocacia da concorrência e à condução de avaliações de impacto concorrencial em setores da indústria, bem como em políticas e normas existentes e em proposição.

O Cade publicou diversos guias procedimentais (sobre leniência e acordos, por exemplo), mas não publicou muitas diretrizes substantivas. A ausência de guias substantivos em áreas importantes, como a metodologia para o cálculo de multa e o critério para a análise do abuso de posição dominante, tem levado a decisões e abordagens inconsistentes no Cade.

## Principais Recomendações

1. **Garantir uma melhor separação entre a investigação e a tomada de decisão.** As funções do Tribunal e da Superintendência-Geral devem estar delineadas de forma mais clara.
2. **Estabelecer um sistema de nomeação mais transparente** para os Conselheiros e o Superintendente-Geral do Cade.
3. **Dedicar recursos adequados à persecução concorrencial**, por meio da contratação de mais economistas, especialmente com formação a nível de doutorado, e da criação de um plano de carreira específico para o quadro de servidores do Cade.
4. **Aumentar o número de investigações de potenciais práticas de abuso de posição dominante** priorizando casos dessa natureza, criando uma equipe exclusiva para lidar com esses casos e recorrendo menos ao uso de acordos.
5. **Melhorar o escopo e a aplicação da política de acordos do Cade** negociando penas durante a investigação na SG e antes de o caso ser remetido ao Tribunal, reduzindo os níveis de descontos fornecidos em casos de cartel, em linha com os níveis observados em outras jurisdições, e não admitindo acordos em casos envolvendo questões inéditas ou jurídicas complexas.
6. **Garantir que somente critérios quantificáveis de forma objetiva e que estejam prontamente acessíveis** sejam utilizados como critérios para a notificação obrigatória.
7. **Esclarecer a metodologia para o cálculo de multas**, por exemplo, por meio da adoção de uma abordagem simplificada para o cálculo de multas que se baseie em dados prontamente identificáveis e que evite a necessidade de cálculos complexos.
8. **Aumentar a segurança jurídica e a previsibilidade** por meio da publicação de guias substantivos.
9. **Esclarecer as respectivas competências e funções em advocacia da concorrência** do Cade e do Ministério da Fazenda (SEPRAC e SEFEL).

Como participante, o Brasil tem se envolvido ativamente nos trabalhos do Comitê de Concorrência da OCDE. Desde 1997, o Brasil participa regularmente das reuniões do Comitê de Concorrência, dos seus grupos de trabalho e de outros fóruns de concorrência. Até agora, o Brasil foi submetido a três revisões por pares da OCDE sobre legislação e política da concorrência (2005, 2010, 2019). Na sequência dos resultados positivos desses três estudos, o Brasil foi convidado a se tornar um membro Associado ao Comitê de Concorrência da OCDE e de seus respectivos órgãos subsidiários com o objetivo de fortalecer o compromisso e a cooperação com a OCDE.

### **Revisão por Pares da Legislação e Política de Concorrência**

As revisões por pares da OCDE têm se mostrado um instrumento valioso para que os países revisem e fortaleçam seu quadro de defesa da concorrência.

Os mecanismos de revisão por pares variam, mas estão fundados na disposição de um país para submeter sua legislação e política a questionamentos substantivos por pares.

O processo fornece percepções valiosas ao país em análise, se aprofundando em como determinado país lida com questões relacionadas à concorrência e à regulação, desde a solidez de sua legislação concorrencial à estrutura e efetividade de suas instituições de defesa da concorrência.

Ademais, essas revisões incorporam recomendações para alterar políticas governamentais.

Todas as revisões estão disponíveis em: [www.oecd.org/daf/competition](http://www.oecd.org/daf/competition)

<b>África do Sul (2003)</b>	<b>Panamá (2010)</b>
<b>América Latina (2006, 2007, 2012)</b>	<b>Peru (2004, 2018)</b>
<b>Argentina (2006)</b>	<b>República do Salvador (2008)</b>
<b>Brasil (2005, 2010, 2019)</b>	<b>República Tcheca (2008)</b>
<b>Cazaquistão (2016)</b>	<b>Romênia (2014)</b>
<b>Chile (2004)</b>	<b>Rússia (2004)</b>
<b>Colômbia (2009)</b>	<b>Taipé Chinês (2006)</b>
<b>Costa Rica (2014)</b>	<b>Turquia (2005)</b>
<b>Dinamarca (2015)</b>	<b>Ucrânia (2008)</b>
<b>Grécia (2018)</b>	<b>União Europeia (2005)</b>
<b>Honduras (2011)</b>	<b>Vietnã (2018)</b>
<b>México (2004)</b>	