REVISTA DO

IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Volume 23 - Número 2 - 2017

IBRAC | INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Volume 23 - Número 2 - 2017

ISSN 1517-1957

IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional
Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
05013-001 - São Paulo - SP Brasil
Tel: 55 11 3872 2609 3673 6748
www.ibrac.org.br
ibrac@ibrac.org.br

Editor Responsável: Guilherme Favaro Corvo Ribas
Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial

Amanda Flávio de Oliveira
Barbara Rosenberg
Bernardo Macedo
Caio Mario da Silva Pereira Neto
Carlos E. Joppert Ragazzo
Isabel Vaz
Juliano Maranhão
Leonor Cordovil
Marcio Dias Soares
Mariana Villela
Mauro Grinberg
Patricia Regina Pinheiro Sampaio
Pedro Dutra
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Vicente Bagnoli

DIRETORIA E CONSELHO DELIBERATIVO DO IBRAC 2016 - 2017

DIRETORIA

Diretor-Presidente
Eduardo Caminati Anders
Vice-Presidente
Barbara Rosenberg
Diretor de Concorrência
Marcio de Carvalho Silveira Bueno
Diretora de Consumo e Rio de Janeiro
Mariana Villela
Diretor de Comércio Internacional
Francisco Niclós Negrão
Diretor de Publicações
Guilherme Favaro Corvo Ribas

Diretor de Relações Institucionais
Lauro Celidonio
Diretor de Regulação
Caio Mario da Silva Pereira Neto
Diretora de *Compliance*
Maria Eugênia Novis
Diretora de Economia
Sílvia Fagá de Almeida
Diretor de Brasília
Leonardo Peres Da Rocha E Silva
Diretor de Contencioso Econômico
Bruno de Lucca Drago

CONSELHO DELIBERATIVO

Pedro Zanotta - **Presidente**
Paola Pugliese - **Vice-Presidente**
Adriana Giannini
Alexandre Ditzel Faraco
Aurélio Marchini Santos
Bernardo Macedo
Bruno Peres Carbone
Carlos Francisco de Magalhães
Carol Monteiro de Carvalho
Cristianne Saccab Zarzur
Daniel Oliveira Andreoli
Enrico Spini Romanielo
Fabiana Tito
Fabricio A. Cardim de Almeida
Fernando Marques
Flávia Chiquito dos Santos
João de Aquino Rotta
José Inácio Ferraz de Almeida
Joyce Ruiz Rodrigues Alves
Juliano Maranhão
Leonardo Canabrava Turra
Leonardo Maniglia Duarte
Leonor Cordovil
Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias
Marcelo Procópio Calliari
Marcio Dias Soares
Marcos André Mattos de Lima
Carla Amaral Junqueira
Mario Girasole
Mauro Grinberg
Paulo L. Casagrande
Paulo Lilla
Pedro Dutra
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Priscila Brolio Gonçalves
Renê Guilherme da Silva Medrado
Ricardo Inglez de Souza
Ricardo Lara Gaillard
Sérgio Varella Bruna
Sonia Maria Giannini M. Döbler
Thais Matallo Cordeiro Gomes
Tito Amaral de Andrade
Ubiratan Mattos
Vicente Bagnoli

APRESENTAÇÃO

Os frutos do Concurso de Monografias TIM-IBRAC

Nesta edição encontramos os artigos selecionados pela Comissão Julgadora do Prêmio IBRAC-TIM 2017 para publicação na Revista do IBRAC. Além dos trabalhos apresentados pelos três primeiros colocados (Marcelo Nunes de Oliveira, Guilherme de Aguiar Falco e Thaiane Vieira Fernandes de Abreu), os leitores poderão apreciar outros vinte e dois elaborados por autores da categoria pós-graduação/profissional.

Os textos, de excelente qualidade, foram revisados no sistema *blind review*, além do subscritor, pelos seguintes examinadores, a quem agradecemos pela incondicional dedicação ao projeto: Bruno Drago, Francisco Negrão, Leonor Cordovil, Mariana Villela, Pedro Paulo Cristófaro, Silvia Faga, Tomás Paiva e Vicente Bagnoli.

Agradecimentos especiais a Gustavo Madi, Marcelo Mejias, Mariana Villela e Priscila Brolio, que, junto comigo, formam a Comissão Julgadora desde 2010, primeiro ano da parceria entre IBRAC e TIM Celular.

Nesses oito anos de existência do Concurso de Monografias, foram apresentados mais de 300 trabalhos, 50 deles em 2017! Participaram dezenas de estudantes (graduação e pós graduação), profissionais e autoridades, com formações variadas (Direito, Economia, Administração etc.) em escolas do Brasil e do exterior. Esses números por si só comprovam o sucesso do projeto do IBRAC de incentivo à produção acadêmica na área antitruste e de disseminação da cultura da concorrência no país.

O Prêmio TIM-IBRAC foi objeto de reconhecimento nacional e internacional durante a concorrida cerimônia de entrega das premiações, realizada em 26 de outubro de 2017, durante o 23º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, em Campos do Jordão. Presidida por Mario Girasole (Vice-Presidente da TIM Celular e Conselheiro do IBRAC) e Eduardo Caminati (Presidente do IBRAC), a mesa da cerimônia foi composta por Alexandre Barreto de Souza (Presidente do CADE), Alexandre Cordeiro Macedo (Superintendente Geral do CADE), Professor Richard Whish (King's College London) e Professor William Kovacic (George Washington University), que fizeram diversos elogios ao trabalho desenvolvido.

Boa leitura.

Guilherme Favaro Corvo Ribas

Diretor de Publicações do IBRAC e Coordenador da Revista

SOBRE OS AUTORES

Allan Fuezi de Moura Barbosa. Mestrando em Direito da Concorrência e da Regulação pela Universidade de Lisboa, tendo participado do Programa Erasmus+, na Universidade de Bolonha (Itália). Pós-Graduado em Direito Europeu em Acção - A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (Instituto de Direito Europeu - Universidade de Lisboa). Pós-Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal) e em Administração pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogado.

Amanda Athayde Linhares Martins. Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e da Concorrência no Instituto de Direito Público Brasiliense (IDP). Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste do Cade.

Andressa Lin Fidelis. Mestre em economia aplicada pela Barcelona Graduate School of Economics (2017). LL.M. em concorrência e telecomunicações pela Georgetown Law (2014). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2011). Inscrita na Ordem de Advogados do Brasil e de Portugal. Ex-coordenadora da unidade de leniência do Cade (2015-2016). Trainee na Federal Trade Commission (2014) e associada em escritório de concorrência em São Paulo (2009-2013). Advogada em Bruxelas.

Bruna Motta Piazera. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Assistente no Programa de Leniência Antitruste do Cade.

Bruno Bastos Becker. Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre (LL.M) em Direito pela Yale University (2017). Bacharel em Direito pela UFRGS. Advogado e professor convidado em cursos de graduação e pós-graduação. Ex-diretor da Associação Brasileira de Direito e Economia. Diretor do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul.

Bruno Braz de Castro. Doutor (2017), Mestre (2012) em Direito Econômico e Bacharel em Direito (2010) pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogado e consultor.

Carlos Eduardo Vieira Ramos. Mestrando em Sociologia Jurídica na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduado em

Direito pela mesma instituição, com período na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Membro do Núcleo de Estudos em Concorrência e Sociedade – NECSO. Assistente I no Gabinete da Corregedoria-Regional da Justiça Federal da 3ª Região.

Fernanda Garibaldi Barreto de Oliveira. Mestranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (2012). Ex-intercambista da Faculdade de Direito da Universidad Autónoma de Madrid. Advogada (direito concorrencial e compliance corporativo).

Fernando Amorim Soares de Mello. Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (2018 - atual). Mestre (2017) e Bacharel (2013) em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Atualmente é Servidor do Gabinete da Superintendência-Geral do Cade.

Glauco Avelino Sampaio Oliveira. Ph.D em Economia Política e Mestre em Economia pela University of Southern Califórnia. Membro da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em exercício no Cade.

Guilherme D'Alessandro Silva. Mestre em Economia do Setor Público pela Universidade de Brasília - UnB (2016). Especialização em Defesa da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2009). Engenheiro de Redes de Comunicação pela Universidade de Brasília- UnB (2003). Coordenador na Superintendência-Geral do Cade.

Guilherme de Aguiar Falco. Mestre em direito (LL.M) pela Columbia University, NY e em economia pela Universidade Federal de São Carlos. Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e em economia pela Universidade de São Paulo (USP).

Guilherme Teno Castilho Misale. Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduado pela mesma instituição em 2011. Especialização em Compliance pela Fundação Getúlio Vargas. Participou do Programa de Intercâmbio do CADE (PinCADE) em 2010. Cofundador do Núcleo de Estudos em Concorrência e Sociedade (NECSO) na Faculdade de Direito da DUSP. Ex-bolsista da Fundación Botín. Advogado (direito concorrencial e compliance corporativo).

Isabela Maiolino. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (2017). Assistente na Coordenação-Geral de Análise Antitruste 02 da Superintendência-Geral do Cade.

João Victor Freitas Ferreira. Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Monitor da disciplina de Concorrência, Mercado e Regulação. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Advogado com atuação na área concorrencial e anticorrupção.

Levi Borges de Oliveira Veríssimo. Pós-Graduando em Direito Administrativo e Pós-Graduado em Direito Imobiliário pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado da UnB. Advogado.

Lucas D'Angelo Colacino. Formado em Economia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Foi Assessor no Cade e Intercambista do Programa de Intercâmbio do Cade, atuando no Departamento de Estudos Econômicos. Economista.

Lucas Griebeler da Motta. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS (2015). Aluno especial do Programa de Mestrado em Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo -USP. Autor de artigos acadêmicos sobre ações indenizatórias decorrentes da prática de cartel, abuso de posição dominante e condutas unilaterais, bem como atos de concentração no mercado de entretenimento/mídia. Finalista nos Concursos de Monografias sobre Defesa da Concorrência promovidos pelo IBRAC em 2016 e 2017. Advogado na área concorrencial, em São Paulo.

Luiza Andrade Machado. Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (2014), com participação em intercâmbio acadêmico na Université Panthéon-Assas (Paris II). Advogada.

Marcela Abras Lorenzetti. Pós-graduanda em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – GVLaw. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2015).

Marcelo Nunes de Oliveira. Graduado em Administração de Empresas pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Defesa da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Mestrando em Administração - Finanças pela UnB. Graduando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Coordenador-Geral de Análise Antitruste na Superintendência-Geral do Cade, autarquia onde está lotado desde 2009.

Márcio Roberto Moran. Bacharel em Economia, Mestre e Doutor em

Administração pela Universidade de São Paulo (USP), com tese desenvolvida no Virginia Polytechnic Institute and State University (Virginia Tech), nos Estados Unidos. MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Instituto de Administração (FIA). Sócio-fundador da OTB Assessoria em Projetos e Soluções de Negócios. Professor nos cursos de pós-graduação da FIA Business School.

Maria Gabriela Castanheira Bacha. Pós-graduada em Direito Econômico (2017) e Bacharel em Direito (2013) pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Advogada em São Paulo.

Moisés de Andrade Resende Filho. Ph.D em Economia Agrícola e Aplicada pela University of Minnesota (2005). Professor Associado do Departamento de Economia da Universidade de Brasília (UnB).

Murilo Machado Sampaio Ferraz. Advogado especializado em direito concorrencial e regulatório. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (2007). LL.M. em Direito do Estado e da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV/RJ (2016). Membro do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Paolo Zupo Mazzucato. Advogado. Professor da Pós-Graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP (GVLaw). Bacharel e Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Presidente da Comissão Permanente de Estudos de Direito da Concorrência e da Regulação Econômica da OAB/MG.

Priscilla Craveiro da Costa Campos. Especialista em Gestão Pública pela UniProjeção e Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Servidora no Programa de Leniência Antitruste do Cade.

Tereza Cristine Almeida Braga. Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Professora Voluntária da Universidade de Brasília. Especialista em Planejamento Tributário pelo Departamento de Ciências Contábeis da Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Bacharela em Direito pela (UnB). Chefe de Assessoria no Tribunal do Cade.

Thaiane Vieira Fernandes de Abreu. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Advogada.

SUMÁRIO

Apresentação **5**
Sobre os autores **6**
Ganhadores do Prêmio Tim-IBRAC 2017 ..... **17**

Concorrência potencial: teoria do dano ou futurologia? **21**

Marcelo Nunes de Oliveira

1. Introdução 21
2. Concorrência potencial - conceito 23
3. A concorrência potencial na visão das autoridades 25
4. Concorrência potencial na prática 32
5. Conclusão 36
6. Referências 37

Para além do antitruste: a necessidade de um novo paradigma para a política de concorrência no Brasil **40**

Guilherme de Aguiar Falco

1. O governo em prol da concorrência: o modelo administrativo de repressão antitruste e os prêmios e riscos trazidos pela Lei nº 12.529/11 42
2. O governo enquanto entrave à concorrência: a necessidade de o Brasil incorporar uma política abrangente de promoção da concorrência 52
3. Considerações finais – concorrência enquanto política de desenvolvimento para o Brasil 57
4. Referências 59

Análise dos remédios antitruste aplicados pelo Cade a partir da vigência da Lei 12.529/11 ..... **64**

Thaiane Vieira Fernandes de Abreu *64*

1. Aplicação dos remédios antitruste pelo Cade – análise de dados (2012 a 2017) 66
2. Evolução na aplicação de remédios antitruste pelo Cade 74
3. Conclusão 78
4. Referências 79

Do conteúdo local nas licitações à liberalização dos mercados públicos: uma mudança com vistas à prevenção de carteis? **82**

Allan Fuezi de Moura Barbosa *82*

1. Introdução 82
2. O cartel em licitações 83

3. O conteúdo local na lei geral das licitações 86
4. A liberalização dos mercados: um meio preventivo 93
5. Conclusão 99
6. Referências 99

Dez parâmetros para distinguir um cartel único de múltiplos cartéis 102

Amanda Athayde Linhares Martins, Bruna Motta Piazera e Priscilla Craveiro da Costa Campos

1. Introdução 102
2. Proposta de parâmetros: cartel único ou múltiplos cartéis no antitruste 109
3. Conclusão 118
4. Referências 119

Data-driven mergers: a call for further integration of dynamic effects into competition analysis 123

Andressa Lin Fidelis

1. Introduction 124
2. Data-driven markets: can a concentrated market still be competitive? 125
3. Incorporating a more dynamic approach into merger analysis: what does it mean? 130
4. Could a dynamic analysis have changed the outcome of Facebook/WhatsApp? 134
5. Conclusion 139
6. References 139

Economia comportamental e a "cegueira" de autoridades antitruste a estratégias atípicas de abuso 144

Bruno Bastos Becker

1. Introdução 144
2. Conservadorismo do antitruste e a dominância da (micro) economia tradicional 147
3. Os quase tipos de abuso de posição dominante 151
4. A limitada racionalidade de autoridades concorrenciais 160
5. Conclusão 162
6. Referências 164

A compressão de margens na fronteira do direito concorrencial 167

Bruno Braz de Castro

1. Breve introdução. A compressão de margens na fronteira das teorias tradicionais de condutas anticoncorrenciais 168
2. A "compressão de preços" na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA 168

3. A "compressão de margens" na jurisprudência da Corte Europeia de Justiça 175
4. A compressão de margens e o direito concorrencial brasileiro 180
5. Considerações finais 184
6. Referências 185

Das assimetrias de informação às assimetrias de concorrência: uma análise da aplicação do direito da concorrência no mercado de informações ao crédito do Brasil 192

Carlos Eduardo Vieira Ramos

1. Introdução 192
2. O problema econômico: as assimetrias de informação e os mercados de informação sobre o crédito 195
3. Da economia ao antitruste: a experiência do direito concorrencial nos mercados de informação de crédito 199
4. Conclusão 207
5. Referências 208

A intervenção de terceiros interessados no controle de estruturas: teoria e prática à luz da experiência do Cade 211

Fernanda Garibaldi Barreto de Oliveira e Guilherme Teno Castilho Misale

1. Introdução 211
2. O instituto do terceiro interessado 215
3. Estatísticas de terceiros interessados em atos de concentração e as primeiras sinalizações 220
4. Casos práticos envolvendo terceiros interessados 223
5. Notas conclusivas 228
6. Referências 229

Uma regra per se à brasileira? A aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto na jurisprudência do Tribunal do Cade 232

Fernando Amorim Soares de Mello

1. Introdução 232
2. Regime dos padrões de prova no enforcement das condutas anticompetitivas: elementos da regra per se e regra da razão 235
3. Condutas anticoncorrenciais no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e no direito sancionador na Lei 12.529/2011 237
4. A ilicitude do objeto na experiência do Tribunal do Cade 245
5. Síntese: o alcance da discricionariedade administrativa no contexto institucional da ilicitude pelo objeto no processo sancionador antitruste 252
6. Conclusões 254
7. Referências 255

Economic globalization and competition - institutional responses.....259

Glauco Avelino Sampaio Oliveira

1. Introduction 259
2. Economic Globalization and Competition.....261
3. Political economy theories of trade and competition in global markets 266
4. Institutional responses to competition in international markets.....270
5. Conclusion.....273
6. References 274

Uma análise sobre poder de mercado ao longo da cadeia produtiva da carne bovina no Brasil 278

Guilherme D'Alessandro Silva, Moisés de Andrade Resende Filho

1. Introdução.....278
2. A cadeia produtiva da carne bovina (CPCB) no Brasil 279
3. Modelo teórico.....282
4. Estratégia de estimação, resultados e discussão 287
5. Conclusão 295
6. Referências 295

Alternativas ao uso de documentos provenientes de acordos de leniência nas ações privadas de reparação pela prática de cartel 298

Isabela Maiolino

1. Introdução.....298
2. Repressão a cartéis, leniência e confidencialidade 300
3. Ação privada de reparação de danos.....301
4. Cenários e opções 304
5. Conclusão 309
6. Referências 310

Contando cartéis: muitos acordos e quantas condutas? 314

João Victor Freitas Ferreira

1. Contando cartéis: uma experiência contraintuitiva.....314
2. O problema de múltiplos conluios na atuação repressiva do Cade em casos de cartel.....316
3. Quantificação de conluios: fundamentos teóricos e experiências em outras jurisdições 319
4. Contando cartéis no Brasil.....323
5. Considerações finais.....328
6. Referências 329

Análise da efetividade da arbitragem como meio de monitoramento de remédios antitruste na jurisprudência do Cade.....331

Levi Borges de Oliveira Veríssimo

1. Introdução.....331
2. Noções sobre controle de concentração e função do procedimento arbitral...333
3. Precedentes do Cade.....335
4. Conclusões.....344
5. Referências.....346

Cartel em concorrências públicas e corrupção: trade-off e política ótima..347

Lucas D'Angelo Colacino

1. Introdução.....347
2. Corrupção e cartel em concorrências públicas.....348
3. Estudos de casos e melhores práticas.....351
4. Melhores práticas para coibir corrupção e cartel em concorrências públicas.357
5. Conclusão.....360
6. Referências.....361

Breve estudo sobre preocupações concorrenciais e remédios comportamentais impostos em concentrações econômicas no mercado de televisão por assinatura ("pay-tv").....364

Lucas Griebeler da Motta

1. Introdução.....364
2. Considerações introdutórias sobre o funcionamento da cadeia produtiva de prestação de serviços de Pay-TV.....365
3. Características do mercado de Pay-TV que devem ser levadas em conta em uma análise antitruste.....368
4. Breve análise de casos.....375
5. Conclusão: preocupações concorrenciais semelhantes em casos, épocas e jurisdições dessemelhantes.....383
6. Referências.....384

Desafios do big data ao direito da concorrência.....387

Luiza Andrade Machado

1. Introdução.....387
2. O conceito de big data.....388
3. Atos de concentração e big data.....390
4. Condutas anticompetitivas e big data.....395
5. Conclusões.....400

A infração de gun jumping na jurisprudência do Cade 405

Marcela Abras Lorenzetti

1. Introdução 405
2. Jurisprudência do Cade 407
3. Sinais para o mercado 412
4. Experiência internacional 414
5. Conclusão 416
6. Referências 417

A defesa da concorrência em setores regulados: um estudo empírico sobre a atuação do Cade 419

Márcio Roberto Moran

1. Introdução 419
2. Fundamentação teórica 420
3. Estratégia empírica 422
4. Análise dos resultados 426
5. Considerações finais 429
6. Referências 429

Função do Cade no controle de estruturas: uma análise dos acordos em controle de concentração 432

Maria Gabriela Castanheira Bacha

1. Introdução 432
2. Regulação econômica e defesa da concorrência 433
3. O controle de estruturas pelo Cade 435
4. Aspectos da função do Cade diante dos remédios impostos em ACCs 437
5. Conclusões 444
6. Referências 446

Fixação de preço de revenda no e-commerce: uma análise à luz da jurisprudência nacional e internacional 448

Murilo Machado Sampaio Ferraz

1. Apresentação do Caso Gerador Hipotético 448
2. A Fixação de preço de revenda ("FPR") na legislação e na doutrina concorrencial brasileira 450
3. A FPR na jurisprudência norte-americana 457
4. A FPR na jurisprudência europeia 458
5. Análise do caso gerador 461
6. Conclusão 462
7. Referências 463

Qual o termo inicial da prescrição nas ações reparatórias por cartelização? 465

Paolo Zupo Mazzucato

1. Considerações preliminares 465
2. Compreendendo o instituto da prescrição 466
3. Violação do direito ou ciência desta pela vítima? 470
4. Há outros fatores em lei a interferir no curso do lapso prescricional? 475
5. As mudanças legislativas propostas pelo CADE: solução? 478
6. À guisa de conclusão: qual o termo inicial? 479
7. Referências 479

Remédios em atos de concentração: aprendizados e aprimoramentos 482

Tereza Cristine Almeida Braga

1. Introdução 482
2. Premissas e inspirações 484
3. Cinco anos: nova Lei, novos remédios 487
4. O que esperar? 492
5. Referências 495

GANHADORES DO PRÊMIO TIM-IBRAC 2017

Categoria Pós-Graduação/Profissional

1º Colocado

Concorrência potencial: teoria do dano ou futurologia?

Marcelo Nunes de Oliveira

2º Colocado

Para além do antitruste: a necessidade de um novo paradigma para a política de concorrência no Brasil

Guilherme de Aguiar Falco

3º Colocado

Análise dos remédios antitruste aplicados pelo Cade a partir da vigência da Lei 12.529/11

Thaiane Vieira Fernandes de Abreu

Recomendados pela Comissão Organizadora

Do conteúdo local nas licitações à liberalização dos mercados públicos: uma mudança com vistas à prevenção de carteis?

Allan Fuezi de Moura Barbosa

Cartéis e hidras de Lerna: da mitologia grega ao estudo da colusão única ou das colusões múltiplas no antitruste

Amanda Athayde Linhares Martins

Bruna Motta Piazera

Priscilla Craveiro da Costa Campos

Data-driven mergers: a call for further integration of dynamic effects into competition analysis

Andressa Lin Fidelis

Economia comportamental e a "cegueira" de autoridades antitruste a estratégias atípicas de abuso

Bruno Bastos Becker

A compressão de margens na fronteira do direito concorrencial

Bruno Braz de Castro

Das assimetrias de informação às assimetrias de concorrência: uma análise da aplicação do direito da concorrência no mercado de informações ao crédito do Brasil

Carlos Eduardo Vieira Ramos

A intervenção de terceiros interessados no controle de estruturas: teoria e prática à luz da experiência do Cade

Fernanda Garibaldi Barreto de Oliveira

Guilherme Teno Castilho Misale

Uma regra *per se* à brasileira? A aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto na jurisprudência do Tribunal do Cade

Fernando Amorim Soares de Mello

Economic globalization and competition - institutional responses

Glauco Avelino Sampaio Oliveira

Uma análise sobre poder de mercado ao longo da cadeia produtiva da carne bovina no Brasil

Guilherme D'Alessandro Silva

Moisés de Andrade Resende Filho

Alternativas ao uso de documentos provenientes de acordos de leniência nas ações privadas de reparação pela prática de cartel.

Isabela Maiolino

Contando cartéis: muitos acordos e quantas condutas?
João Victor Freitas Ferreira

Análise da efetividade da arbitragem como meio de monitoramento de remédios antitruste na jurisprudência do Cade.
Levi Borges de Oliveira Veríssimo

Cartel em concorrências públicas e corrupção: *trade-off* e política ótima
Lucas D'Angelo Colacino

Breve estudo sobre preocupações concorrenciais e remédios comportamentais impostos em concentrações econômicas no mercado de televisão por assinatura ("pay-tv")
Lucas Griebeler da Motta

Desafios do *big data* ao direito da concorrência
Luiza Andrade Machado

A infração de *gun jumping* na jurisprudência do Cade
Marcela Abras Lorenzetti

A defesa da concorrência em setores regulados: um estudo empírico sobre a atuação do Cade
Márcio Roberto Moran

Função do Cade no controle de estruturas: uma análise dos acordos em controle de concentração
Maria Gabriela Castanheira Bacha

Fixação de preço de revenda no e-commerce: uma análise à luz da jurisprudência nacional e internacional.
Murilo Machado Sampaio Ferraz

Qual o termo inicial da prescrição nas ações reparatórias por cartelização?
Paolo Zupo Mazzucato

Remédios em atos de concentração: aprendizados e aprimoramentos
Tereza Cristine Almeida Braga

CONCORRÊNCIA POTENCIAL: TEORIA DO DANO OU FUTUROLOGIA?

Marcelo Nunes de Oliveira

Resumo: Recentes decisões do Cade em análises de atos de concentração trouxeram um elemento adicional, e pouco usual no histórico da autoridade, para a avaliação dos impactos competitivos de uma concentração econômica: a concorrência potencial. Analisando a literatura especializada e decisões em outras jurisdições, percebe-se que não se trata de um tema novo, não obstante seu uso como teoria do dano seja controverso e ainda não sistematizado. Considerando a atenção dada pelo Cade ao referido tema, este artigo buscou explorá-lo, aprofundando aspectos já apresentados pela autoridade e abordando seu uso em outras jurisdições.

Palavras-chave: Concorrência potencial; fusões e aquisições; inovação; entrada; teoria do dano.

Keywords: Potential competition; mergers and acquisitions; inovation; entry; theory of harm.

1. Introdução

Em artigo escrito por Richard A. Posner, analisando a aplicação da doutrina da concorrência potencial em cortes norte-americanas, o agora ex-juiz da Corte de Apelação do Sétimo Circuito, em Chicago, atestou, em tom crítico: "[a] Doutrina da Concorrência Potencial foi desenvolvida pela Corte, e a Corte deveria abandoná-la, e deveria fazê-lo logo".

O ano era 1975, e o uso da concorrência potencial como teoria do dano houvera sido utilizado em alguns casos[1] no final da década de 1960 e início da década de 1970, gerando divergências de entendimento entre as cortes americanas a seu respeito. Segundo Posner (1975), não havia um modo de traduzir os *insights* teóricos sobre os possíveis danos da eliminação de um concorrente potencial em um padrão objetivo de ilegalidade. A assertiva

[1] United States v. Penn-Olin (1964); Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co. (1967); e United States v. Falstaff Brewing Co. (1973).

apontava para a talvez principal fragilidade do argumento: avaliar, por meio um padrão objetivo, os efeitos de algo – a concorrência - existente somente no campo teórico, potencial, ainda que passível de se estimar em termos probabilísticos, e os efeitos de sua eliminação.

A despeito da crítica acima, no último ano, o Cade se valeu da análise de concorrência potencial em alguns dos casos mais complexos que passaram pela autarquia antitruste no referido período, todos eles objeto de impugnação e decididos com algum tipo de restrição, parcial ou total.

Em BM&F-Bovespa/Cetip[2], a Superintendência-Geral do Cade (SG) abordou o tema em maior profundidade, analisando três cenários distintos em que, dada a complementariedade de suas atividades, uma poderia ser vista como uma potencial concorrente da outra. Utilizando-se de informações qualitativas a respeito de como uma requerente percebia a outra antes da operação e evidências - inclusive declaração da própria Cetip de que estaria desenvolvendo um serviço de Contraparte Central – CCP, a SG concluiu que em ao menos um cenário (entrada da Cetip no segmento de balcão com CCP) a concorrência potencial era factível, e sua eliminação poderia levar a uma perda de competitividade efetiva no futuro. Tal conclusão se somou a outras preocupações concorrenciais que subsidiaram a negociação de um Acordo em Controle de Concentrações – ACC entre o Cade e as partes.

Em Kroton/Estácio[3], novamente a questão foi levantada, tendo a SG concluído que as Requerentes seriam potenciais concorrentes em diversos mercados em que ao menos uma das partes já atuava ou mesmo em mercados em que nenhuma das partes possuía operação. Para tanto, a SG se valeu de dois tipos de evidência: (i) a estratégia passada de expansão de ambos os grupos, que apontaria para o protagonismo das partes no movimento de consolidação da educação superior no Brasil, seja via crescimento orgânico, seja via aquisições; e (ii) os planos de expansão de ambas as instituições, inclusive com pedidos de autorização no Ministério da Educação que conferiam previsibilidade e razoável nível de probabilidade de efetivação. Tais argumentos também subsidiaram a impugnação da operação junto ao Tribunal, que a reprovou em decisão majoritária.

Por fim, na análise da operação envolvendo as empresas Dow e DuPont[4], embora de maneira mais tangencial e sob o enfoque de inovação, o Cade também manifestou preocupação quanto ao fato de que "poucos *players* no mundo contam com capacidade de inovação comparável à das Requerentes",

[2] AC nº 08700004860/2016-11, de interesse das empresas BM&F Bovespa e Cetip.

[3] AC nº 08700.006185/2016-56, de interesse das empresas Kroton S.A e Estácio S.A.

[4] AC nº 08700.005937/2016-61, de interesse das empresas Dow e DuPont.

e que a sobreposição entre as partes não apenas em mercados já existentes mas em *pipelines* de novos produtos, evidenciando que a análise se preocupou com os efeitos dinâmicos da operação, e seus impactos na competição futura. A operação também foi aprovada condicionada à assinatura de um ACC.

Considerando essa sinalização recente do Cade quanto à preocupação relativa aos efeitos sobre a concorrência potencial de operações de concentração econômica, é razoável se questionar se as evidências sugerem uma mudança de postura, com maior atenção da autoridade em relação aos efeitos dinâmicos – e não apenas estáticos – de operações de fusões e aquisições, bem como a aderência dessa possível tendência em relação a melhor prática antitruste internacional.

Nesse sentido, além desta introdução, este artigo contém outras quatro seções. A seção dois apresenta uma breve conceituação da doutrina de concorrência potencial. Na seção três, será apresentado um breve resumo sobre a abordagem de outras jurisdições quanto à concorrência potencial. A seção quatro traz uma análise crítica da referida doutrina com base em estudos já realizados. A seção cinco, por fim, apresenta as considerações finais a respeito.

2. Concorrência potencial - conceito

A ideia básica por trás do conceito de concorrencial potencial remonta ao início do século do século passado quando, em artigo denominado "*The real dangers of the trusts",* Clark (1904, apud Kern, 2014) afirmou que, mesmo sob concorrência imperfeita, a ameaça percebida de uma entrada no mercado teria o poder de disciplinar as firmas incumbentes, o que as impediria de exercer o poder de mercado. Décadas mais tarde, Baumol (1982) capturou esse entendimento em sua teoria sobre mercados contestáveis. Segundo o autor, um mercado contestável é aquele cuja entrada é absolutamente livre, e a saída é pouco custosa, no sentido que um potencial entrante não se encontra em desvantagem em relação aos incumbentes no que tange às técnicas de produção, qualidade ou escala[5].

Nesse sentido, a mera potencialidade de entrada futura de um novo competidor seria fator de disciplina da atuação das firmas já atuantes, na medida em que o exercício de poder de mercado levaria, necessariamente, à atração de novos competidores. Segundo Kern (2014), esse efeito disciplinador tem sido considerado nas cortes americanas no processo de análise de fusões e aquisições e é conhecido como "Concorrência Potencial Percebida". Um concorrente

[5] O potencial entrante avaliaria a lucratividade da entrada com base nos preços pré-entrada praticados pelas incumbentes. Ou seja, preços supracompetitivos poderiam tornar a entrada lucrativa, tornando a ameaça de entrada crível.

potencial percebido, segundo o autor, é compreendido como uma firma que não precisa sequer entrar em um mercado pois sua mera existência já induz as firmas incumbentes a se comportar de maneira a tornar uma entrada não lucrativa.

Ainda de acordo com Kern (2014), existe também a concorrência potencial no sentido de uma entrada efetiva e provável no futuro. Nesse sentido, a perda de um concorrente potencial cuja entrada futura seria esperada pode ser entendida como uma preclusão de uma entrada independente que teria adicionado um novo competidor no mercado.

Kwoka (2008) segue a mesma linha, afirmando a existência de duas versões distintas da doutrina de concorrência potencial. Chama de concorrente potencial percebido o caso em que um não incumbente é percebido como possível entrante, constrangendo o comportamento das firmas incumbentes, ainda que não demonstre intenção de efetivar a entrada. No segundo caso, uma firma que provavelmente entrará no mercado, mesmo que não seja percebida como tal pelas incumbentes, é denominada de entrante potencial atual ou efetivo. Nesse último caso, a fusão de um entrante potencial efetivo com uma incumbente privaria o mercado de uma desconcentração e do acirramento da competição futura.

Nota-se uma completa independência entre ambos os conceitos, já que um concorrente potencial percebido pode jamais entrar de fato no mercado, e mesmo assim ser capaz de discipliná-lo. Por outro lado, um concorrente potencial efetivo pode ser assim considerado mesmo que os incumbentes jamais tenham o percebido como um futuro entrante.

Outro aspecto de atenção quando se trata da avaliação da concorrência potencial relaciona-se com o próprio conceito de mercado relevante. Um concorrente potencial, percebido ou efetivo, pode ser um agente que atua em área geográfica distinta do mercado relevante objeto de análise, mas já produz o produto ou serviço ofertado pelas incumbentes. A concorrência potencial também pode ser avaliada em relação ao aspecto do mercado relevante produto. Ou seja, em que medida um determinado agente pode vir a ofertar determinado produto ou serviço que ainda não oferta.

Importante notar que, no caso da concorrência potencial percebida, o conceito pode eventualmente se confundir com a própria definição de mercado relevante, já que, sob a ótica da substituibilidade pela oferta, empresas que sejam capazes de vir a ofertar o bem ou serviço no mesmo mercado relevante geográfico em que atuam as requerentes podem ser incluídas no mercado

relevante objeto de análise[6]-[7], o que traz implicações para a análise, já que, se um agente é entendido como integrante do mesmo mercado relevante, ainda que não produza determinado bem na região em que atuam as requerentes, é questionável que seja considerado um competidor em potencial.

Essa é apenas uma das controversas em que a doutrina da concorrência potencial está inserida, e que tornam a sua utilização alvo de críticas. Seria possível, portanto, reconciliar essas questões e aplicá-la segundo padrões razoáveis? A seguir, serão trazidos exemplos de como a doutrina da concorrência potencial é utilizada em outras jurisdições.

3. A concorrência potencial na visão das autoridades

Como apresentado na introdução, a concorrência potencial entre requerentes de uma operação foi recentemente objeto de exame pelo Cade em decisões recentes envolvendo concentrações complexas, muito embora o histórico da autoridade não indique esse aspecto como foco de preocupação[8]. É possível que alterações no novo Guia de análise de atos de concentração do Cade (Guia H), publicado em 2016, possa ter jogado luz sobre esse ponto.

Até a edição do Guia H), a teoria de concorrência potencial não era objeto de atenção da autoridade concorrencial brasileira, já que o guia anterior, editado pela SEAE em 2001, não fazia menção à sua existência e as implicações de seu uso em análise de concentrações econômicas. Essa omissão foi corrigida

[6] Nos termos do Guia de análise de atos de concentração do Cade, a definição do mercado relevante sob a ótica da oferta se relaciona à avaliação da capacidade e disponibilidade de outras empresas começarem a produzir e ofertar a mercadoria em questão na área considerada, após um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços. Para ser considerado no mesmo mercado pela ótica da oferta, além de ser necessário passar pelas etapas de probabilidade, tempestividade e suficiência, requer-se que: (i) a oferta deve ocorrer em menos de um ano e (ii) sem a necessidade de incorrer em custos irrecuperáveis.

[7] Há ainda a possibilidade de que a concorrência potencial se refira a um novo mercado que ainda não exista, o que Kern (2014) define como uma análise de "mercados futuros", o que o próprio autor entende como uma extensão necessária da doutrina de concorrência potencial para a abordagem de inovação em concorrência.

[8] Na operação envolvendo as empresas GSK e Novartis (08700.008687/2014-50), o Cade tangenciou a questão da concorrência potencial entre medicamentos em desenvolvimento pelas requerentes e que poderiam vir a concorrer o futuro sem, contudo, elaborar a fundo o argumento. Por ausência de evidências quanto a efetiva entrada de tais medicamentos no mercado, levando em consideração dentre outros aspectos o tempo esperado para a obtenção de autorização pela Anvisa, o Cade concluiu que a sobreposição verificada não era problemática.

na atual versão do Guia H, que expressamente menciona a concorrência potencial como um método alternativo de análise. De acordo com o Guia:

ACs de concentrações entre uma empresa já ativa e um concorrente potencial em um mesmo MR podem ter efeito anticoncorrenciais semelhantes aos ACs entre duas empresas ativas no mesmo MR

> (...) A fim de analisar a concorrência potencial, o Cade poderá demandar, por exemplo, a apresentação de pedidos de registro, licença e/ou autorização, realizados junto ao poder público.

Nota-se, porém, que a citação à teoria de concorrência potencial feita no Guia é bastante sucinta, pouco prescritiva em termos de metodologia – como é o perfil geral do atual Guia – mas suficiente para demonstrar que a questão não deve ser deixada de lado pela autoridade concorrencial, deixando, inclusive, dicas a respeito do que pode ser levado em consideração durante a análise para que se comprove a tese do potencial entrante.

Em outras autoridades, a concorrência potencial já vem sendo objeto de atenção há bastante tempo, seja por meio dos guias de análise editados por tais autoridades, seja na análise de mérito dos casos notificados nessas jurisdições.

O *Competition Bureau* do Canadá, em sua atual versão de seu *Merger Enforcement Guideline – MEG*, informa que operações que não apenas provocam perda de competitividade, mas também aquelas que previnem o mercado de maior concorrência devem ser objeto de escrutínio antitruste. Nesse sentido, o guia canadense explica que tais situações podem ocorrer quando não há sobreposição direta entre as atividades das fusionantes no momento da operação, mas que uma concorrência direta entre essas empresas seria provável ausente a operação. Nessas circunstâncias, a autoridade deve examinar se, na ausência da operação, a entrada do novo agente seria tempestiva e em escala e/ou escopo suficientes para prevenir eventual exercício de poder de mercado das incumbentes.

Importante ressaltar que a mera expectativa ou comprovação de uma entrada futura por parte do potencial concorrente no mercado não é elemento suficiente para que uma operação seja contestada sob o argumento de concorrência potencial. É preciso que a entrada do novo competidor – adquirente ou alvo da operação – seja tempestiva, provável e suficiente, de modo a contestar a posição dos agentes já estabelecidos. Ou seja, a autoridade canadense se vale dos mesmos critérios utilizados na análise de entrada como elemento disciplinador de eventual poder de mercado futuro decorrente de uma concentração entre concorrentes efetivos para verificar se a eliminação de um concorrente potencial pode trazer danos ao ambiente competitivo.

Em 2010, o *Competition Bureau*, autoridade antitruste canadense,

aplicou a doutrina de concorrência potencial ao avaliar a fusão entre as empresas Ticketmaster e Live Nation. A primeira era líder mundial no mercado de venda de ingressos online, enquanto a segunda era a maior produtora de eventos no mundo. Além da complementariedade entre as atividades de ambas, a Live Nation havia demonstrado interesse em entrar no mercado canadense, colocando-a em posição de competidora em potencial da já estabelecida Ticketmaster. Como evidência, a autoridade verificou que a Live Nation havia recém entrado no mercado norte-americano, provocando uma pressão por redução das taxas de serviços cobradas. A operação foi aprovada condicionada a alienação de diversos ativos, incluindo uma subsidiária da Ticketmaster também atuante no mercado de vendas de ingressos online, a Paciolan Inc[9].

A política europeia para controle de concentrações desde 1989[10] já previa que a Comissão deveria levar em consideração a necessidade de preservar e desenvolver concorrência efetiva no mercado comum europeu, levando em consideração, dentre outros apectos, "a concorrência atual ou potencial entre empresas localizadas dentro ou fora da comunidade". O atual regulamento europeu para a análise de concentrações[11] permanece dedicando atenção à possibilidade de se considerar a concorrência potencial entre as partes de uma operação. Em seu artigo 2º, o regulamento prevê a necessidade de se levar em conta a "estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da comunidade".

O Guia europeu para a análise horizontal[12] é ainda mais detalhado, possuindo um capítulo exclusivo para tratar do tema. Nele, é afirmado que uma fusão entre uma parte já ativa no mercado e um potencial competidor pode ter efeito similar a uma fusão entre duas empresas já ativas no mercado. Para avaliar os possíveis efeitos de uma fusão com um concorrente potencial, duas condições devem ser atendidas. Primeiramente, o competidor potencial deve exercer influência sobre o mercado objeto previamente à operação, ou demonstrar elevada probabilidade de se tornar uma força competitiva efetiva no futuro. Em segundo lugar, o mercado não pode apresentar número suficiente de outros potenciais competidores que possam manter pressão competitiva após a operação.

[9] Ticketmaster Entertainment, Inc. and Live Nation, Inc. CT-2010-001

[10] Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings

[11] Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation).

[12] Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.

Diferentemente dos guias brasileiro e canadense, o guia europeu indica que a concorrência potencial pode se apresentar de duas maneiras distintas, seja por meio da disciplina exercida pelo potencial entrante sobre o mercado alvo, seja por meio da possibilidade desse potencial entrante se converter em concorrente efetivo no futuro, percepção alinhada com os conceitos de concorrência potencial percebida e atual/efetiva conforme sugerido pelos autores já mencionados. É de se ressaltar também a relevante capacidade de contestação que a Comissão confere aos potenciais competidores. Inicialmente, ao avaliar que fusões que envolvam um potencial competidor podem ter efeito similar ao de operações entre concorrentes efetivos. Por fim, ao considerar que a presença de outros competidores em potencial também pode afastar as preocupações decorrentes de concentrações econômicas.

A tese foi utilizada na análise da operação que envolveu a compra[13], pela Air Liquide, da BOC, as duas maiores produtoras e distribuidoras de gases industriais do mundo. Embora ambas atuassem em diversos países da comunidade europeia, concorrendo efetivamente entre si nessas localidades, em seus respectivos países de origem uma não enfrentava a concorrência da outra. Enquanto a Air Liquide possuía posição dominante na França, a BOC dominava o mercado de gases industriais no Reino Unido e Irlanda.

Com base nessas informações, a Comissão Europeia entendeu que ambas as partes estariam na melhor posição para entrar nos mercados daqueles países, à época dominado por apenas uma delas. Como evidência, a autoridade verificou que a BOC havia entrado previamente à operação na Holanda e na Bélgica, países em que a Air Liquide já atuava e que se localizam na fronteira norte da França, mercado dominado pela Air Liquide:

> Em primeiro lugar, deve considerar-se que o BOC representa um concorrente potencial em França, dado que demonstrou já que pode desenvolver atividades no domínio do fornecimento de gases a granel e em cilindros na Europa continental. Em segundo lugar, a supressão da posição do BOC na Europa contribuiria para atenuar as pressões concorrências a que a Air Liquide está sujeita, em virtude da presença do BOC num mercado limítrofe ao seu mercado nacional.

Por outro lado, documentos recebidos pela Comissão demonstraram que a Air Liquide havia ponderado a possibilidade de fornecer gases industriais no Reino Unido, quando contatada por um cliente a respeito. Ademais, a própria Air Liquide reconheceu que a decisão de não entrar no Reino Unido seria puramente comercial, já que não considerava os obstáculos significativos.

[13] Processo nº COMP/M.1630 – Air Liquide / BOC, de 18 de janeiro de 2000.

Nota-se que, muito embora não tenha sido comprovado que uma das partes planejava entrar efetivamente no mercado dominado pela outra, havia indícios de que a mera presença em região adjacente já seria suficiente para exercer alguma pressão competitiva sobre a incumbente. Trata-se de um exemplo claro de aplicação da doutrina de concorrência potencial percebida.

Considerando esses aspectos, dentre outros, a operação foi aprovada condicionada a alienação de diversos ativos que afastaram as preocupações concorrenciais apontadas. Interessante notar que o pacote de ativos oferecido pelas partes viabilizaria, inclusive, a entrada ou o fortalecimento de um pequeno concorrente no Reino Unido, de forma que a posição do novo concorrente fosse "mais significativa do que aquela que a Air Liquide teria adquirido inicialmente, caso tivesse penetrado no mercado do Reino Unido". Ainda, o pacote de ativos incluiu instalações na França, excedendo o âmbito de atuação da BOC antes da operação. Ou seja, os remédios adotados refletiram as preocupações a respeito da concorrência potencial entre as partes, viabilizando a entrada de concorrentes efetivos no Reino Unido e na França.

Nos Estados Unidos, por sua vez, as discussões acerca do tema já vêm de longa data. O debate a respeito da eliminação de um concorrente potencial por meio de fusões e aquisições e os efeitos concorrenciais dessas operações iniciou-se na década de 1960 naquele país. O primeiro *Merger Guideline* elaborado pelo departamento de Justiça – DOJ, em 1968, ainda sem a participação da FTC, já trazia um capítulo específico sobre fusões envolvendo entrantes potenciais. Naquela década, diversos casos foram levados ao conhecimento da Suprema Corte daquele país sob a alegação de que eliminariam um potencial concorrente no mercado. O primeiro desses casos, de 1964, ou seja, anterior à edição do guia do DOJ, envolvia o mercado de gás natural, operação por meio da qual a El Paso Natural Gas pretendia adquirir a Pacific Northwest[14]. A primeira era o fornecedor de gás natural para o estado da Califórnia, enquanto a segunda, um produtor de fora daquele estado, havia participado de concorrências para oferta de serviços naquele mesmo estado, embora sem sucesso. O governo sustentou que mesmo uma empresa malsucedida nos processos competitivos em que participava não poderia ser descartada como competidor. Embora seja possível questionar qual a definição de mercado relevante geográfico fora utilizada bem como a posição da Pacific Northwest como um competidor potencial[15], fato é que a intepretação dada pela

[14] United States v. El Paso Natural Gas Co., 376 U.S. 651 (1964).

[15] Aqui cabem duas observações. Se a Pacific Northwest participou de licitações para a prestação de serviços na Califórnia mesmo não atuando efetivamente naquele estado, é questionável se o mercado relevante seria apenas aquele estado. Considerando o primeiro ponto, em sendo o mercado relevante mais amplo do que o estado da Califórnia, a Pacific Northwest deixaria de ser um concorrente potencial para ser um

corte foi a de que a empresa alvo contestava o mercado de atuação da El Paso Natural Gas mesmo estando fora desse mercado, confirmando a posição do governo em desafiar a referida operação.

Outras operações ocorridas na mesma época foram desafiadas tendo como base argumentos semelhantes. Por exemplo, em 1967, a FTC desafiou a operação por meio da qual a Proctor & Gamble's (P&G) adquiriu a Clorox[16], uma empresa líder no mercado de alvejantes e outros produtos para limpeza doméstica. Segundo a FTC, a P&G era a empresa em melhor posição para entrar no mercado de atuação da Clorox, considerando sua reputação e sucesso como um produtor de bens de consumo similares ao portfólio da Clorox, embora não houvesse evidências claras a respeito do interesse da P&G em adentrar o segmento de atuação da Clorox. Também nesse caso a Suprema Corte acompanhou o entendimento da FTC.

Segundo Kwoka (2008), essas decisões validaram a doutrina de concorrência potencial em ambas suas acepções – percebida e efetiva – dando ensejo a outros desafios sob o mesmo argumento. Contudo, as cortes americanas logo levantaram dúvidas acerca dos critérios utilizados para a sustentação do argumento, envidando uma revisão do padrão de provas na operação *Marine Bancorporation* em 1972[17]. No referido caso, o Departamento de Justiça (DOJ) desafiou a aquisição de uma pequena instituição financeira em Spokane, Seattle, pelo Marine Bancorporation, sob o argumento de que o último era um potencial concorrente do primeiro. Contudo, uma regulação estadual vigente à época praticamente impedia a entrada de bancos em novos mercados, o que tornava a argumentação do DOJ difícil de ser sustentada.

A adoção da tese de concorrência potencial de forma negligente e pouco criteriosa por parte das autoridades foi alvo de críticas, como aquela já mencionada no início deste artigo. Tal comportamento por parte das agências antitruste levou a uma reação da Suprema Corte no sentido de elevar o padrão de provas requerido para enquadrar uma operação sob a doutrina de concorrência potencial. No que diz respeito à possibilidade de uma entrada potencial efetiva, a Suprema Corte praticamente afastou a possibilidade do seu uso, ao afirmar que seria necessária prova inequívoca de que uma das partes efetivamente entraria no mercado, ao mesmo tempo em que reconheceu que a obtenção de prova inequívoca seria quase impossível. Quanto à possibilidade de enquadramento sob a ótica da entrada potencial percebida, embora não tenha rejeitado o uso da tese, estabeleceu um novo padrão de prova bastante elevado para o enquadramento da operação como tal: (i) o mercado alvo deveria ser

concorrente efetivo, já que estaria dentro do mercado relevante geográfico.

[16] FTC v. Proctor & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967).

[17] United States v. Marine Bancorporation, 418 U.S. 602 (1972).

substancialmente concentrado; (ii) a empresa adquirida[18] deveria possuir as características, capacidade e incentivos econômicos para uma entrada efetiva; e (iii) a presença da firma adquirida na fronteira do mercado deveria impactar o comportamento dos incumbentes. O último critério, ao requerer evidência de efeitos decorrentes da presença de uma das partes na fronteira do mercado tornou a adoção da doutrina de concorrência potencial bem mais difícil, uma decisão aparentemente deliberada da Suprema Corte no sentido de restringir o uso do argumento de maneira indiscriminada.

O tema foi retomado em 1982, quando da edição do primeiro *Merger Guideline* conjunto pelo DOJ e pela FTC, que tratou explicitamente da questão da concorrência potencial, dedicando um capítulo inteiro a esse respeito. Além de tecer considerações sobre as diferentes nuances em que a concorrência potencial pode se apresentar, o guia trazia um padrão de análise, que levava em consideração, dentre outros aspectos, as condições de entrada no mercado, o *market share* da parte incumbente e a existência de outros potenciais entrantes, o que poderia afastar qualquer risco derivado da operação.

Contudo, as revisões subsequentes do guia americano demonstram uma abordagem errática a respeito da doutrina de concorrência potencial. A versão de 1984, embora ainda mencione a "Teoria da Concorrência Potencial", claramente reduz o espaço destinado ao tema em relação à versão anterior. As versões de 1992 e de 1997 já não apresentam qualquer menção à concorrência potencial como elemento de análise em fusões e aquisições. A atual versão, de 2010, retoma a concorrência potencial como objeto de análise em concentrações econômicas, embora, diferentemente dos guias de 1982 e 1984, não contenha um capítulo específico para tratar do assunto.

Como resultado tanto da elevação do padrão de prova que emergiu da decisão no caso *Marine Bancorporation*, quanto do gradual ostracismo ao qual foi relegada a doutrina de concorrência potencial nos guias norte-americanos subsequentes à edição de 1982, as autoridades antitruste daquele país limitaram o uso da tese em operações submetidas às cortes de justiça. Segundo Kwoka (2009), poucos casos envolvendo a questão são levados ao tribunal, e quando o são, a concorrência potencial possui papel ancilar na argumentação, sendo o principal argumento a perda de concorrência atual ou efetiva. Ainda segundo o autor, outros casos envolvendo a eliminação de um concorrente potencial são resolvidos por meio de acordos, situações em que as autoridades preferem evitar a revisão judicial de suas teorias.

Nota-se, por tudo que foi apresentado, que não há consenso a respeito

[18] Aqui, tanto faz ser a empresa adquirida ou a adquirente. Importa para a análise que uma das partes seja a incumbente e a outra a potencial entrante, independente de qual delas é a adquirida e a adquirente.

do uso da doutrina de concorrência potencial entre as autoridades. Enquanto nos Estados Unidos o tema já subsidiou diversas decisões no passado, tendo sofrido críticas, alterações no padrão de provas, relativo esquecimento durante certo período de tempo e depois ressurgido na última versão do guia, embora de maneira discreta, no Brasil a tese foi inserida na última versão do guia horizontal do Cade, de 2016. Trata-se, aparentemente, de um maior alinhamento em relação a jurisdições que conferiram maior destaque ao tema tardiamente, como por exemplo o Canadá e, principalmente a Europa.

Feitas essas considerações, duas questões remanescem pendentes. Primeiramente, diante da relativa ausência de consenso entre as autoridades a respeito de como fazer uso da teoria em casos concretos, seria possível estabelecer um padrão de análise objetivo para a avaliação dos efeitos da eliminação de um concorrente potencial? Mais do que isso, qual a relevância da análise de concorrência potencial para o antitruste? Sem ter a pretensão de dar uma resposta definitiva à ambas as perguntas, em seguida serão apresentadas algumas informações que podem colaborar para o melhor entendimento a respeito.

4. Concorrência potencial na prática

O controle de estruturas exercido pelas autoridades antitrustes mundo afora se justifica em razão do risco que, de uma operação de concentração econômica entre dois competidores, emerja um agente com capacidade de exercício de poder de mercado. Contudo, fusões e aquisições são, em geral, algo positivo, pois permitem que a empresa resultante obtenha ganhos de eficiência produtiva, melhore sua distribuição, a utilização de seus ativos, entregando melhor performance. Por outro lado, tais operações podem ser anticompetitivas quando criam monopólio ou elevam o risco de colusão entre concorrentes ou um comportamento oligopolístico (Hovenkamp, 2005). A teoria econômica é vasta em demonstrar os riscos decorrentes de operações de concentração econômica, assim como há evidências empíricas que corroboram tais preocupações[19].

[19] Por exemplo, Prager e Hannan (1998) analisaram, por meio de exame das condições de mercado após algumas fusões ocorridas no mercado bancário norte-americano na década de 1990, os efeitos dessas operações nas taxas de depósito oferecidas. Os autores notaram que as taxas de depósito oferecidas pelas instituições financeiras resultantes de tais operações e por seus concorrentes reduziram significativamente em relação as taxas oferecidas por instituições localizadas em mercados não afetados por essas operações. Em outro estudo dos efeitos de operações de concentração econômica sobre os preços foi produzido por Werden, Joskow e Johnson (1991) no setor de aviação norte-americano. Analisando os efeitos das operações entre as empresas TWA/Ozark e

Por outro lado, evidências de efeitos decorrentes de operações que envolvam a supressão de um concorrente potencial são escassas. Primeiramente, quais os elementos uma empresa deve possuir para que seja considerada um concorrente potencial? Enquanto não há dúvidas a respeito dos atributos de um concorrente efetivo[20], há relevantes questões que devem ser consideradas para que um concorrente potencial seja assim classificado. Aliás, essa dificuldade é exatamente o vetor da controversa a respeito da sua utilização como teoria do dano.

No entanto, Kwoka e Shumilkina (2010) tentaram superar essa dificuldade em estudo empírico que analisou o efeito em preços da eliminação de um concorrente potencial. Para tanto, primeiramente, escolheram um mercado cujas características possibilitariam definir um concorrente como potencial de maneira mais objetiva: transporte aéreo de passageiros. A premissa é bastante simples: considerando que o mercado relevante é usualmente definido como uma rota ligando um par de cidades, um concorrente potencial foi definido como uma empresa aérea que serve alguma ou ambas as cidades da rota definida, sem, contudo, atuar na rota em si. Por exemplo, no mercado da rota São Paulo – Rio de Janeiro, toda empresa que atuasse ou em São Paulo, ou no Rio de Janeiro, ou em ambas, mas que não ofertasse a rota entre as duas cidades foi considerada uma concorrente potencial, já que a empresa deteria condições propícias à entrada na rota, como base no aeroporto, recursos humanos, e conhecimento do mercado.

Tendo como base os critérios acima definidos, os autores analisaram a fusão entre a US Airways e Piedmont Airlines, de 1987. As rotas de atuação de ambas as companhias foram segmentadas em três tipos: (i) rotas em que uma das partes era incumbente e a outra uma potencial entrante; (ii) rotas em que ambas atuavam como concorrentes efetivas; e (iii) rotas não afetadas, como *benchmark.*

Os resultados obtidos são relevantes. Nas rotas em que ambas atuavam como concorrentes efetivas, foi detectado aumento médio estatisticamente significante de 10,2%. Nas rotas em que uma das partes atuava e a outra era potencial entrante, o aumento médio foi de 6%, também estatisticamente significante superior ao das rotas não afetadas. Além disso, os autores verificaram que os resultados não variavam estatisticamente entre as rotas em que as partes possuíam participações de mercado maiores ou menores. Ou seja, mais do que o porte, a ameaça em si era o principal elemento de pressão

Northwest/Republic, os autores concluíram que ambas as operações provocaram elevações das tarifas e a redução de serviços em rotas partindo de algumas cidades americanas.

[20] Para efeitos antitruste, basta estar no mesmo mercado relevante produto-geográfico.

sobre os preços. Ademais, notaram que as variações de preços foram maiores onde a US Airways era a incumbente e a Piedmont a potencial entrante, resultado consistente com o fato de que a primeira foi quem propôs a fusão, possivelmente, pelo fato de que se sentia pressionado pela segunda.

Os resultados obtidos pelos autores apontam no sentido de que a pressão competitiva imposta por entrantes potenciais não deve ser desprezada, a despeito das limitações de se generalizar os resultados para outras situações e mercados.

Entretanto, a maior disseminação no uso da referida teoria ainda parece esbarrar nas dificuldades práticas de se identificar objetivamente um concorrente potencial. Voltando a Posner (1975):

> A doutrina de concorrência potencial é insatisfatória, embora o problema é menos de uma profunda confusão sobre os fundamentos da política do que a inabilidade em desenvolver padrões objetivos e aplicáveis (...)
> A Corte não tem aplicado o conceito de concorrência potencial muito bem, mas isso é quase um detalhe. O principal problema é a impossibilidade de desenvolver regras simples e aplicáveis de ilegalidade nessa área, e sem tais regras a efetividade das leis antitruste tendem a resultar em um custoso exercício de capricho judicial.

Nos anos que se seguiram às críticas feitas por Posner ao uso da doutrina de concorrência potencial, como visto, algumas autoridades tentaram, por meio de seus guias, apontar critérios objetivos para seu uso de maneira mais objetiva.

O novo guia do Cade, ao afirmar que a autoridade deve se valer de documentos, registros, pedidos perante reguladores para que se ateste o perfil de concorrente potencial de uma das partes parece dar ênfase à possibilidade de entrada potencial efetiva, ou seja, de uma entrada que possa ocorrer com elevada probabilidade. O guia canadense parece seguir na mesma linha, ao requerer demonstração de que, ausente a operação, a entrada do concorrente potencial seria tempestiva e suficiente. Nota-se que a autoridade canadense exige mais do que a comprovação da efetiva entrada futura, sendo necessário que se comprove que a entrada futura será um efetivo fator de contestação naquele mercado.

O guia europeu, por sua vez, parece ser aquele mais aderente à teoria da concorrência potencial. Em uma análise de dois passos, o referido manual exige que se comprove que um potencial entrante exerce disciplina sobre o mercado alvo ou que possui planos efetivos para entrar naquele mercado no futuro próximo. Além dessas comprovações, requer também que seja comprovada a ausência de outros concorrentes potenciais que possam continuar a exercer pressão competitiva após a operação. Contudo, o guia europeu não é

claro sobre quais elementos de prova podem ser considerados para classificar um agente qualquer como um concorrente potencial.

À despeito das tentativas das autoridades mencionadas em dar maior objetividade para o uso da doutrina de concorrência potencial, percebe-se ainda que carecem de maior objetividade sobre o padrão de prova requerido para a comprovação. Kwoka (2008) reconhece isso, afirmando que "a dificuldade parece ser tornar tais percepções convincentemente operacionais, identificando características dos concorrentes potenciais percebidos ou efetivos que em fusão com uma firma incumbente possam resultar em alteração do preço de equilíbrio".

A preocupação é justificável. A falha ao identificar um potencial concorrente pode levar a erros que comprometem toda a análise. Ao assumir que uma das partes é um competidor potencial sem que o seja, a autoridade pode ser levada a restringir uma operação não danosa ao ambiente competitivo. O contrário também é válido, pois, ao desconsiderar um concorrente potencial na análise pode-se permitir operações que privam o mercado de uma maior concorrência no futuro, inclusive estimulando comportamentos desse tipo por parte dos incumbentes.

Nesse sentido, Kwoka (2008) propõe um método de dois passos para identificar um concorrente potencial. O primeiro passo seria identificar se o mercado alvo da operação é no mínimo moderadamente concentrado. O segundo passo depende do tipo de concorrência potencial em exame. Se for o caso de uma operação que elimine um entrante potencial efetivo ou atual, deve-se utilizar os mesmos critérios que se utiliza para a análise de entrada, quais sejam: (i) entrada em até dois anos; (ii) a entrada seria lucrativa a preços correntes; e (iii) entrada em escala suficiente. O autor ainda sugere uma quarta condição: que o potencial entrante seja um de não mais do que cinco agentes igualmente bem posicionados para entrar no mercado, ou que seja aquele mais bem posicionado para tal entrada. Para o caso de uma operação eliminar um concorrente potencial percebido, o autor sugere que sejam levantadas evidências convincentes de que a empresa alvo exerce efetiva pressão sobre o comportamento das firmas incumbentes. Para tanto, sugere o uso de evidências documentais demonstrando que as incumbentes monitoram e respondem a ações do potencial entrante, ou alternativamente, uso de ferramentas estatísticas que demonstrem tal comportamento.

A proposta do autor é válida, na medida em que pretende compatibilizar orientações contidas em diversos manuais de autoridades distintas com o objetivo de conferir instrumental adequado e útil para o uso da doutrina de concorrência potencial. Nesse sentido, congrega orientações do guia canadense (uso do critério de entrada como requisito de efetividade), do guia europeu (separação entre concorrência potencial percebida e efetiva bem

como a consideração de outros potenciais entrantes não partícipes da operação). Seria ainda desejável, talvez, que fosse incorporado no método a exigência de elementos robustos que apontem para a intenção do concorrente potencial em adentrar no mercado, para os casos de aplicação da tese de concorrência potencial efetiva. Tal exigência cobriria uma lacuna na proposta do autor que o próprio guia europeu e a Suprema Corte norte-americana buscaram suprir quando da exigência de prova inequívoca ou elevada probabilidade de entrada futura.

Fato é que, atualmente, há evidências que apontam para a relevância da concorrência potencial como fator de contestação e pressão competitiva sobre o comportamento de incumbentes. Ademais, o desenvolvimento de métodos de análise, ainda que imperfeitos, permitem que tal aspecto competitivo seja levado em consideração pelas autoridades antitruste de maneira segura e previsível, sugerindo que a adoção da doutrina de concorrência potencial pode ser incrementado no futuro, especialmente pela autoridade nacional.

5. Conclusão

Como visto, embora a doutrina de concorrência potencial tenha sido tema apenas recentemente objeto de exame por parte do Cade, a partir da edição do novo guia de análise de concentrações da autoridade, o tema é velho conhecido de outras jurisdições e de especialistas.

Embora já tenha sido muito utilizado no passado nos Estados Unidos, o tema passou por período de esquecimento naquela jurisdição, tendo inclusive sido excluído de algumas versões do guia publicado pelo FTC e pelo DOJ. Contudo, em sua última versão, a exclusão de concorrentes potenciais como resultado de operações de concentração econômica voltou a ser objeto de atenção do referido manual. O mesmo pode ser visto nas atuais versões do guia europeu e canadense, ambos dedicando orientações específicas a respeito de operações que envolvam concorrentes potenciais. A inserção – ou reinserção – do tema nas versões atuais dos guias de diversas autoridades pode ser uma sinalização no sentido de que a análise desse aspecto competitivo pode ter maior relevância do que o eventual histórico, especialmente no Brasil, denota.

Não obstante algumas divergências a respeito do uso da doutrina de concorrência potencial por parte das autoridades, o desenvolvimento de mecanismos de análise e o histórico de casos ao redor do mundo constituem fontes de informação valiosa para a consolidação de seu uso. Ao contrário do que se via a 40 anos atrás, a ausência de instrumental analítico não pode ser invocada como fundamento para deixar de lado a doutrina de concorrência potencial. Ao contrário do que afirmou Posner em 1975, talvez seja o caso de

voltar ao tema com maior atenção para que se tenha maior clareza a respeito dos efeitos da eliminação de concorrentes potenciais, inclusive para que se decida, eventualmente, por abandonar a tese.

6. Referências

BAUMOL, William J. Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure. The American Economic Review, v. 72, nº 1, p. 1-15, 1982.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Ato de Concentração nº 08700004860/2016-11, de interesse das empresas BM&F Bovespa e Cetip. Disponível em: www.cade.gov.br/sei Acesso em: 29 de setembro de 2017.

____. Ato de Cocentração nº 08700.006185/2016-56, de interesse das empresas Kroton S.A e Estácio S.A. Disponível em: www.cade.gov.br/sei Acesso em: 29 de setembro de 2017.

____. Ato de Cocentração nº 08700.005937/2016-61, de interesse das empresas Dow e DuPont. Disponível em: www.cade.gov.br/sei Acesso em: 29 de setembro de 2017.

____. Ato de Cocentração nº 08700.008687/2014-50, de interesse das empresas GSK e Novartis. Disponível em: www.cade.gov.br/sei Acesso em: 29 de setembro de 2017.

____. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna> Acesso em: 30 de setembro de 2017.

CANADÁ. Competition Bureau. Merger Enforcement Guidelines. 06 de outubro de 2011. Disponível em: < http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03420.html> Acesso em: 21 de setembro de 2017.

____. Competition Tribunal. CT-2010-001 (Ticket Master and Live Nation). Disponível em: < http://www.ct-tc.gc.ca/CasesAffaires/CasesDetails-eng.asp?CaseID=324> Acesso em: 21 de setembro de 2017.

ESTADOS UNIDOS. Departamento de Justiça – DOJ. 1968 Merger Guideline. Disponível em: < https://www.justice.gov/archives/atr/1968-merger-guidelines> Acesso em: 30 de setembro de 2017.

____. Departamento de Justiça – DOJ e Federal Trade Commission - FTC. 1982 Merger Guideline. Disponível em <https://www.justice.gov/archives/atr/1982-

merger-guidelines> Acesso em: 30 de setembro de 2017.

____. Departamento de Justiça – DOJ e Federal Trade Commission - FTC. 1984 Merger Guideline. Disponível em: < https://www.justice.gov/archives/atr/1984-merger-guidelines> Acesso em: 30 de setembro de 2017.

____. Departamento de Justiça – DOJ e Federal Trade Commission - FTC. 1992 Merger Guideline. Disponível em < https://www.justice.gov/archives/atr/1992-merger-guidelines> Acesso em: 30 de setembro de 2017.

____. Departamento de Justiça – DOJ e Federal Trade Commission - FTC. 1997 Merger Guideline. Disponível em <https://www.justice.gov/archives/atr/1997-merger-guidelines> Acesso em: 30 de setembro de 2017.

____. Departamento de Justiça – DOJ e Federal Trade Commission - FTC. 2010 Horizontal Merger Guideline. Disponível em <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> Acesso em: 30 de setembro de 2017.

____. Departamento de Justiça – DOJ. United States v. El Paso Natural Gas Co., 376 U.S. 651 (1964). Disponível em: https://www.justice.gov/atr/case/us-v-el-paso-natural-gas-co Acesso em 25 de setembro de 2017.

____. Federal Trade Commission – FTC. FTC v. Procter & Gamble Co. 386 U.S. 568 (1967). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/386/568/case.html Acesso em 25 de setembro de 2017.

____. Departamento de Justiça – DOJ. United States v. Marine Bancorporation, Inc., 418 U.S. 602 (1974). Disponível em: < https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/602/> Acesso em 25 de setembro de 2017.

EUROPEAN COMMISSION. Competition Division. Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings. Disponível em: < https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/22f2e094-c50c-464f-8032-2335c888db19/language-en> Acesso em: 26 de setembro de 2017.

____. Competition Division. Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32004R0139> Acesso em: 26 de setembro de 2017.

____. Competition Division. Guidelines on the assessment of horizontal mergers. Disponivel em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0205%2802%29> Acesso em: 26 de setembro de 2017.

____. Competition Division. Processo nº COMP/M.1630 – Air Liquide / BOC, de 18 de janeiro de 2000. Disponível em: < http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=2> Acesso em: 26 de setembro de 2017.

HOVENKAMP, Herbert. The Antitrust Enterprise: Principles and Execution. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts: 2005.

KERN, Benjamin R. Innovation Markets, Future Markets, or Potential Competition: How Should Competition Autorities Account for Innovation in Merger Review? World Competition: Law and Economics Review, v. 37, nº 2, p. 173-206, 2014.

KWOKA, John. Elimitating Potential Competition. In: Issues in Competition Law and Policy 1437 (ABA Section of Antitrust Law 2008).

KWOKA, John. Mergers that Eliminate Potential Competition. In: Research Handbook oh the Economics of Antitrust Laws: 2009.

KWOKA, John; SHUMILKINA, Evgenia. The Price Effect of Eliminating Potential Competition: Evidence from an Airline Merger. In: The Journal of Industrial Economics, v. 58, p. 767-793, 2010.

POSNER, Richard A. Antitrust Policy and the Suprem Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions. Columbia Law Review 282 (1975).

PRAGER, Robin A., HANNAN, Timothy H. Do Substantial Horizontal Mergers Generate Significant Price Effects? Evidence from the Banking Industry. The Journal of Industrial Economics, v. 46, p. 433-452, 1998.

WERDEN, Gregory J., JOSKOW, Andrew S., JOHNSON, Richard L. The Effects of Mergers on Price nd Output: Two Case Studies from the Airline Industry. Managerial and Decision Economics, v. 12, p. 341-352, 1991.

PARA ALÉM DO ANTITRUSTE: A NECESSIDADE DE UM NOVO PARADIGMA PARA A POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Guilherme de Aguiar Falco[1]

Resumo: Os avanços experimentados pela política antitruste brasileira não se traduziram em maior nível de concorrência. Mesmo com as reformas da Lei 12.529/11, e o premiado trabalho do CADE, dados do Banco Mundial, OCDE e Fórum Econômico Mundial indicam que o Brasil permance com um dos mais baixos níveis de concorrência no mundo. Promoção de concorrência não se resume a controlar concentrações e reprimir condutas. É preciso identificar e remover, de forma sistemática e em todos os níveis da federação, restrições concorrenciais geradas por regulações e políticas públicas anticompetitivas. É preciso pensar concorrência para além do antitruste, como política de desenvolvimento.

Palavras-chave: CADE, Política de Concorrência, Produtividade, Antitruste, Regulação Econômica.

Keywords: CADE, Competition Policy, Productivity, Antitrust, Economic Regulation.

Desde a promulgação da lei 8.884/94, o Brasil desenvolveu uma ativa política antitruste pautada pela repressão administrativa a estratégias anticoncorrenciais e pelo controle de concentrações de mercado. Apenas no biênio 2015-2016, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) impôs multas superiores a R$ 480 milhões e homologou acordos para o pagamento de outros R$ 1.2 bilhões em contribuições pecuniárias.[2] Além da repressão a práticas anticompetitivas, no mesmo período o CADE analisou 774

[1] O autor integra o "Markets and Competition Policy team" da Prática Global de Macroeconomia, Comércio e Investimento do Banco Mundial. As opiniões desse artigo são do autor apenas e não representam a posição do Banco Mundial.

[2] Valores correntes de 2016 (IPCA). Durante esse período, o CADE condenou 58 condutas anticompetitivas, incluindo 27 cartéis, e homologou 119 Termos de Compromisso de Cessação (TCCs). Cf. CADE (2016), Relatório de Gestão do Exercício de 2015, pp 13-14, 82. CADE (2017), Relatório de Gestão do Exercício de 2016, pp 13-14, 108-109.

Atos de Concentração (ACs), impondo restrições a 14 operações. Esse esforço consumiu mais de R$ 60 milhões em orçamento no período, além do trabalho de 110 a 160 especialistas a cada ano.[3] A qualidade desses resultados é reconhecida internacionalmente, a exemplo da Global Competition Review (GCR), conceituada revista britânica especializada em defesa da concorrência que elegeu o CADE como a melhor agência antitruste das Américas em 2016 – repetindo as premiações de 2010 e 2014.[4]

Apesar dos avanços institucionais experimentados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), e dos mais de 9.600 atos de concentração e 600 processos administrativos julgados entre 1994 e 2016, o nível de concorrência experimentado pelos mercados brasileiros não parece ter avançado com a mesma desenvoltura.[5] Segundo o *Global Competitiveness*

[3] O orçamento anual do CADE, em valores correntes de 2016 (IPCA), foi R$ 27.442.771,00 em 2015 e R$ 33.835.956,00 em 2016. Número de especialistas: os valores utilizados são os limites dos intervalos apresentados pelas diferentes fontes de informação. Segundo Relatório de Gestão do CADE para o Exercício de 2016, pg. 144, em 2015 o CADE contou com 113 pessoas atuando na área fim. Segundo o Global Competition Review (2016). Rating Enforcement 2016, em 2015 o CADE contou com 158 funcionários dedicados a atividades fim.

[4] Cf. site oficial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Notícias. Cade é eleito melhor agência antitruste das Américas. Disponível em http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas.

[5] Número de atos de concentração julgados entre 1996 e 2016 e número de processos administrativos julgados entre 2000 e 2016, ver CADE. Relatórios de Gestão dos Exercícios 1995 a 2016 Durante a vigência da Lei nº 8.884/94, o SBDC era formado pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE). A SDE deixou de existir com a promulgação da Lei nº 12.529/11. A vigência da Lei nº 8.884/94 sedimentou no Brasil a dimensão antitruste do conceito de promoção de concorrência, dentre outros, ao (i) introduzir o controle de estruturas, (ii) transformar o CADE em autarquia federal independente, (iii) estabelecer mandados estáveis e de prazo determinado; (iv) separar as funções persecutória e judicante, (v) estabelecer o direito a indenizações civis de forma independente da discussão administrativa. Resoluções, portarias e memorandos de entendimento intensificaram a robustez por meio de (vi) criação de fonte de orçamento próprio, (vii) criação do programa de leniência, (viii) instituição de mecanismos de busca e apreensão, (ix) estabelecimento de acordos de cooperação com ministérios público estadual e federal, agências reguladoras e outros órgãos da administração pública, (x) publicação de guidelines, estabelecimento de procedimento sumário para apresentação de atos de concentração e programas nacionais de advocacia da concorrência. Cf. Falco, Guilherme de Aguiar (2014), Índices de Política de Concorrência: Avaliação do Caso Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Economia), Universidade Federal de São Carlos, pp 34 e ss

Index 2016-2017 (GCI), publicado pelo Fórum Econômico Mundial (FEM), o Brasil está classificado na 132ª posição entre 138 países em nível de concorrência.[6] Segundo o *Product Market Regulation Index 2013* (PMR), publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) com o objetivo de analisar prejuízos à concorrência gerados por regulações econômicas e políticas de governo inadequadas, o Brasil figura em 44º entre 47 países.[7] No *Doing Business 2017* (DB), publicado pelo Banco Mundial (BM) para 190 países, vários indicadores apontam a dificuldade de se contestar mercados no país. Por exemplo, o Brasil figura em 149º lugar em facilidade de realizar transações internacionais e 175º em facilidade de abrir novas empresas.[8]

Esse artigo se dedica a analisar o aparente descompaso entre a evolução do *enforcement* antitruste e o desempenho geral dos níevis de concorrência no Brasil sob dois enfoques: (i) quais os benefícios práticos gerados pelo arcabouço institucional criado pela Lei nº 12/529/11 e (ii) como o caráter restritivo de regulações e políticas de governo ajudam a explicar o porque avanços na política antitruste ainda não se traduziram em maior dinâmica competitiva dos mercados brasileiros.

1. O governo em prol da concorrência: o modelo administrativo de repressão antitruste e os prêmios e riscos trazidos pela Lei nº 12.529/11

Durante a vigência da lei 8.884/94, o CADE julgou quase 8.000 ACs e mais de 400 processos administrativos por condutas anticoncorrenciais (PAs), aplicou cerca de R$ 6 bilhões em multas e recolheu R$ 400 milhões ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.[9] No mesmo período, foram mais de R$ 390

[6] Cf. WEF (2016), The Global Competitiveness Report 2016–2017. O GCI define competitividade como o conjunto de instituições, políticas e fatores que determinam o nível de produtividade de uma economia, sendo composto por por 114 variáveis. Parte dessas 114 variáveis forma o sub-índice "Concorrência", destacado no texto. Ele agrega variáveis como, dentre outras, "intensidade da competição local", "extenção da domincação de mercados", "efetividade da política antiturste", "Efeito dos impostos nos incntivos para investir", "requisitos necessários para começar um negócio", "prevalência de barreiras ao comério internacional". Cf. Methodology and computation of the Global Competitiveness Index, disponível em http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index/appendix-a-methodology-and-computation-of-the-global-competitiveness-index-2016-2017/#view/fn-m/

[7] Veja mais detalhes na seção 2.

[8] Cf. site oficial do Banco Mundial, DOING BUSINESS Measuring Business Regulations, disponível em http://www.doingbusiness.org/

[9] Valores correntes de 2016 (IPCA). O CADE julgou 7.951 (1994-2012) ACs e 426

milhões apenas em orçamento para o CADE.[10] Apesar do investimento empreendido e dos avanços alcançados, o sistema organizado pela Lei nº 8.884/94 iniciou a década de 2010 com significativos sinais de desgaste, em especial:

(i) Grande volume de atos de concentração irrelevantes do ponto de vista antitruste,

(ii) Demora para a análise de processos administrativos; e

(iii) Dificuldade de fazer cumprir suas decisões, em especial o pagamento de multas.

A comparação internacional pode ilustrar de forma eficaz alguns desses gargalos, em especial a maneira com que o volume excessivo de atos de concentração prejudicava a capacidade da agência de promover a repressão de condutas anticompetitivas. Entre 2004 e 2012, o CADE analisou, em média anual e proporcionalmente ao tamanho da sua economia, mais do que o dobro do número de ACs recebidos pelos órgãos antitruste dos Estados Unidos, apesar de os americanos contarem com orçamento anual em média 4 vezes superior, além de 12 vezes mais funcionários.[11] Talvez mais importante, 95% dos ACs analisados pelo plenário do CADE no período foram aprovados sem sofrer qualquer tipo de restrição antitruste – indicando potencial ineficácia dos critérios legais para análise de operações pelo plenário.[12] A combinação de um

PAs (2000-2012). Fonte: Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 1995-2012.

[10] Valores correntes de 2016 (IPCA). Orçamento total R$ 390.299.298,00 entre 1996 e 2012 (valores não disponíveis para os anos 1994 e 1995). Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 1996-2012.

[11] Os orçamentos do CADE foram convertidos para dólares a partir de fatores de converção de paridade de poder de compra disponibilizadas pelo Banco Mundial. Segundo os Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2004-2012, entre 2004 e 2012, o CADE teve uma média anual de 156 funcionários, 592 ACs julgados e orçamento de US$ 12 milhões a valores de 2016. No mesmo período, a FTC e o DoJ dos Estados Unidos, tiveram média anual combinada de 1.960 funcionários, 1.490 notificações "Hart-Scott-Rodino" e orçamento de US$ 455 milhões a valores de 2016. Cf. Federal Trade Commission, Congressional Justification budget summary, Fiscal Year 2004-2013. United States Department of Justice, Antitrust Division, Congressional Submission, performance budget, Fiscal Year, 2004 to 2013.

[12] É importante destacar que, no regime da Lei nº 8.884/94, o CADE é sinônimo de Tribunal, uma vez que concentrava apenas a função judicante – a persecutória ficava com a SDE. Com a Lei nº 12.529/11, o volume de notificações ao CADE continua significativo, mas agora nem tudo precisa ser analisado pelo Tribunal da autarquia, que hoje também comporta um órgão persecutório, a Superintendência-Geral. No período destacado pelo texto, entre 2004 e 2012, o CADE julgou 4.601 casos, impondo

controle de fusões excessivo com recursos humanos e financeiros escassos prejudicou a capacidade do CADE de se dedicar à repressão de condutas anticompetitivas, como cartéis. Entre 2004 e 2012, por exemplo, o CADE foi capaz de julgar uma média de 34 casos por ano, com taxa de condenação de 23%.[13] Esses casos tramitavam em média por 3 anos[14] Além da relativa lentidão e da baixa frequência de decisões condenatórias, o sistema também enfrentava dificuldade no recolhimento das multas estabelecidas: entre 2004 e 2012, o CADE recebeu apenas cerca de 7% do valor das sanções que impôs – percentual que engloba valores arrecadados tanto por meio de pagamento de multas em PAs quanto de contribuições pecuniárias (provenientes de acordos); o percentual cai significativamente se considerada apenas a arrecadação de multas.[15]

Muito se fala da importância da introdução da análise prévia de atos de concentração para a modernização do antitruste brasileiro, o que é fato incontroverso. Entretanto, merece destaque o deslocamento do foco de análise empreendido pelo plenário do CADE, antes dominado por atos de concentração, para a análise de condutas anticompetitivas. Muitas foram as inovações introduzidas pela Lei nº 12.529/11 nesse sentido, mas duas mudanças no regime de controle de estruturas parecem ter revolucionado a eficácia da prática antitruste no país: (i) a alteração dos critérios para apresentação compulsória de ato de concentração[16] e (ii) a criação da Superintendência-Geral

restrições a 246 – apenas três foram reprovados. Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2004-2012.

[13] No período, foram condenados 70 casos entre 302 analisados. Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2004-2012.

14 O prazo de 3 anos considera a soma dos tempos médios de tramitação de processos administrativos e averiguações preliminares (APs): média para PAs, 2 anos e 4 meses; média para APs, 8 meses. Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2004-2012.

[15] Para valores correntes de 2016 (IPCA), o CADE recolheu R$ 393.448.969,65 e impôs multas no valor de R$ 5.872.459.645,00. Com exceção de anos recentes, não está disponível informação sistemática e histórica que diferencie a fonte da arrecadação, se pagamento de multa ou proveniente de contribuição pecuniária. Para 2012, a taxa de arrecadação de multas foi 4.3%; para 2013, 3.8% e para 2014, 0.07%. É preciso dizer que grande parte das multas, apesar de não pagas, recebem garantias financeiras ao longo do questionamento judicial das decisões do CADE. Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2004-2016.

[16] Particularmente a elevação do critério de faturamento, de R$ 400 para R$ 750 milhões, exigindo-se ainda que a outra empresa envolvida tenha faturado ao menos R$ 75 milhões. A nova lei também eliminou o critério de participação de mercado, em linha com as melhores práticas internacionais. Cf. artigo 88 da Lei nº 12.529/11 e Portaria Interministerial nº 994, Ministérios da Justiça e Fazenda, de 30 de maio de 2012. É preciso destacar a necessidade de se atualizar esses valores de forma periódica,

(SG) do CADE, com competência para aprovar operações sem a obrigatoriedade de análise pelo Tribunal.[17]

Como mostra o Gráfico 1, entre 2009 e 2012[18], foram apresentados ao CADE, e analisados pelo plenário, uma média de 645 ACs por ano. Após a alteração dos critérios para notificação de ACs, a média de ACs apresentados anualmente despencou: entre 2013 e 2016, a média anual recuou 36%, para 413 operações.[19] Apesar de essa redução já poder ser considerada significativa em termos de economia de recursos, o efeito gerado pela criação da SG é decisivo: entre 2013 e 2016, apenas uma média de 43 ACs foram analisados pelo plenário do CADE, uma redução de 93% - o restante foi resolvido sem participação do Tribunal.[20] Como mostra o Gráfico 2, a atuação da SG liberou recursos do plenário para que este intensificasse a análise de PAs e TCCs. Entre 2013 e 2016, foram julgados em média 45 PAs e 52 TCCs por ano, multiplicando por quase 3 a média de PAs e por mais de 8 a de TCCs em relação aos quatro anos anteriores.

Gráfico 1 – **Atos de Concentração analisados pelo CADE (2009-2016)**

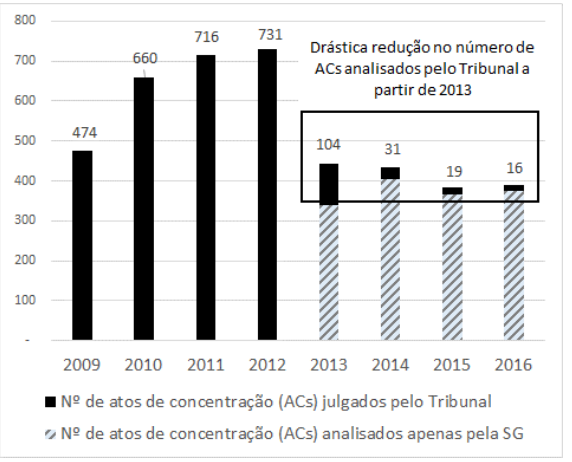
uma vez que a inflação no país não é desprezível: o índice acumulado de preços ao consumidor (IPCA), por exemplo, indica desvalorização do real de mais de 30% apenas entre 2012 e 2016.

[17] Cf. artigos 54 a 57 da Lei nº 12.529/11.

[18] É relevante explicar porque a análise compara o período 2009 a 2012 com o período 2013 a 2016. A decisão de incluir 2012 com os demais anos de vigência da Lei nº 8.884/94, mesmo tendo a Lei nº 12.529/11 entrado em vigor em maio de 2012, deve-se ao período de transição vivido durante boa parte daquele ano, particularmente no controle de estruturas, em que um significativo estoque de ACs ainda foi analisado sob o regime da lei de 1994. Nesse contexto, compara-se os resultados alcançados durante os últimos 4 anos de vigência da Lei nº 8.884/94 (incluindo efeitos carregados ao longo do tempo) com os primeiros 4 anos de vigência plena da Lei nº 12.529/11.

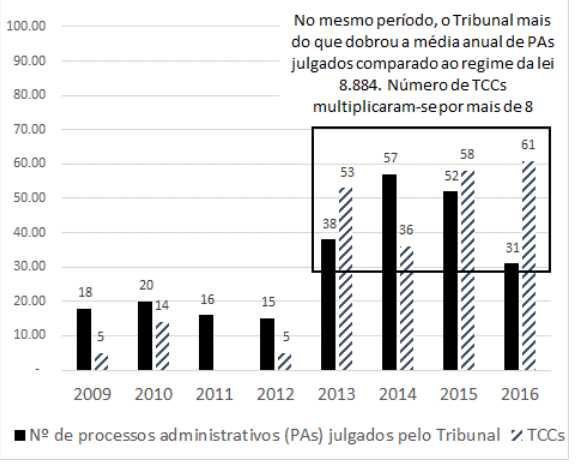
[19] Merece destaque a robustez na redução do número de operações notificadas, que persistem mesmo com a ponderação dos dados pela evolução do PIB brasileiro durante o período, dada a crise experimentada desde 2014.

[20] É importante destacar que essa média está viesada pelo ano de 2013, em que 104 casos foram analisados pelo plenário por ainda respeitarem o regime da Lei nº 8.884/94. Para o período entre 2014 e 2016, por exemplo, a redução foi de 96%. Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2009 a 2016.



Fonte: Elaboração do autor com base nos Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2009-2016. Note que 97 dos 104 casos analisados pelo Tribunal seguiam o regime da Lei nº 8.884/94.

Gráfico 2 – **Processos Administrativos analisados pelo CADE (2009-2016)**



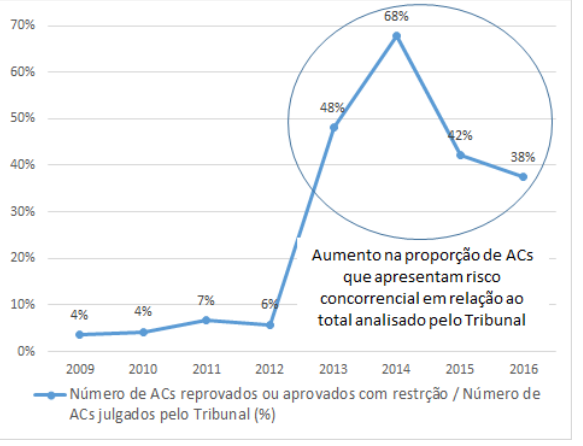
Fonte: Elaboração do autor com base nos Relatórios Relatórios de Gestão CADE, exercícios 2009-2016. Número de TCCs homologados.

Ao mesmo tempo, é importante destacar que a redução do número de ACs notificados e analisados pelo plenário não parece ter prejudicado a eficácia do controle de estruturas promovido pelo CADE. Ponderados pela média anual de ACs apresentados à agência, a proporção de operações alvo de restrições em comparação a tudo que é notificado manteve-se estável após a introdução da

Lei nº 12.529/11 – em torno de 5% ao ano.[21] Ou seja, apesar de o Tribunal do CADE analisar 10 vezes menos casos, ele ainda continua impondo restrições a um número similar de operações, o que indica um ganho significativo de eficiência. Como mostra o Gráfico 3, enquanto o plenário impôs restrições a apenas 5% dos ACs que analisou entre 2009 e 2012, esse percentual subiu para 50% no período 2013-2016.[22] O aumento de eficiência na análise de estruturas parece ter afetado diretamente o ritmo de análise de processos administrativos. Como mostra o Gráfico 4, o percentual de condenações passou de 13%, no período 2009-2012, para 66% entre 2013 e 2016. Os números absolutos são ilustrativos da dimensão dessa mudança – no período 2009-2012, apenas 9 condenações; no período 2013-2016, 119 condenações. Um aumento superior a 12 vezes.

Quase ato contínuo, os prazos médios de análise de praticamente todos os procedimentos do órgão foram reduzidos. Em 2016, ACs sumários foram analisados, em média, em 16 dias; ACs ordinários foram resolvidos, em média, em 68 dias. No caso de PAs, o percentual de processos em estoque com mais de 5 anos experimentou contínua redução – em 2014, esses processos representavam 25% do total, em 2015 representavam 17% e em 2016, 13%.[23]

Gráfico 3 – Percentual de Atos de Concentração restringidos pelo CADE (2009-2016)



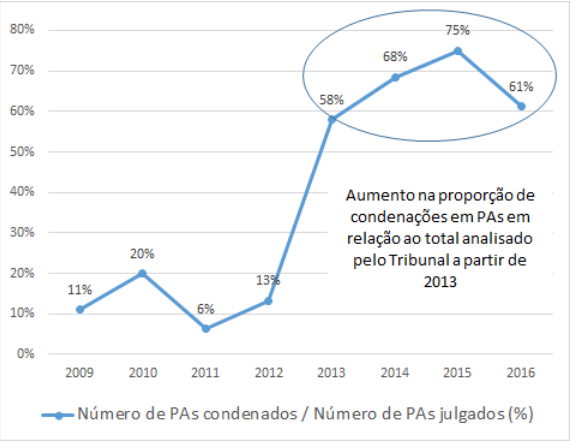
[21] Entre 2009 e 2012, o CADE julgou 2.581 ACs, impondo restrições a 135. No período 2013 a 2016, o CADE analisou 1.652 ACs, impondo restriçoes em 85 casos. Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2009 a 2016.

[22] Nesse período, o plenário analisou 170 ACs e impôs restrições a 85.

[23] Relatório de Gestão do CADE, exercício 2016, pp 44 e 56.

Fonte: Elaboração do autor com base nos Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2009-2016.

Gráfico 4 – Percentual de Processos Administrativos condenados pelo CADE (2009-2016



Fonte: Elaboração do autor com base nos Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2009-016.

Outro ponto de destaque associado à crescente atividade de repressão a condutas anticompetitivas está no aumento significativo do número de TCCs homologados pelo plenário. Como indica o Gráfico 2, acima, entre 2013 e 2016 o CADE firmou 208 TCCs, contra apenas 24 no período 2009-2012. A guinada do CADE em direção à resolução de conflitos por meio de TCCs, em substituição à imposição de multas, é aparente.[24] Se entre 2009 e 2012 o CADE julgou quase 3 vezes mais PAs do que TCCs, essa tendência se inverteu a partir de 2013. Apenas em 2016, por exemplo, o CADE homologou duas vezes mais TCCs do que julgou PAs, além de ter imposto contribuições pecuniárias cujo valor total supera em quase 4 vezes o total de multas aplicadas.[25]

Como dito anteriormente, dentre outras questões, o sistema promovido pela Lei nº 8.884/94 apresentava problemas crônicos associados à demora no julgamento de PAs, produzindo um volume reduzido de decisões

[24] Em 2016, por exemplo, a autarquia publicou a resolução nº 15 que disciplina procedimentos relativos à celebração de Acordo de Leniência e de Termo de Compromisso de Cessação .

[25] Foram homologados 61 TCCS, contribuições pecuniárias totalizaram R$ 726 milhões. Foram julgados 31 PAs, multas totalizaram R$ 196 milhões. Cf. Relatório de Gestão do CADE, exercício 2016.

envolvendo condutas anticompetitivas. Ao mesmo tempo, a taxa de cumprimento voluntário das sanções, particularmente multas, era reduzida. Nesse contexto, a promoção de TCCs como alternativa de resolução de conflitos apresenta benefícios bastante palpáveis: de um lado, redução do prazo de tramitação de PAs, economizando recursos públicos e privados e permitindo a análise de mais casos a cada ano; de outro, aumento da probabilidade de que decisões do CADE sejam efetivamente cumpridas, uma vez que ao invés de impostas unilateralmente pelo Tribunal restrições são negociadas com as partes.

Quanto ao cumprimento voluntário das sanções impostas pelo CADE, dada a natureza administrativa de suas decisões, é natural esperar que partes prejudicadas recorram ao judiciário. Entre 2008 e 2016, por exemplo, pode-se inferir que praticamente todas as decisões restritivas de direito que foram implementadas unilateralmente pelo CADE foram levadas ao judiciário: enquanto o CADE proferiu ao menos 543 decisões unilaterais e restritivas, 545 novas ações contra o CADE foram iniciadas no judiciário.[26] Apesar de o CADE sair vencedor na maioria das suas disputas, o percentual de decisões total ou parcialmente contrárias à autarquia não é desprezível: entre 2008 e 2016, o CADE teve decisões desfavoráveis em 19% dos casos em primeira instância e em 32% dos casos em segunda instância.[27] Ao firmar acordos, o CADE reduz significativamente a chance de que suas decisões sejam proteladas ou reformadas no judiciário.

A alta litigiosidade enfrentada pelo CADE em decorrência das suas decisões também pode ser medida pelo baixo pagamento de multas. Em 2016, por exemplo, o CADE recebeu apenas R$ 20 milhões em multas – cerca de 10% do que impôs.[28] Entre 2012 e 2016, o CADE recebeu R$ 81 milhões dos

[26] Foram computados como "decisões restritivas" condenações em PAs, multas por intempestividade na apresentação de ACs e restrições impostas a ACs – seja rejeição completa ou imposição de condições não acordadas em Termos de Compromisso de Desempenho. Entre 2008 e 2016, foram proferidas 543 decisões restritivas. No mesmo período, foram iniciadas 545 açoes contra o CADE. Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2008 a 2016.

[27] Entre 2008 e 2016 foram proferidas ao menos 424 decisões de primeiro grau, 83 desfavoráveis, e 488 decisões em segunda instância, 158 desfavoráveis ao CADE. Não há dados disponíveis para o ano de 2010. É preciso destacar que não foi feita qualquer análise a respeito da natureza dessas decisões, em particular da relevância das decisões desfavoráveis. Os dados são apenas uma proxy para o nível de litigiosidade enfrentado pela autarquia como consequência de sua atuação na esfera administrativa.

[28] O CADE impôs multas no valor total de R$ 196.637.612,00 e recolheu um total de R$ 20.449.377,18. Valores arrecadados não necessariamente se referem a multas impostas naquele ano. Cf. Relatório de Gestão do CADE, exercício 2016.

R$ 4.4 bilhões determinados pelo plenário – 1.8%.[29] De outro lado, o valor recolhido com contribuições provenientes de TCC, apenas em 2016, foi de R$ 700 milhões, equivalente a 96% do que foi homologado no mesmo ano.[30] Para se ter uma ideia do que isso significa em termos de evolução da capacidade do CADE de punir empresas por condutas anticompetitivas, o valor arrecadado com o cumprimento de TCCs apenas em 2016 é quase 20% superior a tudo o que foi arrecadado pelo CADE, entre 1999 e 2013, tanto com multas quanto com cumprimento de TCCs: R$ 568 milhões.[31] E não é que o CADE não tenha multado durante esse período: de 1999 a 2013, o CADE impôs um total de multas superior a R$ 6.5 bilhões.[32]

Essa discussão é essencial para o aumento da eficácia da política antitruste no Brasil e se coloca como principal desafio no controle *ex post* de estratégias anticompetitivas. Para que a repressão antitruste recondicione o comportamento de agentes de mercado e reduza o nível de condutas anticompetitivas, é preciso uma combinação entre capacidade de detecção de ilícitos e capacidade de implementação de punições efetivas. Quando se considera, por exemplo, que mesmo países desenvolvidos detectam apenas cerca de 10% a 30% dos cartéis em atividade[33], fica claro o tamanho do desafio enfrentando pela política antitruste na tentativa de gerar impactos concretos no comportamento de indivíduos e empresas. Esse desafio se torna sensivelmente mais complexo quando as partes identificadas e condenadas não cumprem as sanções impostas.

Nesse contexto, TCCs são uma solução possível para a dificuldade de *enforcement* inerente à natureza administrativa das decisões do CADE. Dentro

[29] Grande parte desse valor se refere a apenas um caso cuja multa, em valores de 2016 (IPCA), foi de R$ 3.666.525.210,00. Trata-se do caso de cartel dos cimentos, decidido em 2014 (Cf. P.A. nº 08012.011142/2006-79). Sem esse valor, o total de multas no período, em valores de 2016 (IPCA), foi de R$ 737.030.599,06. Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2012 a 2016.

[30] É importante destacar que não há uma coincidência entre o total de valores impostos em multas e contribuições a cada ano e o que foi efetivamente pago naquele ano – na maioria dos casos, tratam-se de valores impostos ou acordados em anos anteriores, e não há informação sistemática e disponível capaz de diferenciar esses pagamentos ao longo do tempo.

[31] Valores correntes de 2016 (IPCA), R$ 568.249.563,90. Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 1999 a 2016.

[32] Valores correntes de 2016 (IPCA), R$ 6.522.853.804,35. Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 1999 a 2016.

[33] Cf. Miller, N. H. (2009). Strategic leniency and cartel enforcement. The American Economic Review, 99(3), 750-768, and Combe, E., Monnier, C., & Legal, R. (2008). Cartels: The probability of getting caught in the European Union.

do arcabouço institucional montado pela Lei nº 12.529/11, parece a saída natural, particularmente quando se considera o monopólio do CADE no controle *ex post* de condutas anticompetitivas, com exceção do direito à indenização civil - ainda pouco exercido no país - e a persecução criminal em casos de cartel. Esse modelo, entretanto, não é sem riscos. Por exemplo, à medida em que fica claro para os agentes de mercado que fazer acordos é a estratégia de *enforcement* da agência, o CADE poderá ver seu poder de barganha significativamente reduzido – afinal, para a empresa, a alternativa ao acordo ainda pode parecer atrativa, em especial pela demora na resolução judicial.[34] Ao mesmo tempo, os recursos finaceiros e humanos do CADE são limitados – é difícil pensar em um modelo antitruste eficaz sem um maior engajamento de agentes privados no esforço de promover *enforcement*.[35]

Apesar dos muitos deasafios à frente, parece incontroverso que a politica antitruste brasileira amadureceu de forma significativa nas últimas décadas. Essa conclusão, entretanto, não pode deixar que se perca de foco o fato de que a política antitruste não é um fim em si mesma – ela tem valor na medida em que promove concorrência e bem estar. Nesse contexto, parece estar pouco claro na prática brasileira que "política antitruste" é parte, e não todo, de

[34] O cartel do aço, por exemplo, só chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2014, depois de 15 anos do acórdão do CADE (P.A. nº 08000.015337/1997-48). Uma proxy menos anedótica a respeito da morosidade do sistema judicial: em 2014, último ano com dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, a Justiça Federal da Primeira Região, que concentra a grande maioria dos litígios do CADE, possuía um estoque de 2.663.170 processos, tendo recebido naquele ano 1.253.525 novos casos, julgado 584.166 e baixado 998.148. Em relação ao ano anterior, o estoque subiu 3.6% ao invés de reduzir. Cf. Justiça em números, relatório interativo, TRF1 2014.2, disponível em http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=2014_2_27. Quanrto ao valor das multas, apesar de elas terem aumentado significativamente tanto em termos absolutos quanto em termos percentuais frente ao faturamento das partes, uma dissuasão efetiva exige que multas se relacionem ao benefício auferido e não ao faturamento que, por si só, não representa informação suficiente sobre os efeitos da conduta empregada sobre os incentivos dos agentes de mercado.

[35] Desde a Lei nº 8.884/94, as partes prejudicadas têm o direito a indenizações civis por violação antitruste. O sistema tal como desenhado, entretanto, oferece poucos incentivos à utilização desse direito. Danos concorrenciais são normalmente difusos, de difícil mensuração e de baixo valor absoluto per capita. Isso significa que, individualmente, não vale a pena incorrer nos custos do processo, considerando que a expectativa de ganhos individuais é reduzida. O desenvolvimento de um modelo de class actions, em que agentes privados podem defender interesses de um grupo e, mais importante, seus representantes legais possam auferir ganhos tais que justifiquem os riscos associados ao processo, pode solucionar essa questão.

uma "política de concorrência".[36] Como discute a próxima sessão, por mais que se desenvolvam os processos de controle de estruturas e repressão de condutas, essas dimensões talvez não sejam capazes de entregar o padrão de livre concorrência exigido para o pleno funcionamento de economias de mercado.

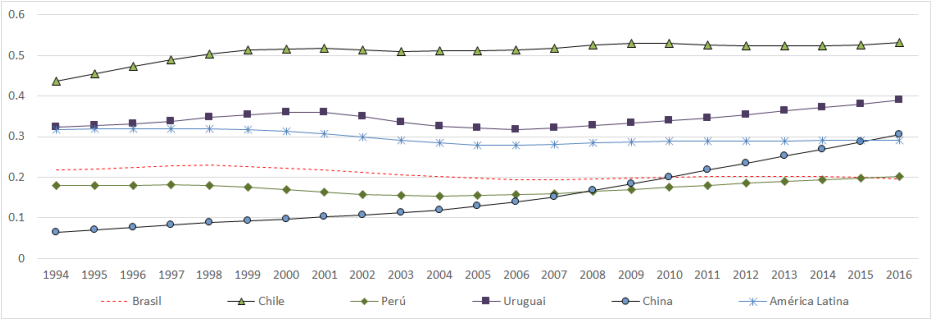
2. O governo enquanto entrave à concorrência: a necessidade de o Brasil incorporar uma política abrangente de promoção da concorrência

O Brasil convive com um problema crônico de baixo crescimento de produtividade, presente mesmo durante o recente período de crescimento econômico.[37] Segundo o Banco Mundial, de 2002 a 2014, a produtividade total dos fatores (PTF) cresceu 0,3% ao ano, sendo responsável por cerca de apenas 10% do aumento do PIB brasileiro no período. Em contraste, ganhos de produtividade representaram mais da metade do crescimento do PIB em outras economias emergentes como China, Índia e Rússia. Como ilustra o Gráfico 5, o Brasil não apenas tem dificuldade de reduzir sua defasagem de desempenho em relação à fronteira (nesse caso ilustrada pelo desempenho dos Estados Unidos), como têm perdido competitividade em relação a muitos países em desenvolvimento. Por exemplo, em 1994, ano de promulgação da Lei nº 8.884/94, a produtividade do trabalho no Brasil equivalia a 21% da produtividade do trabalhador médio dos Estados Unidos. Em 2016, esse valor caiu para pouco mais de 19% - a média para a América Latina é 29%. No mesmo período, por exemplo, a China saiu de 6.5% para 30%, o Chile passou de 43% para 53%, o Uruguai de 32% para 39% e o Peru de 18% para 20%.

[36] Para a definição do quenvolve uma política compreensiva de promoção de concorrência, ver World Bank; Organisation for Economic Co-operation and Development. 2017. A Step Ahead : Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth. Trade and Development;. Washington, DC: World Bank, pp 5-7.

[37] Cf. World Bank (2016). Realizing Brazil's Potential and fulfilling its Promises. Brazil Systematic Country Diagnostic. Report nº 101431-BR, pp 70-71. Para uma discussão sobre o conceito de produtividade total dos fatores, Cf. Hulten, R. Dean, E. and Harper, M. (2001). New Developments in Productivity Analysis. University of Chicago Pres. É preciso destacar que existem diversas estimativas para o crescimento da PTF no Brasil, todas bastante sensíveis à metodologia empregada. De todo modo, o diagnóstico geral de dificuldade de crescimento sustentável de produtividade permanece. Cf. Fernanda De Negri, Luiz Ricardo Cavalcante (2014). Produtividade No Brasil. Desempenho e determinantes. Volume 1 – Desempenho. IPEA.

Gráfico 5 – Produtividade do Trabalho para países selecionados como porcentagem da produtividade do trabalho nos Estados Unidos (1994-2016, média móvel de 5 anos, paridade de poder de compra)



Fonte: Elaboração do autor com base nos dados disponibilizados por OECD (2016). Latin American Economic Outlook 2017 - Youth, Skills and Entrepreneurship. América Latina se refere à média simples dos dados para Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, México, Peru, Uruguai e Venezuela.

Entender as razões dessa deficiência é crucial para a definição de políticas públicas capazes de promover crescimento econômico com inclusão social e distribuição de renda.[38] Especialmente em um contexto macroeconômico em que o governo enfrenta restrições orçamentárias[39], proporcionar crescimento de produtividade permite, dentre outros, (i) aumentar a renda dos trabalhadores sem que isso onere o sistema produtivo ou prejudique a competitividade do Brasil nos mercados internacionais, (ii) melhorar a qualidade e reduzir os preços de bens e serviços utilizados pelas diferentes cadeias de valor e consumidos pela população e (c) aumentar a arrecadação do governo sem aumento de carga tributária, potencializando a capacidade de investimentos em infraestrutura e política social.[40]

Nesse contexto, a literatura a respeito dos benefícios da concorrência sobre o crescimento da produtividade é extensa. Concorrência impulsiona a produtividade tanto na dimensão inter-indústria, promovendo alocação eficiente de recursos na economia, quanto intra-indústria, induzindo empresas a tomarem decisões alinhadas a aumentos de produtividade, como atualização

[38] CF. Aghion, P, Durlauf, S (Eds) (2006) Handbook of Economic Growth, Volume 1A. North Holland, 1st Edition; Aghion, P, Durlauf, S (Eds) (2006) Handbook of Economic Growth, Volume 1B. North Holland, 1st Edition.

[39] Cf. World Bank (2016). Realizing Brazil's Potential and fulfilling its Promises. Brazil Systematic Country Diagnostic. Report nº 101431-BR.

[40] Cf. World Bank (2016). Realizing Brazil's Potential and fulfilling its Promises. Brazil Systematic Country Diagnostic. Report nº 101431-BR, pp 70 e ss.

de produtos ou processos e inovação.[41] No Brasil, entretanto, há extensa evidência em torno do baixo nível de concorrência experimentado pelos mercados nacionais - e a maneira com que o governo se relaciona com a economia está diretamente ligada a esse problema.

O *Product Market Regulation Index*, desenvolvido pela OCDE, organiza essa discussão por meio da investigação de (i) regulações setoriais com potencial anticompetitivo, (ii) distorções geradas pela presença de empresas estatais em setores competitivos e (iii) barreiras impostas ao comércio internacional e ao investimento estrangeiro.[42] Como sugerem os resultados do PMR, o potencial restritivo das regulações brasileiras é significativo e persistente ao longo do tempo: além de se classificar em 44º lugar entre 47 economias para dados de 2013, o Brasil foi um dos únicos países a piorar o seu índice desde 2008. Como indica o Gráfico 6, países como Chile, México, África do Sul e China reduziram em até 17% seus índices de restrição.

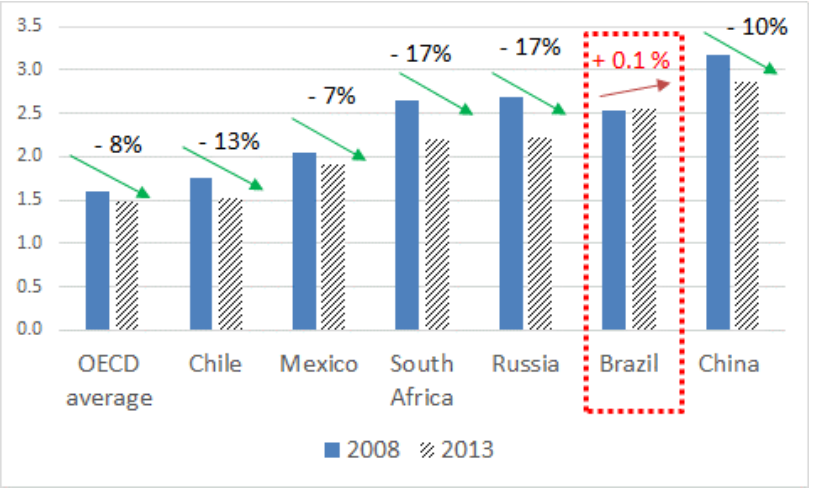
Ao mesmo tempo, como ilustra o Gráfico 7, existe uma correlação entre países com baixa produtividade e países cujas leis, regulações e políticas de governo criam barreiras à entrada, distorcem dinâmicas competitivas e favorecem grupos de interesse – enquanto países como Austrália, Chile e Coréia do Sul apresentam níveis de produtividade até superiores ao que sugeririam seus resultados para o *Product Market Regulation index*; o Brasil possui produtividade aquém da esperada para seu resultado no PMR.[43]

[41] Empresas que operam em um ambiente competitivo são mais propensas a inovar e aumentar níveis de investimento, impulsionando produtividade, emprego e renda. Cf. Buccirossi, P. et al. (2009) Competition Policy and Productivity Growth: an Empirical Assessment; Voigt, S. (2009) The Economic Effects of Competition Policy - Cross-Country Evidence Using Four New Indicators, Journal of Development Studies 45, 1225–1248; Aghion, P, Griffith, R. (2008). Competition and Growth: Reconciling Theory and Evidence. MIT Press.

[42] CF Wolf et. Al. Product Market Regulation: Extending The Analysis Beyond OECD Countries. Economics Department Working Paper. ECO/WKP(2010)55, pg. 7.

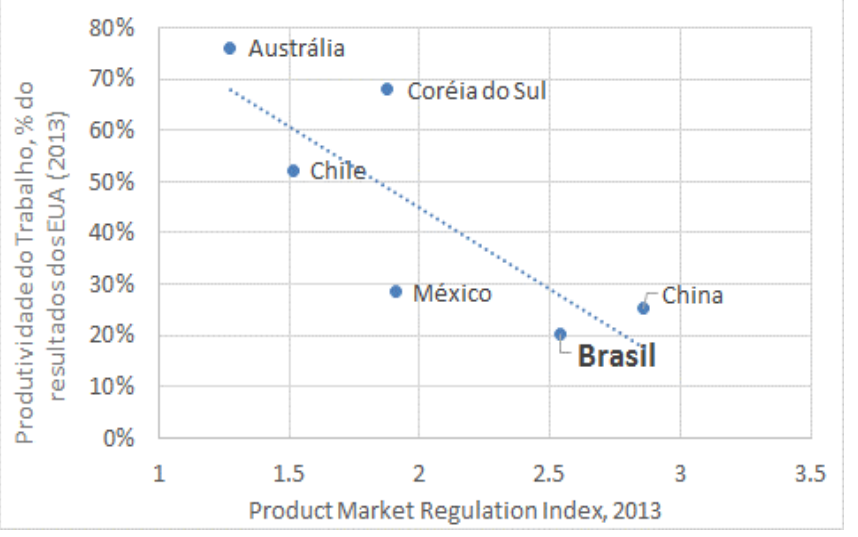
[43] Segundo estimativas da OCDE, não apenas existe correlação entre regulações pró-competitivas e crescimento econômico, como grande parte desse efeito está associado à redução de barreiras à entrada: apenas meio ponto de melhora no subíndice de barreiras ao empreendedorismo, parte do PMR, está associada a um aumento de 0.4% na taxa média anual de crescimento do PIB per capita. Cf. Wölfl, A. et al. (2010), "Product Market Regulation: Extending the Analysis Beyond OECD Countries", OECD Economics Department Working Papers, No. 799, pg. 6.

Gráfico 6 – Evolução do Product Market Regulation Index para países selecionados (2008 and 2013)



Fonte: Elaboração do autor com base nos dados disponibilizados pela OCDE. Product Market Regulation data. Índice varia de 0 a 6, sendo 0 o melhor resultado possível.

Gráfico 7 – Product Market Regulation Index (2013) versus Produtividade do Trabalho (percentual da produtividade dos Estados Unidos, 2013).



Fonte: Elaborado pelo autor com base em OECD (2016). Latin American Economic Outlook 2017 - Youth, Skills and Entrepreneurship e OECD PMR data.

Como indicam os resultados do PMR, muitas das fontes de distorção competitiva presentes na economia brasileira parecem diretamente dependentes de regras estabelecidas pelo próprio governo. Nesse contexto, faz sentido pensar a política de concorrência para além da repressão de condutas e controle de estruturas.[44] Como indica o trabalho desenvolvido pelo Banco Mundial, é importante desenvolver a capacidade de introduzir princípios pró-competitivos nas mais variadas intervenções do governo na economia, em todos os níveis da federação, identificando distorções desnecessárias causadas por regulações e políticas públicas que tenham a capacidade de (a) restringir a entrada de novos concorrentes ou reforçar o poder de mercado de certos agentes, (b) facilitar a colusão ou aumentar os custos de concorrência, e (c) criar vantagens indevidas para algumas empresas, desequilibrando o mercado na direção de incumbentes ou grupos de interesse.[45]

Dentro do regime estipulado pela Lei nº 12.529/11, a SEAE possui mandato capaz de desenvolver trabalho relevante nessa área, particularmente (i) opinar sobre propostas de alterações de atos normativos de agências reguladoras e pedidos de revisão de tarifas (ii) elaborar e propor a revisão de projetos de leis, leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País; (iii) manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial e (iv) encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.[46]

---

[44] A lei 12.529/11 conferiu ao CADE competência para atuar nesses temas (art. 13, XIII, XIV e XV). O foco da autoridade, entretanto, tem sido a prevenção de condutas por agentes de mercado (como cartilhas e guidelines sobre cartéis, leniência e programas de compliance), alinhado ao trabalho de repressão de condutas efetuado pela autarquia, mas pouco foi feito em termos de promover reformulação ampla e sistemática de leis, regulações e políticas de governo com potencial anticompetitivo.

[45] Essa classificação segue o Markets and Competition Policy Assessment Tool (MCPAT), metodologia desenvolvida pelo Banco Mundial com o objetivo de identificar e avaliar os potenciais efeitos anticoncorrenciais da intervenção governamental nos mercados, informar o desenvolvimento de estratégias efetivas para promover a concorrência e fornecer suporte técnico sobre questões relacionadas à concorrência. Cf. Martinez Licetti, Martha; Villaran Elias, Lucia Jimena; Goodwin, Tanja K. 2016. Combatiendo regulaciones que restringen la competencia a nivel sub-nacional: estado de tabasco, México. Washington, D.C.: World Bank Group.

[46] Ver art. 19 da Lei nº 12.529/11.

Além da atual competência conferida à SEAE, é importante olhar para os resultados alcançados por modelos alternativos, em particular aqueles em que existe uma autoridade governamental com competência para não apenas opinar, mas efetivamente implementar reformas. A Austrália tem uma experiência pioneira com o desenvolvimento de uma política compreensiva de promoção de concorrência, com foco em (i) revisão regulatória, (ii) inclusão de princípios pró-concorrenciais em toda intervenção governamental, (iii) capacidade de atingir todos os entes da federação, (iv) mecanismos de incentivos financeiros para entes federativos que cumpram com as diretrizes estipuladas, (v) burocracias criadas especificamente com o objetivo de implementar a política, (vi) monitoramento e avaliação de impacto e (vii) centralidade política, constituindo a principal estratégia de reforma microeconômica do país. Os primeiros resultados computados indicam ganhos esperados de pelo menos 2.5% do PIB, dados os efeitos positivos sobre produtividade e preços.[47]

3. Considerações finais – concorrência enquanto política de desenvolvimento para o Brasil

Seria caricato, em pleno 2017, se representantes dos únicos três concorrentes em um setor estratégico do país comunicassem formalmente a algum representante do SBDC sua decisão de fixar os preços para o setor. Mas foi justamente isso que aconteceu em 1996, quando representantes do chamado "cartel do aço" informaram ao então Secretário da SEAE, em reunião presencial requisitada com esse fim, sua decisão de aumentar os preços dos aços planos ofertados ao mercado nacional.[48]

A diferença entre o comportamento apresentado em 1996 e o que se espera de empresas concorrentes no Brasil de 2017 diz muito sobre a alteração do conceito de concorrência no contexto brasileiro ao longo dos últimos 20 anos. Na década de 1990, o Brasil dava seus primeiros passos em direção ao desenvolvimento de uma economia de mercado em que decisões econômicas sobre preço, quantidade, qualidade e variedade deixavam de ser determinadas diretamente pelo governo.[49] Entretanto, como o cartel do aço ilustra, o processo

[47] Cf. Australian Government, Productivity Commission Inquiry Report (2005), "Review of National Competition Policy Reforms", pp 47 e ss., available at http://ncp.ncc.gov.au/docs/PC%20report%202005.pdf.

[48] Esse fato caricato é a pedra fundamental para a primeira condenação de cartel realizada pelo CADE, em 1999. Cf. P.A. nº 08000.015337/1997-48.

[49] Cf. KUPFER, D. A indústria brasileira após 10 anos de liberalização econômica. [2003]. (Artigo apresentado no Seminário Brasil em Desenvolvimento, Instituto de

de transição de uma economia planejada para uma economia de mercado exige mais do que novas leis e estruturas burocráticas, exige a redefinição da maneira com que agentes públicos e privados se relacionam no ambiente econômico - o que naturalmente leva tempo.[50]

Se em 1996 a regra era o desconhecimento dos conceitos básicos de funcionamento de uma economia de mercado, mesmo entre os principais grupos empresariais do país, passados 23 anos da promulgação da Lei nº 8.884/94 desconhecimento é a exceção. Ao mesmo tempo, se é verdade que a política antitruste fez muito pela criação de uma cultura de livre mercado no país, é preciso fazer mais. É preciso dar passos em direção a uma política que gere impactos mais concretos no nível de concorrência experimentado pelos mercados brasileiros, promovendo ganhos de produtividade, crescimento e inclusão. Apesar de não existir apenas uma estratégia de como fazê-lo, os objetivos a serem alcançados nas próximas duas décadas são claros: (i) aumentar a efetividade da política antitruste, particularmente sua capacidade de detectar ilícitos, calibrar sanções, indenizar vítimas e fazer cumprir suas decisões administrativas; (ii) criar capacidade institucional para reformar, de forma periódica e sistemática, leis, regulações e políticas públicas, nacionais e subnacionais, que criem barreiras à entrada, reforcem poder de mercado, facilitem colusão ou distorçam as regras do jogo em benefício de grupos de interesse ou agentes específicos - destacam-se a promoção de neutralidade competitiva na atuação de empresas estatais e a revisão de regras de compras públicas, políticas de subsídios, benefícios fiscais e políticas de comércio internacional.

A realidade é que a promoção ampla e efetiva de concorrência precisa receber maior atenção nas discussões de política pública no Brasil. O custo-benefício de se promover dinâmica competitiva é marcante: não apenas a magnitude e o escopo dos ganhos esperados são significativos, inclusive para a população mais pobre, como o investimento público exigido é inferior ao utilizado por outras estratégias de governo. Na África do Sul, a queda de preço gerada pelo desmantelamento de apenas 4 cartéis em produtos de consumo

Economia da UFRJ, Outubro/2003)

[50] Em 1996, dois anos após a da Lei nº 8.884/94 e há três da privatização da última siderúrgica pública no país, empresários não apenas combinavam "à luz do dia" os preços para o setor como compartilhavam com a SEAE suas decisões, exatamente como lhes era exigido pelo finado Conselho Interministerial de Preços. A cadeia produtiva diretamente afetada pelo conluio peticionou ao Ministro da Fazenda para que "tomasse uma providência" a respeito do aumento de preços ao invés de denunciar a colusão à SDE. A SEAE, por sua vez, ao invés de requerer imediata abertura de Processo Administrativo perante a SDE, notificou as empresas a respeito do risco de incorrerem em ilícito de cartel. Cf. P.A. nº 08000.015337/1997-48.

básico foi capaz de retirar cerca de 200 mil pessoas da pobreza - uma política de transferência direta de renda precisaria investir 40 vezes mais recursos públicos para alcançar efeito similar.[51] No Peru, maior concorrência nos setores de serviços teria o potencial de aumentar em pelo menos 0.2% o crescimento anual do PIB.[52] No México, estima-se que a falta de concorrência custe 1% do crescimento do PIB do país a cada ano.[53] Na Tunísia, mais concorrência aumentaria o crescimento da produtividade do trabalho em 5%, gerando crescimento adicional de 4.5% do PIB e 50 mil novos empregos por ano.[54] Os benefícios de uma revolução concorrencial estão à espera do Brasil.

4. Referências

AGHION, P, DURLAUF, S (Ed) (2006) Handbook of Economic Growth, Volume 1A. North Holland, 1st Edition.

_____. (2006) Handbook of Economic Growth, Volume 1B. North Holland, 1st Edition.

AGHION, P, GRIFFITH, R. (2008). Competition and Growth: Reconciling Theory and Evidence. MIT Press.

AUSTRALIAN GOVERNMENT, PRODUCTIVITY COMMISSION (2005). Productivity. Commission Inquiry Report. Review of National Competition Policy Reforms.

BUCCIROSSI, P. et al. (2009) Competition Policy and Productivity Growth: an Empirical Assessment.

COMBE, E., MONNIER, C., & Legal, R. (2008). Cartels: The probability of getting caught in the European Union.

51 Cf. Purfield, C. M.; Hanusch, M. Algu, Y.; Begazo Gomez, T. P.; Martinez Licetti, M.; Nyman, S. (2016). South Africa economic update : promoting faster growth and poverty alleviation through competition. South Africa economic update; issue no. 8. World Bank Group, pp 59.

52 Cf. Vostroknutova, Ekaterina; Rodriguez, Alberto; Saavedra, Pablo; Panzer, John. 2015. Peru - Building on success: boosting productivity for faster growth. World Bank Group, pp. 49.

53 World Bank (2015). Project Brief. Mexico: Transforming Market Through Competition.

54 Cf. World Bank.2014. The unfinished revolution: bringing opportunity, good jobs and greater wealth to all Tunisians, pp.97. Para 2016, 50.000 novos empregos representaria 1.2% da força de trabalho no país. Cf. Trading Economics, Tunisia Labor Force.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48.

_____ (1996). Relatório de Atividades. Exercício de 1995.

_____ (1997). Relatório Anual 1996.

_____ (1998). Relatório Anual 1997.

_____ (1999). Relatório Anual 1998/99.

_____ (2001). Relatório de Gestão. Exercício de 2000.

_____ (2002). Relatório de Gestão. Exercício de 2001.

_____ (2003). Relatório de Gestão. Exercício de 2002.

_____ (2004). Relatório de Gestão. Exercício de 2003.

_____ (2005). Relatório de Gestão 2004.

_____ (2006). Relatório de Gestão 2005.

_____ (2007). Relatório de Gestão 2006.

_____ (2008). Relatório de Gestão. Exercício de 2007.

_____ (2009). Relatório de Gestão. Exercício de 2008.

_____ (2010). Prestação de Contas Ordinária Anual. Relatório de Gestão do Exercício de 2009.

_____ (2011). Prestação de Contas Ordinária Anual. Relatório de Gestão do Exercício de 2010.

_____ (2012). Prestação de Contas Ordinária Anual. Relatório de Gestão do Exercício de 2011.

_____ (2013). Prestação de Contas Ordinária Anual. Relatório de Gestão do Exercício de 2012.

_____ (2014). Relatório de Gestão do Exercício de 2013.

_____ (2015). Relatório de Gestão do Exercício de 2014.

_____ (2016). Relatório de Gestão do Exercício de 2015.

_____ (2017). Relatório de Gestão do Exercício de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números, Relatório Interativo, disponível em http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros.

DE NEGRI, Fernanda; CAVALCANTE, Luiz Ricardo (2014). Produtividade No Brasil. Desempenho e determinantes. Volume 1 – Desempenho. IPEA.

FALCO, Guilherme de Aguiar (2014), Índices de Política de Concorrência: Avaliação do Caso Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Economia), Universidade Federal de São Carlos.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year 2004.

_____. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year - 2005.

_____. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year - 2006.

_____. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year - 2007.

_____. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year - 2007.

_____. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year - 2008.

_____. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year - 2009.

_____. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year - 2010.

_____. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year - 2011.

_____. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year - 2012.

_____. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year - 2013.

GLOBAL COMPETITION REVIEW. Rating Enforcement 2016, disponível em http://globalcompetitionreview.com/edition/1000401/rating-enforcement-2016.

HULTEN, R., DEAN, E., HARPER, M. (2001). New Developments in Productivity Analysis. University of Chicago Pres.

KUPFER, D. (2003). A indústria brasileira após 10 anos de liberalização econômica. Artigo apresentado no Seminário Brasil em Desenvolvimento, Instituto de Economia da UFRJ, Outubro/2003.

Martinez Licetti, Martha; Villaran Elias, Lucia Jimena; Goodwin, Tanja K.. 2016. Combatiendo regulaciones que restringen la competencia a nivel sub-

nacional: estado de tabasco, México. Washington, D.C. : World Bank Group.

MILLER, N. H. (2009). Strategic leniency and cartel enforcement. The American Economic Review, 99(3), 750-768.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Regulatory databases and indicators, disponível em http://www.oecd.org/regreform/regulatory-databases-and-indicators.htm.

PURFIELD, C. M.; HANUSCH, M. ALGU, Y.; BEGAZO GOMEZ, T. P.; MARTINEZ LICETTI, M.; NYMAN, S. (2016). South Africa economic update: promoting faster growth and poverty alleviation through competition. South Africa Economic Update; issue no. 8. World Bank Group.

SYVERSON, C. (2011). What Determines Productivity? Journal of Economic literature.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. Congressional Submission, performance budget, Fiscal Year, 2004.

_____. Congressional Submission, performance budget, Fiscal Year, 2005.

_____. Congressional Submission, performance budget, Fiscal Year, 2006

_____. Congressional Submission, performance budget, Fiscal Year, 2007

_____. Congressional Submission, performance budget, Fiscal Year, 2008

_____. Congressional Submission, performance budget, Fiscal Year, 2009

_____. Congressional Submission, performance budget, Fiscal Year, 2010

_____. Congressional Submission, performance budget, Fiscal Year, 2011

_____. Congressional Submission, performance budget, Fiscal Year, 2012

_____. Congressional Submission, performance budget, Fiscal Year, 2013

VOIGT, S. (2009) The Economic Effects of Competition Policy - Cross-Country Evidence Using Four New Indicators, Journal of Development Studies 45, 1225–1248.

VOSTROKNUTOVA, Ekaterina; RODRIGUEZ, Alberto; SAAVEDRA, Pablo; PANZER, John. 2015. Peru - Building on success: boosting productivity for faster growth. World Bank Group.

WÖLFL, A. et al. (2010). Product Market Regulation: Extending the Analysis Beyond OECD Countries. OECD Economics Department Working Papers, No. 799.

WORLD BANK GROUP (2014). The unfinished revolution: bringing opportunity, good jobs and greater wealth to all Tunisians.

_____ (2015). Project Brief. Mexico: Transforming Market Through Competition.

_____ (2016). Realizing Brazil's Potential and fulfilling its Promises. Brazil Systematic Country Diagnostic. Report nº 101431-BR.

_____ (2017). Doing Business 2017: Measuring Regulatory Quality and Efficiency. Washington, DC.

WORLD BANK GROUP; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. 2017. A Step Ahead : Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth. Trade and Development;. Washington, DC: World Bank.

WORLD ECONOMIC FORUM (2016). The Global Competitiveness Report 2016–2017.

ANÁLISE DOS REMÉDIOS ANTITRUSTE APLICADOS PELO CADE A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/11

Thaiane Vieira Fernandes de Abreu

Resumo: O presente estudo objetiva examinar a aplicação de remédios antitruste pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), a partir da vigência da Lei n. 12.529/11. O novo arcabouço legal introduziu o sistema de controle de concentrações prévio na política de concorrência brasileira, substituindo o regime da antiga Lei da Concorrência n. 8.884/94. No intuito de examinar as medidas antitruste instituídos pelo Cade após a vigência da nova Lei, será elaborada pesquisa sobre os remédios aplicados de 2012 a 2017, a fim de indicar se as críticas dirigidas à prática do Cade foram corrigidas, principalmente no que tange à efetividade.

Palavras-chave: Remédios antitruste. Sistema de controle de concentrações. Lei n. 12.529/2011. Efetividade. Lei n. 8.884/94.

Keywords: Merger remedies. Merger review system. Law No. 12,529/11. Effectiveness. Law No. 8,884/94.

A modernização do sistema de controle de estruturas indica uma maior preocupação com a eficiência da atuação estatal no que tange aos resultados dos atos de concentração instaurados. Isso porque com a alteração do sistema de análise de atos de concentração posterior para prévio, o Brasil busca sanar as ineficiências causadas pelo antigo sistema, que era visto pelas melhores práticas como ineficaz do ponto de vista econômico e na proteção do interesse público[1].

Examinando-se o procedimento de análise de estruturas sob o regime da antiga Lei de Concorrência n. 8.884/94, diversas críticas relacionavam a ineficiência do sistema brasileiro com a baixa efetividade na aplicação dos remédios antitruste pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar os tipos de remédios

[1] ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada. Revista dos Tribunais, 2012, p. 37.

antitruste aplicados pelo Cade a partir da vigência da Lei 12.529/2011.

Na sistemática da nova Lei, como todos os atos de concentração aprovados condicionados a Acordo em Controle de Concentrações (ACC), com restrições ou reprovados passam pelo Tribunal Administrativo do Cade, foram examinadas as atas das Sessões de Ordinárias e Extraordinárias de Julgamento, a partir da vigência da Lei 12.529/11, datada de 29 de maio de 2012.

Desta maneira, foram estudadas as 105 (cento e cinco) atas de julgamento das Sessões Ordinárias do Cade[2], além da ata de julgamento da única Sessão Extraordinária ocorrida após a nova Lei[3] e limitou-se todos os atos de concentração cujas decisões do Tribunal Administrativo não foram no sentido de aprovar a operação como foi apresentada. Ou seja, foram separados os atos de concentração nos quais as decisões finais tiveram o cunho de (i) reprovação; (ii) aprovação condicionada a ACC; e (iii) aprovação com restrições.

Aqui, abre-se um parêntese para justificar a escolha da autora no intuito de analisar efetivamente os remédios aplicados nos atos de concentração submetidos e julgados pelo Cade sob à luz da Lei n. 12.529/2011, mais especificamente sobre o novo sistema de controle prévio de concentrações. Na pesquisa das atas de julgamento do Tribunal, foram identificados e excluídos casos cuja análise foi feita sob o âmbito da antiga Lei 8.884/94, tendo em vista que suas respectivas notificações foram anteriores à vigência da nova Lei[4].

Observa-se que muitos casos foram enquadrados neste parâmetro, principalmente nos primeiros anos da vigência da nova Lei, haja vista que o antigo arcabouço legal não estabelecia prazo formal para a autoridade antitruste brasileira inspecionar as operações protocoladas.

Busca-se, mais especificamente, verificar se as críticas dirigidas ao sistema de controle de estruturas brasileiro e, consequentemente, à aplicação de remédios antitruste, foram sanadas com a modificação da análise de controle de estruturas pela nova Lei de Concorrência. Leva-se em conta, principalmente, o relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômica (OCDE) elaborado em 2010, que versa sobre os principais problemas

[2] Disponíveis em <http://www.cade.gov.br/assuntos/sessoes/pautas-das-sessoes-ordinarias-1> Acesso em 20 de maio de 2017.

[3] Esta Sessão Extraordinária de Julgamento ocorreu no dia 29 de maio de 2012. Disponível em < http://www.cade.gov.br/assuntos/sessoes/sessoes-pasta-geral/atas-de-sessoes-extraordinarias-de-julgamento_> Acesso em 20 de maio de 2017.

[4] Como o art. 54, §4º, da Lei 8.884/94 estabelecia que as operações de concentração econômica poderiam ser notificadas ao Cade em até 15 (quinze) dias úteis após sua realização, muitos casos foram apresentados já na vigência da Lei 12.529/11, mas analisados pela antiga Lei.

enfrentados pelo Cade quando a lei vigente era a Lei n. 8.884/94.

Convém destacar aqui que alguns trabalhos similares a este já foram elaborados no intuito de observar a evolução dos remédios aplicados pelo Cade, como o de Patrícia Cabral[5] que, em 2014, propôs pesquisa semelhante entre os anos de 1994 a 2013. Entretanto, no âmbito do presente trabalho, a intenção não é somente examinar os dados obtidos. O que se pretende é refletir se nos dados coletados desde a vigência da Lei 12.529 até 29 de maio de 2017, ou seja, um quinquênio completo com o novo sistema de controle prévio de atos de concentração do SBDC, houve alguma mudança efetiva após a mudança do sistema de controle brasileiro de concentrações.

1. Aplicação dos remédios antitruste pelo Cade – análise de dados (2012 a 2017)

Com o intuito de organizar melhor os dados obtidos e as conclusões feitas por meio destes, o presente capítulo será estruturado da seguinte maneira. Na primeira parte, abordar-se-á uma visão geral dos dados obtidos referentes ao período de vigência da Lei n. 12.529/11. Já na segunda seção, foram dispostos os dados sobre os tipos de remédios aplicados.

Em cada um dos atos de concentração selecionados, o presente trabalho analisou as seguintes variáveis: (i) tipo de preocupação concorrencial encontrada na operação (sobreposição horizontal, integração vertical ou ambas); e (ii) o tipo de remédio concorrencial aplicado (estruturais, comportamentais ou ambos).

1.1 A redução do número de casos notificáveis ao Cade e de atos de concentração com restrições

Na análise das atas de julgamento desde a vigência da nova Lei, foi encontrado um total de 130 casos cujas decisões finais do Tribunal aplicaram algum tipo de restrição, condicionaram a aprovação ao ACC ou TCD, ou foram reprovadas.

Em relação a averiguação preliminar destes 130 casos, apenas 9 operações foram conhecidas e reprovadas pela autoridade antitruste brasileira nestes últimos cinco anos, representando 6,92% dos casos levados ao Tribunal em que não foi possível obter uma solução intermediária, demonstrando a clara

[5] CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise prática do CADE. IX Prêmio SEAE, 2014.

preferência por soluções intermediárias, onde o Cade não conseguiu conciliar todos os interesses.

Em seguida, dos 121 atos de concentração que foram aprovados com condicionados a TCD/ACC ou restrições impostas pelo Cade, um total de 36 operações que tiveram sua restrição relacionada somente a algum tipo de revisão nas cláusulas de não-concorrência, seja alteração, readequação, supressão, ou restrição desta, totalizando 29,75% das restrições feitas pela autarquia em atos de concentração.

Um detalhe importante a se ressaltar é que a maioria das transações cuja decisão do Cade girou em torno da cláusula de não-concorrência ocorreu nos primeiros anos de vigência da nova Lei. Os últimos dois atos de concentração com restrições feitas somente no que tange à esta cláusula foram no ano de 2013[6]. Tal observação é importante, pois mostra que a jurisprudência da autoridade brasileira está pacificada e as empresas e seus representantes legais já se adequaram a tal posicionamento.

Ainda no âmbito das cláusulas de não-concorrência, frisa-se que apenas 3 atos de concentração tiveram restrições somente quanto a estas disposições em âmbito da nova Lei. Isso demonstra que a nova Lei reduziu exponencialmente o número de casos em que o Tribunal Administrativo teve que julgar operações de cuja preocupação concorrencial era somente a cláusula de não-concorrência.

Entretanto, como o principal intuito da presente pesquisa é a análise dos remédios antitruste aplicados pela Lei n. 12.529/11, foram excluídos os casos que foram julgados nos moldes da Lei n. 8.884/94. Além destes, foram descartadas 7 operações nas quais as aprovações foram condicionadas a ACC[7], cujo objeto era somente a infração ao art. 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011[8]. Por

---

[6] No entanto, houve caso cuja decisão final do Cade do condicionou sua aprovação a ACC, mas também indicou restrição à cláusula de não-concorrência (Bromisa Industrial/ICL Brasil/Fosbrasil), cujo julgamento foi em dezembro de 2014.

[7] Atos de Concentração n. 08700.011836/2015-49, 08700.000137/2015-73, 08700.010394/2014-32, 08700.002285/2014-41, 08700.008289/2013-52, 08700.008292/2013-76 e 08700.005775/2013-19.

[8] Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

[...]

§ 3o Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação,

fim, também foram retirados os 2 processos de Revisão de Ato de Concentração[9].

Restaram, então, 26 casos cuja decisão final do Tribunal foi no sentido de restringir ou condicionar as operações, ou seja, onde de fato foram aplicados ou impostos os remédios antitruste, nos moldes da nova Lei de Concorrência.

Algumas considerações preliminares devem ser feitas antes de se passar para a análise da aplicação dos remédios antitruste pelo Cade após a vigência da nova Lei de Concorrência. Isso porque este novo arcabouço legal trouxe novos parâmetros para a apreciação das concentrações econômicas. Dentre tais fatores, os principais foram a mudança dos critérios de faturamento das empresas para valores maiores do que antigamente, e a alteração do sistema de controle de concentrações para prévio.

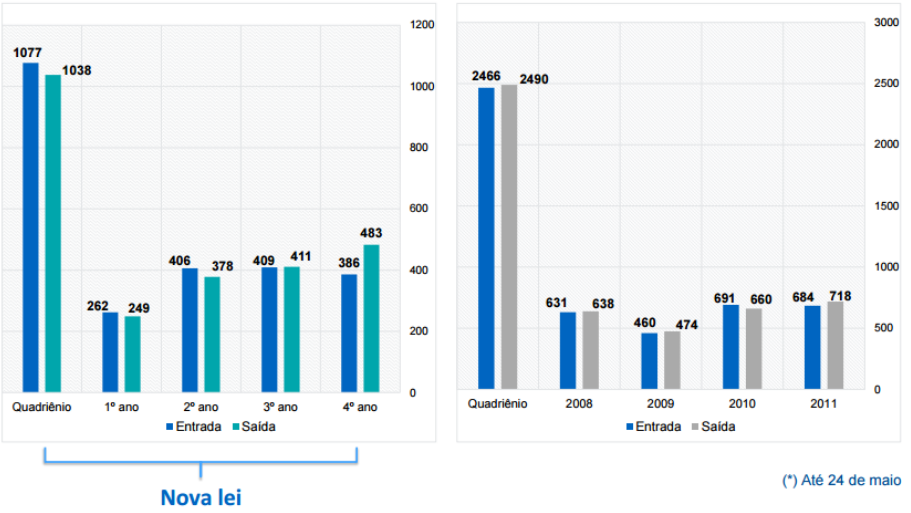
Estas substituições estão intimamente ligadas com duas transformações observadas durante este quinquênio da vigência da nova Lei, que foram a redução dos atos de concentração julgados pela agência antitruste brasileira, e a drástica diminuição dos casos que tiveram restrições ou foram condicionados a Acordo de Controle de Concentração.

O Balanço Geral do Cade de 4 anos da nova Lei, publicado em 2016 compara os números de casos julgados pelo Cade nos primeiros quatro anos da vigência da nova Lei e os últimos quatro anos da Lei n. 8.884/94[10].

sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

[9] Conforme dito acima, o Ato de Concentração n. 08700.010688/2013-83, conforme dito acima, teve sua revisão decretada pelo Cade. Em decisão na 93ª Sessão Ordinária de Julgamento, o Tribunal decidiu pela imposição de penas pecuniárias às empresas da operação por descumprimento do ACC. Por terem sido mantidas as cláusulas do ACC anteriormente assinado entre as requerentes e o Cade, a presente pesquisa só contabilizou os remédios aplicados uma única vez. Já a Revisão n. 08012.001015/2004-08 foi submetida aos moldes da antiga Lei.

[10] Disponível em < http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-4-anos- nova-lei-1.pdf>



Fonte: Gráfico elaborado pelo Cade no "Balanço 4 anos da Lei 12.529/11".

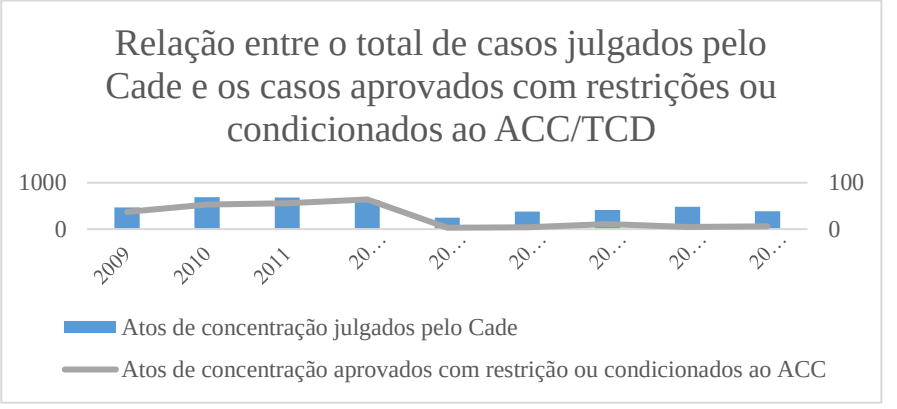
O gráfico acima revela uma redução de mais de 50% de casos notificáveis ao Cade durante os quatro primeiros anos das novas mudanças no SBDC. Atualmente, com esta redução e com a mudança de competência da análise exclusiva das operações onde não haja preocupações concorrenciais significativas para a Superintendência-Geral, o Tribunal pode se concentrar na análise de cartéis e condutas exclusionárias que possuem o condão de prejudicar muito mais a livre concorrência.

Ainda, no que tange à aplicação de restrições ou condicionamento a ACC para aprovação de operação, na vigência da nova Lei, estes casos diminuíram significativamente. Nesta parte, foram analisados todos os casos que tiveram restrições (incluindo as referentes às cláusulas de não-concorrência), tendo sido excluídos somente aqueles condicionados ao ACC que só versasse sobre *gun jumping*, ou seja, a infração constante no art. 88, §3º, da Lei 12.529/2011.

Assim, o gráfico abaixo faz uma análise da relação entre o total de casos julgados pelo Cade anualmente com os casos cuja aprovação teve restrições ou foi condicionada à assinatura de ACC[11]. Ressalta-se que os

[11] Os dados dos quatro primeiros anos foram obtidos de maneira secundária. Explica-se: o total de casos julgados foi obtido por meio do Balanço Geral do Cade referente aos quatro anos da Lei n. 12.529/11. Já os casos onde houve restrição ou condicionados a ACC/TCD, foram retirados da pesquisa de Patrícia Cabral, p. 36.

últimos cinco anos foram avaliados a partir de 29 de maio de cada ano para que se avaliasse um ano completo do regime da nova lei.



Fonte: Elaboração própria, com base nos dados obtidos no "Balanço 4 anos da Lei 12.529/11" e no sítio eletrônico do Cade.

Uma das causas atreladas à esta redução consiste na redução de restrições feitas por cláusulas de não-concorrência. Isso porque, no antigo sistema de controle de concentrações misto, mesmo com a jurisprudência pacificada e sumulada pelo Cade desde 2009, as empresas não viam a aprovação do Cade como um empecilho para suas transações.

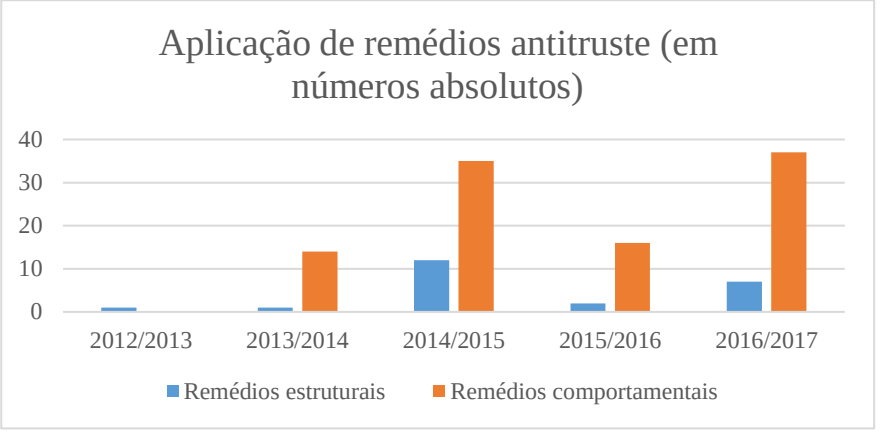
1.2. Principais remédios em atos de concentração aplicados pelo Cade

Para realizar classificações quanto aos remédios, utilizou-se a dicotomia mais tradicional de remédios estruturais e comportamentais já mencionada nos capítulos anteriores. Desta maneira, foram contabilizados 125 remédios antitruste aplicados pelo Cade, desde à vigência da Lei 12.529/11[12].

Optou-se por dividir a aplicação dos remédios de acordo com os anos de regime da nova lei, para que seja possível a comparação posterior com os dados obtidos pela OCDE e pela pesquisa de Cabral.

Em números absolutos, observa-se que os remédios comportamentais são prevalecentes na conduta do Cade. Dos 125 remédios aplicados no período estudado, apenas 23 deles foram considerados como remédios estruturais.

[12] Ressalta-se que só foram obtidas as informações públicas disponibilizadas pelo Cade. Assim, eventuais medidas aplicadas em âmbito restrito não foram possíveis de serem analisadas.



Fonte: Elaboração própria, com base nos dados obtidos no situo eletrônico do Cade.

Os remédios comportamentais são quatro vezes mais aplicados do que os remédios estruturais neste período de cinco anos da nova lei. Apenas no primeiro ano, no qual foi aplicado um único remédio estrutural, é que houve mais estruturais do que comportamentais. Em todos os outros anos, estas últimas medidas equivalem a mais que o dobro dos estruturais.

Tal dado é contundente com os números obtidos por Cabral[13], cuja pesquisa sobre a aplicação de medidas pelo Cade demonstrou que, em números absolutos, apenas em 1998 e 2003 os remédios estruturais ultrapassaram os comportamentais.

Isso não significa, em análise mais aprofundada, que o Cade ainda possui uma preferência por remédios comportamentais. Na verdade, existem diversos fatores para que o número absoluto de medidas comportamentais seja muito maior.

Primeiramente, observa-se que quando não há a aplicação de remédios estruturais, ou seja, quando a autoridade entende pela aplicação de somente medidas comportamentais, é comum a aplicação de diversos remédios em conjunto. Em outras palavras, quando se opta pela não aplicação de estruturais, percebe-se que os ACCs condicionam as operações nestas situações em um número mais elevado de remédios.

Com base no período estudado por esta pesquisa, a média geral de

[13] CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise prática do Cade, 2014, op cit, p. 46.

remédios por ato de concentração, considerando todos os 26 atos de concentração condicionados ao ACC ou a restrições aqui investigados, foi de 4,84 remédios por ato de concentração. Entretanto, quando analisamos estes números em atos de concentração condicionados a apenas medidas comportamentais, o número médio de remédios por ato de concentração foi elevado para 6,33.

Além disso, há que se considerar que nem sempre os remédios estruturais serão os mais adequados para uma operação, principalmente ao abordar operações que resultem em integração vertical. Geralmente, de acordo com a doutrina, há que se preservar as eficiências trazidas por tais transações e, assim, aplicar somente os remédios comportamentais.

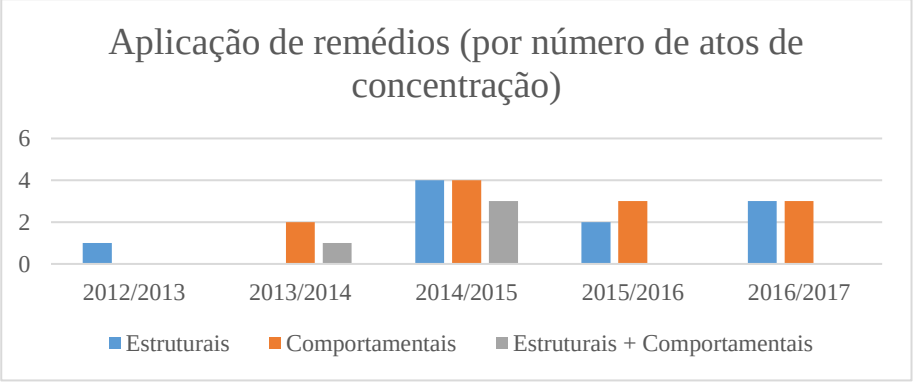
Por fim, a maioria das operações cuja sobreposição horizontal pode ser mitigada por uma alienação no intuito de que seja criado um concorrente efetivo. O princípio *tailored to harm*, nesta via, oferece a possibilidade às autoridades da concorrência a submeterem as partes da operação a certos tipos de obrigações comportamentais que complementam os desinvestimentos feitos pelas empresas.

É neste sentido que se acredita que o mais consistente seja uma análise da aplicação dos remédios antitruste sob outros moldes que não aqueles em números absolutos, a fim de se obter um estudo mais preciso do condicionamento das operações a tais medidas.

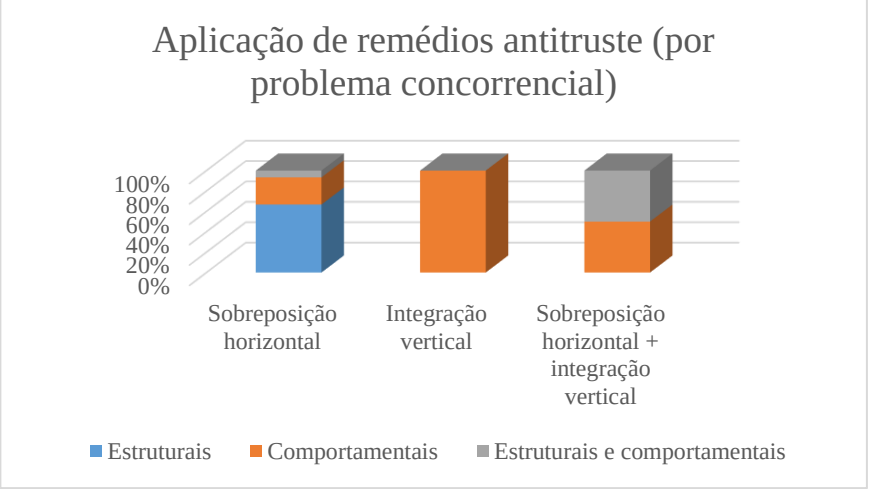
Assim, foi feita uma análise da aplicação de remédios por ato de concentração. Conforme gráfico seguinte, observa-se que uma equilibrada aplicação dos dois tipos de remédios antitruste. Entre os anos de 2013/2014 e 2015/2016, foi constatada a interposição de remédios comportamentais mais acentuada do que as outras duas formas de aplicação, só estruturais e "estruturais + comportamentais"[14].

[14] No que tange às operações condicionadas a remédios puramente estruturais, a presente pesquisa também enquadrou nestes casos as concentrações em que foram inseridas obrigações e compromissos das requerentes unicamente no inuito de preservar a viabilidade econômica do desinvestimento. Como exemplo, pode-se citar o caso mais recente julgado pelo Cade, o ato de concentração n. 08700.005937/2016-61 (Dow/Dupont), cujo ACC prevê obrigações de não adquirir partes do negócio desinvestido e compromissos para não aliciar o pessoal transferido com os negócios. Já no que tange aos casos classificados como "estruturais + comportamentais", indica-se o ato de concentração n. 08700.009732/2014-33 (Telefônica/GVT/Assicurazioni/Vivendi), cuja decisão final do Cade ordenou tanto a alienação de ações da Telefônica por parte da Assicurazioni, quanto provisões de firewall e obrigações de manutenção dos planos e ofertas oferecidos pelas requerentes.

Isso demonstra que, apesar de serem aplicados em maior número absoluto, a instituição de remédios puramente comportamentais não corresponde à maioria dos casos condicionados a ACC ou com restrições analisados pela nova Lei.



Foi analisado também o tipo de aplicação dos remédios antitruste, levando em consideração os diferentes problemas concorrenciais derivados das operações julgadas pelo Cade nestes últimos anos. Neste sentido, no gráfico a seguir, examinou-se os tipos de remédios aplicados referentes às preocupações concorrenciais decorridas das operações (sobreposição horizontal, integração vertical ou sobreposição horizontal + integração vertical).



Esta análise da aplicação dos remédios antitruste feita com base nos problemas concorrenciais gerados pelas operações consiste no melhor modo de investigação da aplicação das medidas pelo Cade. Isso porque revela quais são as escolhas da autoridade da concorrência brasileira em face dos "prós e contras" de cada ato de concentração.

Nesse sentido, observa-se que a escolha por remédios puramente estruturais só é feita quando a operação só gera efeitos de sobreposição horizontal. Não foram encontrados remédios estruturais em sentido estrito em mais nenhum tipo de operação.

No que tange às operações cuja preocupação concorrencial gira em torno de integração vertical, só houve a aplicação de remédios comportamentais nestes casos. Aqui, conclui-se pelo entendimento de que o Cade possui prevalência por remédios comportamentais no âmbito de integrações verticais.

Ademais, quando há os dois tipos de problemas concorrenciais, sobreposição horizontal e integração vertical que ensejem a preocupação do Cade, 50% dos remédios aplicados foram puramente comportamentais, enquanto os outros 50% foram uma combinação de remédios estruturais e comportamentais.

2. Evolução na aplicação de remédios antitruste pelo Cade

O Sistema Brasileiro de Defesa Econômica (SBDC) passou por mudanças recentes em seu arcabouço legal. Com a entrada da Lei n. 12.529/2011 em 29 de maio de 2012, houve a modificação do sistema de controle de concentrações econômicas de misto para prévio.

Uma das principais características da concorrência brasileira sob a égide da Lei n. 8.884/94, era a possibilidade de apresentação do ato de concentração tanto de maneira prévia quanto no prazo máximo de 15 dias úteis após sua realização, conforme seu artigo 54, §4º. Por outro lado, com a aprovação da Lei n. 12.529/11, observou-se a instituição do sistema de controle prévio, assim como a proibição instituída em lei da consumação das concentrações econômicas antes do aval da autarquia.

Neste contexto, o relatório *peer review* da OCDE[15] com relação ao estágio de desenvolvimento da política antitruste brasileira, publicado em 2010, atribuiu ao sistema de controle misto como o "vilão" de algumas implicações pouco eficientes da política brasileira de concorrência e revelou um excesso de

[15] OECD/BID. Lei e política de concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares. 2010, p. 35-36. A OCDE atribui o elevado número de remédios comportamentais ao fato de o SBCD lidar com fusões ex post.

aplicação de medidas comportamentais pelo CADE.

No que tange ao controle de estruturas, a primeira consequência consistia no tempo longo de análise das operações notificadas ao Cade. O SBDC não possuía nenhum prazo formal para a decisão final quanto às concentrações, o que acarretava na diminuição de incentivos das partes em proverem informações rápidas e consistentes.

Uma segunda consequência decorrente deste sistema antigo consistia no estreitamento de possibilidades de remédios para as operações. Isso porque o Cade, ao constatar a ilegalidade de uma operação, deparar-se-ia com uma provável consumação da mesma, já que as partes não eram obrigadas legalmente a aguardar uma decisão final da autarquia. Com isso, o poder do Cade em reprovar tais concentrações ou condicioná-las a remédios antitruste era dificultado, tendo em vista a complexidade de ordenar o desfazimento de uma operação.

Adentrando-se no mérito dos remédios antitruste, a OCDE concluiu que o Cade possuía uma taxa elevada de atos de concentração aprovados com restrição. Tal número, entretanto, era derivado da expressiva quantidade de operações com cláusulas de não-concorrência, cujo conteúdo não estava de acordo com o entendimento da agência de concorrência brasileira. Verificou-se que cerca de 40% a 78% das restrições feitas pelo Cade giravam somente em torno das cláusulas de não-concorrência[16].

Apesar desta opinião do Cade ser expressada desde 2001[17], Cabral afirma que cerca de 60%, ou seja, um total de 284 dos atos de concentração aprovados com restrição de 1994 a 2013, estavam relacionados às cláusulas de não-concorrência[18]. Com a adoção da nova Lei em 2012, foi visto na presente pesquisa apenas 3 casos que versavam exclusivamente sobre cláusulas de não concorrência durante estes cinco anos.

No que tange a este assunto, percebe-se que a mudança do sistema de controle de concentrações para prévio resultou em uma drástica redução dos casos relacionados a estas disposições. Um dos motivos a que se atribui esta evolução consiste no próprio conceito do sistema *premerger review*.

Anteriormente, a lei n. 8.884/94 não proibia a consumação das concentrações antes de uma decisão final do Cade, somente em casos excepcionais. Logo, muitas das empresas requerentes insistiam em cláusulas

[16] Idem.

[17] Ato de Concentração n. 08012.001409/2001-13. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, op cit.

[18] CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise prática do Cade, 2014, op cit, p. 33.

consideradas ilegais pelo Cade, tendo em vista que uma eventual decisão quanto à esta disposição não prejudicaria a consumação da transação.

A partir de 2012, as operações notificáveis submetidas ao regime da nova lei passaram a necessitar do aval do Cade para sua consumação, sob pena de multa por *gun jumping*. Por isso, disposições de não-concorrência que ultrapassassem o entendimento da autarquia consolidado desde 2001, foram reduzidas drasticamente ao ponto que a última restrição quanto à esta cláusula ocorreu no ano de 2014.

A segunda implicação importante feita pela OCDE consistia no fato de que a autoridade antitruste brasileira aplicava um número alto de medidas comportamentais em casos onde havia séria preocupação concorrencial. Para tal afirmação, utilizou-se os números absolutos de remédios comportamentais e estruturais nos anos de 2007 e 2008, onde as medidas comportamentais foram superiores.

Tabela 4. Distribuição de remédios comportamentais e estruturais, em 2007 e 2008

	2007	2008	Total
Comportamentais	8	10	18
Estruturais	4	8	12

Nesse sentido, o presente trabalho buscou verificar se a aplicação de remédios antitruste pelo Cade continua nos mesmos moldes concluídos pela OCDE ou se há uma mudança de comportamento na aplicação de medidas concorrenciais nos atos de concentração analisados.

Primeiramente, cumpre observar que mesmo após a adoção do sistema de controle de concentrações prévio, o Cade continua impondo um número de remédios comportamentais muito maior do que o de estruturais quando são comparados os números absolutos. Entretanto, esta abordagem não parece ser a correta para este tipo de avaliação por uma série de fatores.

Isso porque nem sempre os remédios estruturais serão os mais indicados para a solução de um problema concorrencial. Em casos de integração vertical, por exemplo as recomendações de boas práticas indicam que a aplicação de medidas comportamentais são as indicadas para mitigar este problema concorrencial.

Além disso, em diversos casos analisados, observou-se uma imposição de remédios comportamentais e estruturais simultaneamente. Foram verificados dois tipos de situações: nas primeiras, medidas comportamentais foram aplicadas em complementação às estruturais, com o intuito de garantir

que as últimas tivessem sucesso[19]; nas segundas, as duas medidas foram aplicadas em igual forma[20].

Tendo isto em mente, apenas no segundo e quarto anos de vigência da nova Lei (2013-2014; 2015-2016), foi observada uma maior aplicação pura de remédios comportamentais quando comparada às aplicações de somente remédios estruturais ou de estruturais somados aos comportamentais. Em todos os outros anos, a soma da instituição de remédios puramente estruturais e da instituição de estruturais somados aos comportamentais foi maior do que a de remédios puramente comportamentais.

Ademais, acredita-se que a avaliação de eficiência pelo número absoluto de remédios aplicados não é a mais indicada pelo fato de que as medidas comportamentais, ao serem impostas, são aplicadas em conjunto. O que se quer dizer é que compromissos não são aplicados isoladamente, ou seja, são feitos conjuntos de medidas comportamentais, aumentando-se, assim, o número absoluto destas medidas. Ao contrário, os remédios estruturais são comumente aplicados de maneira única.

Assim, para se ter uma ideia mais adequada da evolução da aplicação de remédios antitruste, os dados obtidos por esta pesquisa devem ser comparados com aqueles obtidos pela pesquisa de Cabral, que também avaliou as medidas impostas pelo Cade por atos de concentração e por problema concorrencial identificado.

Como visto, no que tange aos remédios antitruste aplicados por número de casos nos cinco anos da Lei n. 12.529, apenas em 2 anos o número de concentrações com remédios puramente comportamentais foi maior do que puramente estruturais e estruturais + comportamentais. Já na pesquisa de Patrícia Semensato Cabral, de 1995 a 2013, na maioria dos anos houve aplicação de remédios puramente comportamentais superior do que as outras duas possibilidades[21].

Quanto à análise por problemas concorrenciais, fica clara a preferência do Cade no que se refere a integrações verticais. Isso porque, desde 1995, a agência antitruste brasileira ao examinar operações somente com este

[19] O recente caso n. 08700.005937/2016-61 (Dow/Dupont) é um exemplo onde foram alienados ativos para criação de concorrentes efetivos em cinco mercados relevantes, mas também foram aplicadas medidas comportamentais para complementar os desinvestimentos.

[20] Como por exemplo, no Ato de Concentração n. 08700.005447/2013-12 (Kroton/Anhanguera).

[21] Nos anos de 1995 a 1997, 1998, 2001, 2004, 2006 a 2008, 2010 e 2013, a aplicação de remédios puramente comportamentais superou a de remédios puramente estruturais ou a combinação entre comportamentais e estruturais.

tipo de preocupação, aplica somente medidas comportamentais[22]. Isso foi corroborado com a presente pesquisa, que também só observou a aplicação destas medidas no que tange às integrações verticais.

Em relação às concentrações apenas com sobreposições horizontais, Patrícia Cabral observa que 63% dos casos foram condicionados a remédios comportamentais; 26% com remédios estruturais; e 11% foram impostos combinações entre comportamentais e estruturais[23]. Já no período de vigência da nova Lei, 26% das medidas foram comportamentais; 13% combinações entre estruturais e comportamentais; e 60% somente estruturais.

Isto dá base para concluir que houve uma inversão da prática do Cade no que tange a operações com sobreposição horizontal. Entre os anos de 1995 e 2013, mais de 60% dos casos foram aplicados somente comportamentais, enquanto que, de 2013 a 2017, 60% das operações tiveram medidas somente estruturais.

Em outras palavras, com a vigência da nova Lei 12.529/11, o Cade passou a impor, em sua maioria, os tipos de remédios considerados como preferíveis pela doutrina e pelas agências antitruste mais experientes no que tange às sobreposições horizontais.

Diante do exposto, há que se constatar pela busca do Cade no que tange à recomendação das melhores práticas quanto à aplicação de remédios antitruste, seja por uma mudança do arcabouço legal que rege o sistema de controle de concentrações brasileiro, seja por uma nova prática do Tribunal Administrativo.

3. Conclusão

O presente trabalho procurou analisar a aplicação dos remédios antitruste pelo Cade após a vigência da Lei n. 12.529/2011, e comparar os dados com a *peer review* feita pela OCDE sobre Lei de Concorrência n. 8.884/94, em que se indicou a pouca efetividade dos remédios antitruste aplicados pelo Cade resultaria de seu sistema de controle de concentrações posterior.

A pesquisa central analisou os cinco anos de vigência da Lei 12.529/2011 e alguns resultados puderam ser observados quanto à aplicação dos remédios antitruste. Primeiramente, observou-se uma diminuição relevante no número de casos total analisados pela autarquia.

Ainda, relevante notar que, anteriormente, a maior parte dos casos

[22] CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise prática do Cade, 2014, op cit, p. 47.

[23] Idem.

que possuíam algum tipo de restrição no regime da antiga lei de concorrência, estavam relacionados somente às disposições de cláusula de não-concorrência, mesmo com o entendimento do Cade já pacificado. Com a mudança do sistema de controle de concentrações para prévio, somente 3 operações foram restringidas por conta desta disposição. Este dado demonstra uma clara eficiência do novo sistema.

No que tange aos remédios antitruste aplicados durante estes cinco anos, em números absolutos, existe a predominação de medidas comportamentais. Não obstante, ao se analisar o número de remédios aplicados por ato de concentração, verificou-se que somente em 2 anos de vigência da nova Lei, o número atos de concentração que tiveram a imposição de remédios puramente comportamentais foi maior do que a soma de atos de concentração cujas medidas foram somente estruturais ou estruturais em conjunto com comportamentais.

Sob a ótica do problema concorrencial identificado em cada operação, constatou-se que em casos com integração vertical, o Cade aplicou somente remédios comportamentais desde 1995. Apesar de algumas jurisdições aplicarem nestas situações remédios estruturais, a ICN, a OCDE e o DOJ também entendem que problemas como esses necessitam de medidas comportamentais a fim de garantir as eficiências decorrentes pela operação.

Nos casos com sobreposição horizontal, observou-se uma inversão da aplicação de remédios. Isso porque, de 1995 a 2013, cerca de 60% dos atos de concentração somente com este tipo de problema tinham compromissos essencialmente comportamentais. Por outro lado, sob o regime da Lei n. 12.529, o Cade inverteu estes dados e instituiu em 60% das concentrações, remédios puramente concorrenciais.

Entretanto, mister concluir que o Cade, sob o regime da nova Lei n. 12.529/11, aplica remédios antitruste com olhos nas melhores práticas de autoridades antitruste como o DOJ e a Comissão Europeia, além de estar atento para as recomendações de organizações internacionais como a ICN e a OCDE.

4. Referências

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada. Revista dos Tribunais, 2012.

BULGARELLI, Waldirio. Concentração de empresas e direito antitruste. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise prática do CADE. IX Prêmio SEAE, 2014.

CASTRO, Bruno Braz de. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) Remédios Antitruste. São Paulo: Singular, 2011. p. 47

Comissão Europeia. Merger Remedies Study. DG COMP, European Commission, 2005.Disponível em < http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf> Acesso em 27 de abril de 2017.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, 2016.

COSTA, Cláudia. Economia incentivos à competição – vai começar a discussão da nova lei de defesa da concorrência. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=9 18:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 09 de junho de 2017.

DEL CHIARO, José; PEREIRA JR., Ademir Antônio. O Desenvolvimento da Defesa da Concorrência: do Controle Posterior ao Controle Prévio de Atos de Concentração. In A Nova Lei do CADE. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. Pp. 70.

Estados Unidos da América. Department of Justice policy guide to merger remedies. 2011. Disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf> Acesso em: 19 de abril de 2017.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 398-399.

FURLAN, Fernando de Magalhães. Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica. In Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração. São Paulo: Editora Singular, 2011. Pp. 171-173.

International Competition Network. Merger Remedies Guide. ICN Merger Working Group, 2016.Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf> Acesso em 18 de abril de 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. In Temas Atuais de Direito da Concorrência, São Paulo: Singular, 2012, p. 58.

MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: a experiência e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.). Remédios antitruste. São Paulo: Editora Singular, 2011, pp. 64 e 65.

NOVIS, Maria Eugênia; VERISSIMO, Marcos Paulo. Controversial issues in merger review: pratical aspects. In: Overview of Competition Law in Brazil, São Paulo, 2015. pp. 60-75.

OECD. Remedies in Merger Cases. OECD, 2011. Disponível em < http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf > Acesso em: 24 de abril de 2017.

OECD/BID. Lei e política de concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares. 2010, p. 35-36. A OCDE atribui o elevado número de remédios comportamentais ao fato de o SBCD lidar com fusões *ex post*.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) *Remédios Antitruste.* São Paulo: Singular, 2011. p. 19

DO CONTEÚDO LOCAL NAS LICITAÇÕES À LIBERALIZAÇÃO DOS MERCADOS PÚBLICOS: UMA MUDANÇA COM VISTAS À PREVENÇÃO DE CARTEIS?

Allan Fuezi de Moura Barbosa

Resumo: Enquanto ilícito concorrencial, o cartel é um substancial problema nas licitações públicas, sobretudo pelos prejuízos causados à coletividade. No entanto, o atual modelo das contratações públicas no Brasil permite que margens de preferência relativas ao conteúdo local sejam impostas nos certames, criando um meio suscetível à formação dos carteis. Dessa forma, para a prevenção dessa conduta, deve-se suprimir a barreira do conteúdo local da lei geral de licitações, bem como liberalizar os mercados públicos, com a atração de novos licitantes, por meio da ampliação das licitações internacionais.

Palavras-chave: cartel; prevenção; contratação pública; liberalização; Direito da Concorrência.

Keywords: cartel; prevention; public procurement; liberalization; Antitrust Law.

1. Introdução

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2012), a contratação pública perfaz cerca de quinze por cento do Produto Interno Bruto (PIB) dos países membros da mencionada entidade, podendo chegar a patamares superiores em países em desenvolvimento, como o Brasil. Nesse sentido, práticas anticoncorrenciais – como o cartel – podem ter um grande impacto nas contas públicas, limitando, inclusive, o atendimento aos interesses públicos relativos a um modelo de estado de busca pelo bem-estar social.

Assim, o presente trabalho tem o intuito de analisar se uma mudança no paradigma da margem de preferência ao conteúdo local nas licitações para um padrão de liberalização dos mercados públicos poderia contribuir para a prevenção da conduta cartelista. Então, deve-se compreender a figura do cartel nas contratações públicas e o seu enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo para verificar como o elemento da origem do produto ou do serviço pode contribuir para o fomento ou a prevenção dos carteis no âmbito das licitações, a depender da formatação restritiva ou ampliativa que a legislação determine no caso.

2. O cartel em licitações

Inicialmente, como forma de compreensão do conluio nas contratações públicas, torna-se importante definir a figura em questão, delimitar a sua respectiva circunscrição nas hipóteses de infração à ordem econômica nacional, bem como discutir a importância da prevenção da conduta.

2.1. A conduta e a infração à ordem econômica no Brasil

O cartel em licitações, igualmente denominado de *bid-rigging*[1], compreende o conluio explícito2 entre agentes econômicos concorrentes, em sua horizontalidade, com vistas à mitigação da concorrência em procedimentos de contratação pública, seja através da elevação dos preços[3] ou da redução da qualidade do produto ou serviço.

Enquanto modalidade de conluio, a conduta em análise tem um grau de nocividade social[4] superior ao cartel em outras áreas, porquanto, além de ocasionar a retirada de recursos das entidades públicas e de inviabilizar os benefícios de um mercado competitivo – a exemplo da boa qualidade e da inovação –, ainda lesa os contribuintes, os quais pagam os seus tributos com vistas à alocação eficiente dos recursos[5]. E, portanto, a vantajosidade (*value for money*) –qualificada como busca pelo interesse público, objetivo último do certame – resta comprometida, à medida em que as empresas não agem de acordo com a expectativa de competição. Por conta disso, considera-se essa concertação em licitações uma prática ilegal em todos os países membros da OCDE e, até mesmo o Brasil, que não pertence ao organismo.

1 Denomina-se, igualmente, de collusive tenders, como Whish e Bailey (2015).

2 É importante destacar que o autor se filia ao conceito jurídico, segundo o qual somente pode ser considerado infração concorrencial a conduta explícita, diferentemente da concepção tácita de Richard Posner (2001).

3 Entre os inúmeros estudos acerca da influência da mencionada conduta nos preços, destaca-se o texto acerca do mercado das rodovias de Srabana Gupta (2001).

4 De modo mais direto, o cartel considerado como infração concorrencial de alto potencial danoso também pode ser designado de "hard core". Dessa maneira, de acordo com Schuartz (2002, p. 61): "[c]artéis hardcore são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas em toda parte como ilícito antitruste, mas em vários ordenamentos também como criminosos". Interpreta-se, no entanto, a expressão "toda parte" apenas a consideração sobre as economias de mercado.

5 Não obstante, essa modalidade cartelista utiliza-se de mecanismos de compensação próprios entre os concorrentes, mormente a subcontratação, consoante observação Taufick (2012, p. 200), para quem esses "vão desde a alocação espacial e o revezamento nos certames até a irregular subcontratação, fusão ou incorporação pós-adjudicação".

No contexto nacional, a Lei Federal n. 12.529, de 2011 (Lei da Concorrência) destaca-se pela previsão expressa da conduta violadora da normatização concorrencial, nas hipóteses de acordo, combinação, manipulação ou ajuste com concorrente de preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação. Nesse sentido, particularmente, o cartel em licitações pode ser enquadrado na Lei da Concorrência, no *caput* do artigo 36, além dos incisos I, II e III desse dispositivo, cumulados com o inciso I, do §3o do referenciado artigo, em especial a alínea "d"[6], sem prejuízo ao somatório a outra conduta prevista no rol exemplificativo constante no mencionado parágrafo. Até porque, o conluio em contratação pública – que é uma infração à ordem econômica[7]–, tem o objetivo ou a potencialidade de limitar, falsear ou prejudicar a livre iniciativa[8] e a livre concorrência[9]. Por conseguinte, a partir de uma atuação comercial uniforme ou concertada entre os licitantes, busca-se dominar mercado relevante de bens ou serviços, com vistas ao aumento arbitrário dos lucros, através da prática, em regra, de preços de monopólio.

Dessa maneira, a recente legislação brasileira concede um enfoque bastante relevante para o *bid-rigging*, na medida em que a indicação específica a essa figura na norma pressupõe um mandamento programático ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para o direcionamento específico de esforços do órgão, com vistas à prevenção e à repressão dessa conduta anticoncorrencial, na seara dos mercados públicos[10]. Assim, sobeja-se observar a necessidade de desenvolvimento de métodos preventivos à prática cartelista, face às limitações decorrentes de um sistema estritamente repressivo.

2.2. A necessidade de meios preventivos

Na repressão aos carteis, há uma grande dificuldade de obtenção de provas da conduta, até mesmo por conta da elevada visibilidade dos casos

[6] Seguindo esse entendimento da figura do bid-rigging, Taufick (2012, p. 200).

[7] Assim, a violação antitruste ultrapassa uma infração a uma lei concorrencial, mas atinge princípios constitucionais. Ver, para tanto, Eros Roberto Grau (2010, p. 86-89).

[8] Como valores que fundamentam a República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV, da Constituição Federal) e a ordem econômica (artigo 170, caput, da Constituição Federal).

[9] Para Grau (2010, p. 212), a livre concorrência "significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública".

[10] O ordenamento jurídico brasileiro ainda reconhece um tipo penal específico para o conluio em contratação pública, por meio do artigo 90, da Lei n. 8.666, de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

punidos nas últimas décadas[11], os quais alertaram aos participantes dos conluios para a necessidade de eliminação de todos os indícios de suas atividades. Portanto, a leniência – considerada como um acordo firmado com agentes envolvidos na prática do cartel, através da concessão de benefícios aos lenientes – torna-se o meio mais efetivo de obtenção de provas diretas dos fatos[12], com vistas à repressão dessa conduta infracional à ordem econômica. Ocorre que, no caso específico de *bid-rigging*, a possibilidade de realização desse acordo é mais restrita, porquanto há reduzida adesão ao referido programa no ambiente das contratações públicas[13].

Logo, as autoridades concorrenciais devem se valer da obtenção de provas por outros meios, mormente através de investigações oficiosas, inclusive como uma forma de incentivo à denunciação do conluio pelos envolvidos na prática, diante do risco de eventual detecção. Todavia, como mencionado anteriormente, há substancial dificuldade de obtenção do arcabouço probatório, bem como da sua conjugação com a realidade dos fatos, a ponto de se obter uma condenação.

Assim sendo, as limitações esposadas reafirmam a necessidade do desenvolvimento de um método preventivo de combate ao cartel, que não pode ser tido como uma solução única nem isolada. Deve-se, portanto, aliar o elemento preventivo ao repressivo, de modo a permitir uma retroalimentação mútua; a prevenção viabilizaria o cumprimento de uma obrigação negativa pelos *players* do mercado, desde que atrelada a uma tática de repressão robusta,

---

[11] No Brasil, comprova-se pela facilidade de obtenção de largo conjunto probatório irrefutável, no Caso do Cartel das Britas (Processo Administrativo CADE n. 08012.002127/02-14).

[12] No dizer de Leslie (2004, p. 641), "[l]eniency creates a direct incentive to confess, but it also creates an indirect incentive that both creates distrust and feeds upon it. If authorities offer one suspect a reward to defect, she may accept the offer simply in order to receive the reward. However, if in addition to offering her the reward, the authorities also inform her that they are offering the same reward to her partner, that is going to increase the probability of her accepting the offer to defect. Now, not only does she have the direct incentive of receiving something valuable (whether money or immunity), but she has to worry that if she does not accept the government's offer, the alternative is not the status quo ante". O sistema brasileiro de leniência tem previsão artigos 86 e seguintes da Lei n. 12.529/2011, sendo celebrado por intermédio da Superintendência-Geral do CADE

[13] Segundo Heimler (2012, p. 851), "[c]ollusion in public procurement, however, seems not to have been much affected by leniency programs. This is rather unfortunate because public procurement is an area where cartels are probably quite common and successful, as the U.K. and Dutch examples show. The discovery of bid-rigging cartels requires other tools and most importantly, the cooperation of the bidding bodies".

que possibilite a maior efetividade na persecução daqueles que insistirem no cometimento da prática.

Então, diante da necessidade de um método preventivo ao cartel em licitações públicas, resta saber de que maneira o regramento do conteúdo local nas licitações pode viabilizar ou não um contexto de prevenção à conduta, de acordo com o regramento esposado na legislação pátria.

3. O conteúdo local na lei geral das licitações

O cenário brasileiro do regramento dos mercados públicos dispõe acerca da possibilidade de imposição de margens de preferência nas licitações, para os produtos e serviços nacionais, em detrimento dos de origem estrangeira. Nesse passo, cumpre verificar o regramento legal sobre a disciplina, assim como observar, a partir dessa medida de preferência ao conteúdo local, a política de incentivos ao cartel nas licitações.

3.1. A exceção ao tratamento igualitário nas licitações

Previamente à abordagem do conteúdo local nas licitações, deve-se observar um princípio que rege as contratações públicas, o qual tem íntima e direta relação ao tema em análise – é o princípio da igualdade (isonomia) dos licitantes, que decorre da extinção de quaisquer privilégios que inviabilizam a igualdade de acesso aos certames públicos pelos administrados, em clara consagração do princípio republicano[14]. Por óbvio, a igualdade abrange o aspecto prévio à licitação, relativo ao acesso dos concorrentes, como também a vertente de disputa entre os concorrentes do certame, notadamente entre os critérios para o julgamento das propostas[15].

[14] Para Eros Roberto Grau (1995, p. 14), o seu fundamento "[...]encontra-se no princípio republicano. Dele decorre, na abolição de quaisquer privilégios, a garantia formal da igualdade de oportunidade de acesso de todos, não só às contratações que pretenda a Administração avençar mas, também, aos cargos e funções públicas. Daí por que a escolha do licitante com o qual a Administração há de contratar deve ser, na Repùblica, a melhor escolha ou a escolha do melhor contratante".

[15] Essas nuances são denominadas por Eros Roberto Grau (1995, p. 15) de "competição-pressuposto" e "competição-disputa", respectivamente. Ademais, conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles (1999, p. 28), "[a] igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação – previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) –, pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivelem no julgamento (art. 3º, § 1º)".

Contudo, o tratamento igualitário entre os licitantes, de acordo com a normatização nacional, não tem caráter irrestrito, porquanto deve se conjugar com o objetivo da vantajosidade na contratação, que advém da necessidade do atendimento ao interesse público[16]. Dessa compreensão, a seu turno, surgem as regras concernentes à margem de preferência presentes em alguns dispositivos na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e em outros diplomas legais[17]. Essa margem, por sua vez, constitui a possibilidade de adoção, por força de uma política pública específica, de um incremento percentual no preço ofertado por um licitante menos competitivo em comparação com o proponente mais competitivo, desde que aquele pertença a determinada categoria ou grupo de competidores atendidos pela referida política. Em outros termos, concede-se uma diferença percentual virtual aos eleitos pelas políticas públicas, para que possam ter vantagem competitiva em detrimento dos demais concorrentes, mas sem instituir uma reserva de mercado a aqueles.

Particularmente em relação à origem do objeto do contrato público, em recente reforma legislativa, a Lei n. 8.666, de 1993, passou a instituir a possibilidade de imposição de margens de preferência quanto ao conteúdo local (nacional)[18] do produto ou do serviço ofertado em uma licitação[19]. Logo, o artigo 3º da referida legislação dispõe que, em geral, os produtos manufaturados e os serviços nacionais, desde que em conformidade com a norma técnica nacional, podem ser favorecidos nos processos de licitação por uma margem de preferência (§ 5o) e, se esses resultarem de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no Brasil, poderá ser estabelecida ainda uma margem adicional à anterior (§ 7o), desde que a soma dessas duas não ultrapassem 25%

[16] Para Eros Roberto Grau (1995, p. 15), "[v]ale dizer: não é admissível que, a pretexto de radical entronização do princípio da isonomia, sacrifique-se o interesse público. Nem o inverso é concebível: a entronização do princípio do interesse público em sacrifício da isonomia. Ambos, princípios do interesse público e princípio da isonomia, coexistem, completando-se e se conformando, um ao outro, na base do procedimento licitatório".

[17] Nesse aspecto, observa-se a margem de preferência na Lei Complementar n. 123, de 2006, por meio da qual verifica-se a implementação de uma política de fomento às microempresas e empresas de pequeno porte. A eventual mitigação da concorrência, nesse caso, tem contrapartida tem relação com à política de incentivos, em uma perspectiva dúplice: a) de estímulo ao surgimento de novas microempresas e empresas de pequeno porte, atraídas pela vantagem competitiva; b) de perenização do estatuto dessas empresas, uma vez que perderiam os benefícios de inúmeras ordens (inclusive de margem de preferência), caso deixassem de ser micro ou de pequeno porte..

[18] Há, também, a preferência decorrente da aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas que não será abordada no presente trabalho.

[19] Difere-se do critério de desempate previsto no § 2º, do artigo 3º, da referida lei.

(vinte e cinco por cento) do preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros (§ 8o) . Ademais, o conteúdo normativo indica a prevalência dessas preferências sobre àquelas aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros (§ 15.), enquanto que a regra do § 13, do multi comentado artigo 3º preleciona sobre a necessidade de divulgação na internet da relação de empresas favorecidas pela margem de preferência, em todo exercício financeiro, com menção do volume de recursos destinados particularmente a cada contratado.

Quanto à justificação da concessão de margem de preferência, a disposição normativa tem indicação clara no § 6º, do mencionado artigo 3º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que trata da necessidade de realização de estudos periódicos sobre as margens de preferência de conteúdo nacional, em prazo não superior a cinco anos. Nesse aspecto, visa-se apurar, como resultados dessa política pública, a geração de emprego e renda, o incremento na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais, a elevação do desenvolvimento e da inovação tecnológica no Brasil, tudo isso em face dos custos adicionais dos produtos e serviços contratados, considerando-se uma análise retrospectiva de resultados. Em outras palavras, objetiva-se, de um modo geral, o atingimento de resultados irrefutáveis para qualquer cidadão nacional, em comparação com eventual dispêndio a maior para a implementação dessa política pública.

Isto posto, essa margem, a princípio, poderia ser considerada uma alternativa vantajosa ao desenvolvimento nacional e à obtenção de elevados níveis de empregabilidade[20]. Entretanto, deve-se analisar mais acuradamente a política de incentivos aos agentes econômicos proveniente dessa previsão normativa, para saber se as políticas públicas colimadas poderão ser atingidas nessa contextualização.

3.2. Os incentivos legais fomentadores do cartel e a necessidade de supressão legal

Embora os objetivos das legislações possam constar expressamente na regra normativa, inúmeras outras previsões legais são capazes de gerar outros tantos incentivos àqueles que se submetem ao seu conteúdo – até mesmo contrários aos anseios da regra "visível", ou mitigadores indiretos da proibição punitiva.

Outrossim, quando o diploma legal fomenta uma prática, com vistas

[20] Até porque, como ensina Marçal Justen Filho (2012, p. 68), "[e]m princípio, a vantajosidade buscada pela licitação é aquela puramente econômica. No entanto, pode-se admitir que a vantajosidade da futura contratação seja avaliada sob outros prismas, que não o puramente econômico [...]".

à consecução de políticas com base no interesse público, tende a alterar a estrutura dos custos totais dos agentes econômicos[21], por meio da elevação dos custos decorrente da lei, em comparação aos estritamente de mercado[22]. No entanto, a escolha de uma política pública – normalmente consagrada no processo legislativo – pode sofrer inúmeras influências[23], que desconfiguram justamente a finalidade de consagração do interesse da coletividade. Consequentemente, as políticas públicas erigidas na legislação de um país podem configurar um erro[24], com efeitos contraproducentes ao mercado nacional, seja pela assimetria informacional e incapacidade técnica dos governantes[25,] ou mesmo pela prática corruptiva[26], sobretudo no cenário

[21] A lição de Posner (2014, p. 723) repousa no seguinte entendimento: "Like the market, the legal system confronts the individual with the costs of his act but leaves the decision whether to incur those costs to him. Although heavier sanctions – penalties – are sometimes imposed […], normally this is done only when necessary to create the correct economic incentives. Similarly, injunctions are issued in lieu of awarding compensatory damages when we do not want people to bypass the market, because market transaction costs are lower than legal transaction costs, or when damages are impossible to measure or are otherwise inadequate as a remedy".

[22] Conforme ensina Posner (2014, p. 723), "[w]e have seen that the ultimate question for decision in many lawsuits is what allocation of resources would maximize efficiency. The market normally decides this question, but it is given to the legal system to decide when the costs of a market determination would exceed those of a legal determination".

[23] De fato, como indica Posner (2014, p. 732), "[t]hat process creates a market for legislation in which legislators `sell´ legislative protection to those who can help their electoral prospects with money or votes".

[24] Cooter e Ulen (2012, p. 385) afirmam que "[…] the legal process sometimes makes errors in applying substantive law. For example, the wrong party may be held liable, or the right party may be held liable but for the wrong amount. Errors distort incentives and impose a variety of costs on society".

[25] Ziebarth (2013, p. 53) aduz que "[g]overnos podem simplesmente errar na alocação de recursos ou, ainda, efetivar medidas contraproducentes. A administração pública carece de informação e capacidade para efetivar as escolhas mais eficientes [...] Adicionalmente, é sustentado que o Estado tem uma desvantagem informacional em relação às empresas privadas vinculadas à política industrial. Nesse sentido, as empresas utilizam essa vantagem para extrair mais do que merecem, o que consistiria em um problema de risco moral (moral hazard)".

[26] Salomão Filho (2009, p. 186) aponta para o fato de que, além da corrupção financeira corriqueira, existe uma outra, "na qual o objetivo do corruptor não é tanto o benefício financeiro, mas sim dominar o Estado para servir a seus próprios interesses. A consequência dessa corrupção é o Estado se transformar em um ente que não persegue o interesse público, mesmo enquanto regulador, porque está dominado pelo poder privado".

brasileiro[27].

Assim sendo, o desfecho de alguns processos legislativos leva à conclusão de Posner (2014, p. 732), segundo a qual *"[t]here is a close analogy to cartelization, an analogy reinforced by the fact that so much legislation seems designed to facilitate cartel pricing by the regulated firms"*. É nesse contexto, *mutatis mutandis*, que reside a margem de preferência do conteúdo local – ao invés de inspiradora dos interesses coletivos, passa a ser de fomentadora de condutas tendentes à cartelização. Até porque, da leitura da norma jurídica acerca da margem de preferência para o conteúdo nacional, observam-se alguns pontos bastante relevantes, os quais, conjuntamente, podem ensejar o aparecimento ou o fortalecimento de carteis no âmbito dos mercados público, a saber: a) discriminação meramente geográfica; b) vinculação a padrões do regulador nacional; c) mecanismo de fiscalização e identificação dos beneficiários.

O primeiro aspecto – atinente à discriminação meramente geográfica – diz respeito à possibilidade de a Administração Pública prover de margem de preferência os produtos manufaturados e os serviços nacionais. Em outro dizer, apenas e tão-somente a origem nacional seria capaz de vincular uma preferência nas contratações públicas, ainda que esses produtos ou serviços sejam ofertados a um preço de até vinte e cinco por cento superior aos estrangeiros mais competitivos. Não obstante, o segundo ponto diz respeito ao fato de que os produtos e serviços nacionais anteriormente referidos devem se submeter à norma técnica brasileira e, especificamente nesse aspecto, retomam-se os problemas acima mencionados do regulamentador, o qual pode, inclusive, impor padrões dispensáveis até mesmo do ponto de vista dos mais altos padrões internacionais, somente para que seja ratificada e intensificada a restrição geográfica anteriormente mencionada. Esses dois aspectos correspondem, pois, a um soerguimento de uma barreira pouco transponível aos produtos e serviços de origem não nacional que, por conseguinte, acarreta na redução do número de concorrente nos mercados públicos brasileiros, em um claro favorecimento ao cartel.

Nesse diapasão, torna-se importante pontuar que a OCDE (2008) compilou alguns atributos contextuais, em que a ocorrência dessa modalidade

[27] No dizer de Salomão Filho (2009, p. 185), "[o] atual monopólio, nos países subdesenvolvidos, ainda se comporta como o monopólio do período colonial: ele precisa do Estado para se proteger. Ele sabe que, no mundo, o jogo não é o da tecnologia pura, mas sim, o do poder. Esse monopólio não vai, portanto, se comportar como aquele monopólio criativo schumpeteriano. É essa a minha hipótese histórica". Considera-se, assim, o monopólio em sentido amplo.

de cartel se torna mais presente[28], como o reduzido número de concorrentes, que facilita a composição de um acordo mais coeso[29] quanto à concertação, uma vez que os custos de transação serão menores para a articulação conspiratória. Ademais, o mencionado organismo ainda aponta como característica favorecedora da prática a condição restrita ou inexistente de entradas no mercado, que tem relação direta com a existência de barreiras à entrada[30], as quais ajudam a proteger as empresas operantes contra a inserção de novos *players* no mercado em causa, diante do fato de que o ingresso de um competidor é dispendioso, difícil ou moroso.

Especificamente no caso do conteúdo nacional da legislação licitatória brasileira, a barreira mencionada – margem de preferência de origem nacional, na conformidade da técnica brasileira – deve ser considerada de acordo com os dados acerca dos carteis, para saber de podem ou não reduzir o número de concorrentes no mercado. Sabendo-se que a OCDE (2002, p. 7) constatou que o sobrepreço médio dos carteis varia entre 10 e 20% do preço final do bem ou do serviço, percebe-se que, ainda que um concorrente estrangeiro oferte, por exemplo, o preço mais competitivo, este não vencerá um eventual conluio entre licitantes brasileiros, que poderão praticar preços até 25% superiores aos estrangeiros mais competitivos.

Ou seja, a partir do conteúdo normativo, internalizou-se uma externalidade negativa da prática do cartel em prejuízo do interesse coletivo, garantindo a eventuais infratores, inclusive, margens superiores de sobrepreço à média mundial. Portanto, diante dessa circunstância, deve-se pressupor a exclusão prática dos licitantes que ofertem bens estrangeiros dos certames que consagrem o famigerado conteúdo local. Até porque, não existe qualquer previsão na norma que mitigue a imposição da margem de preferência, quando

[28] No rol da OCDE, observa-se: a) a existência de um pequeno número de empresas; b) o nível reduzido ou nulo de entradas no mercado; c) as condições quanto à oferta e à procura no mercado; d) as propostas recorrentes/licitações frequentes; e) a existência de associações comerciais ou de classe; f) a natureza dos produtos ou serviços idênticos ou simples; g) nível reduzido ou nulo de alternativas e h) o nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica.

[29] Segundo Porter e Zona (1993), o conjunto de firmas submetendo lances deve ser pequeno e estável, este último no sentido de não variação dos poucos participantes.

[30] Como dito por Fernando Araújo (2014), note-se que, por vezes, as barreiras à entrada são erigidas ou incentivadas pelas empresas envolvidas na cartelização, através da conversão de parte do excedente do consumidor obtido pela comum prática de preços monopolistas para a manutenção da estrutura. Isso pode ocorrer pela captura de agente regulador, ou mesmo pela prática de preços predatórios para afastar eventual entrante do mercado.

essa for incluída no certame[31]. À Administração Pública restará, pois, adjudicar o objeto do contrato com base nas preferências de conteúdo local, sem qualquer análise da vantajosidade, uma vez que a revogação da licitação, a teor do artigo 49, da Lei n. 8.666/1993[32], não será possível no presente caso.

No tocante ao terceiro elemento, sobre a divulgação sistematizada e particularizada dos beneficiários da margem de preferência de conteúdo local, essa reduz drasticamente as assimetrias de informação entre a Administração Pública e os demais concorrentes, em prejuízo daquela. Isso, pois esse sistema permite o controle, pelos licitantes que participam do cartel, dos procedimentos licitatórios, seja para a conferência do atendimento à concertação pelos contratados, ou mesmo como forma de identificação de eventual concorrente não participante do conluio, com o intuito de coação deste, para o ingresso no grupo ou a saída do mercado em questão.

Destarte, com a redução do número de concorrentes em razão das barreiras à entrada levantadas pelo diploma legal, atrelada à garantia de margem de até vinte e cinco por cento sobre o preço competitivo, para além da concessão de instrumento de fiscalização, controle e coação pelos agentes econômicos, tem-se o ambiente ideal para a cartelização dos licitantes fornecedores de bens nacionais – fato que reafirma a tese de erro legislativo, ou cooptação do legislador[33]. Portanto, não resta outra alternativa senão a supressão dessa norma legal[34], com intento de cessação dos meios favoráveis à colusão, por todos os prejuízos que podem advir da conduta do cartel nas licitações públicas[35].

---

31 Diferentemente do que ocorre na seara da Lei Complementar n. 123, de 2006, que dispõe, no artigo 49, de inúmeros mecanismos que podem afastar a margem de preferência concedida às microempresas e empresas de pequeno porte, notadamente a análise da vantajosidade.

32 Afinal, a autoridade apenas pode revogar a licitação por motivo de interesse público, em razão de fato superveniente comprovado e suficiente para a justificação da conduta; não por margem de conteúdo local previamente disposto no ato convocatório.

33 Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009, p. 2) indaga: "[…] a lei é feita para atender ao interesse de todos, ao interesse coletivo – aquilo que os norte-americanos chamam de republicanismo – ou a lei é direcionada para interesses menos alevantados, ou mais específicos a determinados grupos?".

34 Em uma referência não específica, Gaban e Domingues (2009, p. 218) sustentam: "Pode-se dizer que existe um consenso de que as condutas anticompetitivas que afetam diretamente o comércio internacional e o investimento devem ser declaradas ilegais em cada país que faz parte de um acordo internacional, cabendo a estes decretar ou emendar sua lei nacional para fazer valer tal premissa".

35 Diante do exposto, para além da supressão referida, deve-se atentar para o alerta de Bercovici (2005, p. 63), segundo o qual "[n]ão é possível, a nosso ver, seguir a proposta

Suprimindo-se, então, qualquer norma de conteúdo local, tem-se a retirada de barreiras impostas no mercado de contratação pública – o que, por conseguinte, implicará no aumento de concorrentes que já estavam anteriormente nas áreas geográfica e do bem em geral, mas não podiam atuar por conta da fronteira artificialmente imposta pela lei. Afinal, as empresas sem conteúdo nacional (estrangeiras ou não[36]), que já atuavam no mercado em causa, poderão concorrer em igualdade com outras na licitação; trata-se do que o presente trabalho denomina de efeito de prevenção do cartel pela reintegração das empresas anteriormente excluídas por contexto erroneamente criado pela lei.

Todavia, apenas a retirada da margem de preferência, ainda que tenha um efeito preventivo de reintegração de concorrentes antes presentes no mercado – ou mesmo de retomada de algum interesse na sua participação –, não é fator suficiente para a atração de novos competidores e, portanto, para acarretar em uma maior concorrência nas licitações, em um claro efeito preventivo de atração. Nesse patamar, para esse segundo efeito, exsurge a possibilidade de liberalização dos mercados públicos.

4. A liberalização dos mercados: um meio preventivo

Uma alternativa preventiva, que decorre do fenômeno da globalização dos contratos públicos, seria a modificação de um dos elementos favoráveis à existência dessa prática, notadamente o número de concorrentes. Então, torna-se relevante o papel da liberalização dos mercados públicos, a partir da oportunização efetiva da participação de empresas de fora do local de realização do certame, de maneira a gerar maior instabilidade em qualquer tipo de concertação. Afinal, a incerteza acerca dos participantes, gerada pela abertura das licitações, dificultaria sobremaneira a existência e a consequente manutenção do cartel.

---

de rearticular o Direito público em torno da noção de política pública", mas de uma concepção conjuntural, que abarque as relações entre a política, os atores sociais e econômicos, além dos valores da democracia, da soberania e o Estado brasileiro.

36 Gaban e Domingues (2009, p. 218) defendem que "[...] deveriam ser incluídas proibições nos seguintes campos: i) cartéis internacionais que fixem preços ou dividam mercados; ii) boicotes, com o objetivo de excluir produtos estrangeiros; e iii) qualquer atividade com o propósito de excluir empresas estrangeiras e negar acesso aos mercados. Isso se daria, por exemplo, através de um acordo geral entre os países atuantes no comércio internacional, sendo promovido pelas entidades internacionais econômicas, por meio de organizações como a OMC e a OECD".

Para tanto, necessário se faz analisar duas possibilidades de liberalização dos mercados públicos – a primeira, relativa à adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratos Públicos (ACP), seguida da alternativa de incremento das licitações internacionais já vigentes no país.

4.1. A alternativa de adesão do Brasil ao ACP

A abertura da contratação pública em âmbito mundial provém da negociação em paralelo da Rodada do Uruguai, que teve como resultado o Acordo sobre Contratos Públicos[37], firmado em 1994[38], no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC)[39], com o termo inicial da sua vigência em 1º de janeiro de 1996. Destarte, o ACP surgiu como uma forma de fomentar as vantagens comparativas[40] de cada país, com a prevenção à adoção de políticas discriminatórias (pelos fundamentos da promoção da indústria nacional, da segurança nacional e em objetivos não comerciais, como a promoção do emprego local), a exemplo das margens de preferências de conteúdo local.

Posteriormente, em 30 de março de 2012[41], os signatários do Acordo aprovaram um protocolo de alteração do documento, no intuito de viabilizar maior transparência e clareza, bem como conceder igualdade de condições nos procedimentos de contratação pública para todos os fornecedores de bens e serviços, com origem em um dos signatários. Entre as inovações[42], tem-se a

37 Na versão em inglês, denomina-se de Government Procurement Agreement (GPA).

38 Entre as partes signatárias do ACP de 1994, estão a União Europeia e os Estados Unidos. Por sua vez, a administração do Acordo é realizada pelo Comitê dos Contratos Públicos.

39 Trata-se, pois, do único acordo juridicamente vinculativo na seara dos contratos públicos, com o termo inicial da sua vigência em 1º de janeiro de 1996.

40 Quanto à possibilidade de especialização, com base na vantagem comparativa, ver Sue Arrowsmith (2003).

41 Dessa vez, quarenta e sete signatários firmaram o acordo. A partir dessa modificação de 2012, Anderson e Kovacic (2009, p. 72-73) defendem que o Acordo passou a promover a concorrência, por meio da abertura progressiva dos signatários à concorrência internacional, da concepção de um quadro geral de regras transparentes e não discriminatórias para todos os concorrentes, nacionais ou estrangeiros, além da imposição à implementação de um sistema interno de impugnação de adjudicações questionáveis (domestic review procedures), juntamente com normas de imparcialidade e independência dos órgãos que compõem esse sistema, ao tempo que possibilita o recurso ao "Dispute Settlement Understanding" – DSU, da OMC.

42 Observa-se, também, a previsão da existência de uma base de dados centralizada com os anúncios e informações de todos certames das partes do ACP e de acesso gratuito, elaboração de regras mais claras para a seleção dos fornecedores, a realização

inserção de disposições transitórias para os países em desenvolvimento que pretendam aderir ao Acordo, como o Brasil, uma vez que o ACP inicialmente apenas fora firmado por países considerados desenvolvidos.

É justamente nesse cenário de revisão que o Brasil poderia passar a ser signatário do mencionado acordo, na medida em que foram concedidas regras de transição para os países em desenvolvimento e viabilizou-se inúmeros mecanismos para a busca da efetividade do conteúdo negociado. Como consequência, poder-se-ia ampliar enormemente o número de competidores nas contratações públicas brasileiras, em consagração do caráter preventivo da liberalização dos mercados públicos. Por outro lado, conquanto a hipótese da liberalização dos mercados seja um meio adequado de prevenção ao conluio em contratação pública, uma vez que a abertura das fronteiras mundiais nessa área pode viabilizar a amplitude no número de concorrentes no mercado público, algumas distorções advindas do regramento do ACP podem inviabilizar essa adesão brasileira[43].

Primeiramente, deve-se notar que o Acordo não tem aplicação automática a todos os contratos públicos das partes signatárias, porquanto a sua abrangência vincula-se às previsões do Apêndice I do referido documento, no qual existem restrições ao âmbito de incidência para somente as entidades e os setores admitidos no instrumento por cada signatário. Em síntese, cada participante do Acordo pode impor limitações subjetivas[44] e/ou materiais (objeto do contrato) em relação à aplicabilidade do instrumento, o que ensejaria a mitigação do alcance do princípio da não discriminação[45]. Redobra-se, pois, a necessidade de atenção às autoridades brasileiras quanto à adesão ao ACP.

Some-se a isso que, ainda que o referido apêndice apenas conste menções a contratação de serviços específicos e fornecimentos relacionados à construção, analisando-se os dois principais ordenamentos jurídicos signatários do Acordo (Estados Unidos e União Europeia), no que concerne às

---

de processos eletrônicos.

43 Bercovici (2005, p. 66) leciona que "[a] opção do Brasil não é se integrar na globalização ou se isolar de modo autárquico. A questão fundamental é se a integração dar-se-á a partir dos objetivos nacionais ou não. Diante dos desafios e ameaças trazidos pela globalização, precisamos de um projeto para o Brasil que sirva de substrato material para o desenvolvimento social, político e econômico".

44 Por exemplo, em relação ao enquadramento de entidade adjudicante que se submete às disposições do acordo, a exemplo do previsto no artigo 2º., da Diretiva 2014/24/UE.

45 Outras causas podem ensejar essa redução ou limitação, como pode ser visto em Nuno Cunha Rodrigues (2015, p. 138 e seguintes), como o fracionamento de despesa para que os contratos fiquem em valores inferiores ao limite imposto pelo acordo.

discriminações materiais que afetam diretamente o Brasil, nota-se um comprometimento à eficácia do ACP no país. Basta observar, assim, as políticas públicas que esses ordenamentos elegeram excepcionar das regras de concorrência, entre as quais está a maior vocação brasileira, que é o setor agropecuário[46], o qual também poderia participar de certames públicos, notadamente para o fornecimento de alimentos para entidades estatais. Enquanto no cenário norteamericano[47] verifica-se que a limitação material indireta fora instituída pelas imunidades antitruste, através da qual permite-se práticas anticoncorrenciais no setor agrícola[48], no contexto europeu, a limitação material advém da previsão do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) em derrogação, para o setor agrícola, do estatuto dos auxílios de estado – que, em regra, proíbe ou limita os auxílios conferidos pelos Estados-membros ou procedentes de recursos estatais, os quais possam falsear a concorrência[49] e favorecer determinadas empresas ou produções[50].

Face ao supramencionado ambiente, passa-se a questionar a possibilidade de equacionamento das limitações dos signatários com as resistências dos não-signatários. Na perspectiva deste trabalho, são inúmeros custos de transação que podem submergir desse conflito, porquanto supõe-se que a adesão dos países em desenvolvimento pressupõe a liberação de mercados

46 O Ministério da Agricultura (2017) informa que agronegócio brasileiro responde individualmente por um quarto do Produto Interno Bruto brasileiro.

47 Afora o Buy American Act.

48 De acordo com Gellhorn e Kovacic (1995, p. 482), "[a]ntitrust exemptions that result from federal intervention in the market arise in two basic ways. The first is where Congress expressly declares that antitrust laws do not apply, or apply only in a modified form, to specific conduct. Express statutory exemptions of varying scope exist for a number of industries, including agriculture, communications, energy, financial services, and insurance […] In a second (and small) set of cases, immunity arises by implication". Em outra palavras, Areeda e Hovenkamp (2006 p. 134), afirmam que "[i]n addition to the agricultural cooperatives, medical peer review, labor unions, […] the statutes create numerous additional antitrust exemptions".

49 Hartley (2014, p. 382) arremata que "[s]tate aid which distorts competition is (generally speaking) contrary to Union law and the Treaties lay down a procedure for determining when a violation has occurred. This involves an investigation by the Commission, followed by a decision addressed to the Member State alleged to have granted the aid. That Member State can clearly challenge the decision under Article 263 […]".

50 Art. 107º., n. 1, do TFUE. Essa exceção, pois, tem fundamento no artigo 42 do TFUE, sob justificativas de segurança alimentar (objetivos do artigo 39, do TFUE), para fomentar programas de desenvolvimento econômico e para proteger o setor em situação desfavorável, devido a condições estruturais ou naturais.

imunes à normatização da concorrência dos países desenvolvidos, os quais não possuem interesse nessa concessão. Afinal, acredita-se que esses, na realidade, pretendem apenas a substituição imediata da maior parte das indústrias ineficientes das nações não desenvolvidas (ou em desenvolvimento), pelos seus produtos e serviços.

Nesse diapasão, defende-se que a contratação pública necessita de uma solução mais tangível e imediata para a liberalização dos mercados, como forma de prevenção do problema concorrencial decorrente do *bid-rigging*, uma vez que os danos sofridos são elevados, em contraposição aos restritos orçamentos das autoridades contratantes, considerando-se as suas incontáveis finalidades.

4.2. As licitações internacionais como alternativa

Ante os problemas verificados para a adesão do país ao ACP, sobeja-se indagar se a solução para a necessidade de liberalização dos mercados públicos não estaria no próprio ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no conteúdo normativo das licitações internacionais.

De acordo com a larga maioria doutrina administrativista, entende-se que a Lei n. 8.666/1993, ao tratar sobre a disciplina, é confusa e fragmentada[51], ao mesmo tempo que deixa de dispor de um conceito de licitações internacionais[52]. Todavia, o presente trabalho filia-se ao entendimento, segundo o qual as licitações internacionais têm o objetivo de atração de licitantes brasileiros e estrangeiros, independentemente do regime jurídico condutor ser nacional ou sob normas de organizações internacionais[53].

Logo, consoante lição de Marrara e Campos (2017, p. 459), *"[p]ara ser configurada uma licitação internacional, o edital deve prever expressamente que o certame é aberto a licitantes estrangeiros e adequar-se às disposições da Lei n. 8.666/93 que disciplinam a matéria"*, prescindindo de

[51] Ver, para tanto, Marrara e Campos (2017, p. 455).

52 Rafael Schwind (2013, p. 27) constatou que "a legislação sobre licitações não contém nenhuma definição de licitação internacional, muito embora empregue esse termo (e outros semelhantes) em diversos dispositivos e extraia dele algumas decorrências concretas".

53 Marrara e Campos (2017, p. 458) alertam que "[...] o fator determinante não reside na abertura da licitação a estrangeiros, mas na sua adaptação à participação de estrangeiros. Vale registrar essa ressalva, pois desde a revogação do art. 171 da Constituição da República e diante do princípio da igualdade, toda e qualquer licitação está, a princípio, aberta a brasileiros e a estrangeiros estabelecidos no Brasil".

realização no exterior, de financiamento por recursos externos e de publicização fora do país. Ou seja, o ato convocatório deve ser adaptado ao objetivo de atração de agentes econômicos estrangeiros, mormente os que ainda não desenvolvem atividades no país (efeito preventivo de atração), de acordo com as peculiaridades de cada certame. Contudo, a abertura isonômica não pressupõe exigências integralmente análogas entre os agentes brasileiros e os não nacionais, pelas próprias condições específicas desses últimos, de modo que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos disciplina, por meio de regras particulares[54], a participação de empresas estrangeiras[55].

Dessa forma, há a necessidade de utilização preferencial das licitações internacionais em sede de contratações públicas no Brasil, porquanto são evidentes os seus benefícios atinentes à competição e, por sua vez, à prevenção de carteis, a partir da ampliação do número de concorrentes nos mercados públicos[56]. Assim, todos os meios de ampliação prática da figura devem ser implementados, sobretudo quanto às exigências de parâmetros de contratação internacional, desde que a vantajosidade não seja suprimida, de maneira a perder a sua essência e o seu escopo.

Ressalte-se, entretanto, que o efeito-atração dessa abertura somente será implementado com foco na vantajosidade plena da contratação, em um mecanismo de liberalização pautado na reciprocidade, em que as empresas com atuação nacional também possam competir em outras jurisdições, uma vez que a circulação dos produtos e dos serviços ensejará economias de escala e de escopo em diversos locais no mundo. Do contrário, pode-se ter um mecanismo de liberalização desequilibrado – de um lado um regime de contratação aberto e de outro protecionista, ou promotor de *dumping.*

54 A exemplo da exigência, para a habilitação de empresa estrangeira, de decreto de autorização de funcionamento no país, a teor do inciso V, do artigo 28, da Lei n. 8.666, de 1993.

55 Conforme lição de Egon Bockmann Moreira et al. (2015, 73), "[o] escopo aqui não é o de excluir a participação de sociedades estrangeiras, mas o de impedir que compareçam ao certame dotadas de vantagens não naturais e, por conseguinte, não isonômicas".

56 Para Marrara e Campos (2017, p. 454), é importante tornar as licitações nacionais atraentes para empresas estrangeiras, sobretudo diante do contexto de "incremento do controle da gestão contratual e o consequente recrudescimento da postura punitiva das entidades estatais contratantes automaticamente (que) reduzem o número de agentes econômicos em mercados públicos e, por reflexo, tendem a enfraquecer a competição, aumentar o poder de mercado dos agentes econômicos ativos, elevar os riscos de cartelização e, pior, fragilizar o princípio da vantajosidade licitatória".

5. Conclusão

O cartel, enquanto uma infração à ordem econômica brasileira, tem os seus prejuízos ampliados na seara das contratações públicas, mormente pelo caráter direto de realização dos interesses públicos atrelados à licitação, sem contar o fato de que os recursos utilizados advêm dos tributos pagos pelos cidadãos. Dessa maneira, verificou-se que a política dos mercados públicos, lastreada na concessão de margens de preferência ao conteúdo nacional, tem grande caráter de ensejador da conduta anticompetitiva, especialmente diante do efeito exclusivo geográfico do produto ou serviço contratado, face à carência de mecanismos que desvinculem a Administração Pública de contratar sob esses termos, após a escolha dessa política pública. Logo, primeiramente, adota-se o posicionamento pela exclusão imediata do ordenamento jurídico pátrio da disposição que autoriza as entidades contratantes em aderirem ao famigerado conteúdo nacional.

Não obstante, apenas essa medida de prevenção pela reintegração de antigos *players* ao mercado é bastante restrita, considerando-se a necessidade de ampliação a parâmetros superiores o número de licitantes. Outrossim, deve-se conjugar tal medida à liberalização dos mercados, que não se delimita à restauração das fronteiras anteriores à lei, mas abarca a necessidade de transposição dos limites nacionais para atrair agentes econômicos que não atuam no mercado brasileiro (efeito preventivo de atração). Essa liberalização, a seu turno, deverá privilegiar a realização de licitações internacionais, dispostas na Lei n. 8.666, de 1993, justamente pela possibilidade de ampliação do número de competidores; no entanto, essa medida deve ser acompanhada de acordos de reciprocidade, para evitar a ocorrência de eventual política internacional prejudicial à concorrência no país.

6. Referências

ABASTECIMENTO, Ministério da Agricultura, Pecuária e. *Agro+*. Brasília: MAPA, 2017. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/agromais/agropecuaria-brasileira.html>. Acesso em 27 de setembro de 2017.

ANDERSON, Robert D.; KOVACIC, William E. *Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets*. Public Procurement Law Review. N. 18. Andover: Sweet & Maxwell, 2009, p. 67-102.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. vol. IA, 2a. ed., Nova Iorque: Aspen, 2006.

ARROWSMITH, Sue. *Government Procurement in the WTO*. Boston: Kluwer Law International, vol.16, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma literatura a partir da Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros, 2005.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6a edição. Boston: Person, 2012.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Public Procurement – The Role of Competition Authorities in Promoting Competition.* Paris: OCDE, 2008.

___. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Paris: OCDE, 2012.

___. *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*. Paris: OECD Press, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Primeiro encontro: poder econômico o jogo e as regras. In*: _____ *et al* (Org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri: Manole, 2009.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E. *Antitrust Law and Economics*. 4a. ed. Saint Paul: West Publishing, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14a. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GUPTA, SRABANA. *The Effect of Bid Rigging on Prices: A Study of the Highway Construction Industry*. Review of Industrial Organization 19. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 453–467.

HARTLEY, T. C. *The foundations of European Union Law*. 8a. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HEIMLER, Alberto. *Cartels in Public Procurement*. Journal of Competition Law & Economics, 8(4). Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 849–862.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LESLIE, Christopher R. *Trust, Distrust, and Antitrust*. Texas Law Review. vol. 82, n. 3. Austin: The University of Texas at Austin, 2004, p. 515-680.

MARCEAU, Gabrielle. *Anti-dumping and anti-trust issues in free trade areas*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. *Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. In*: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de *et al*. *O direito brasileiro em evolução: estudos em homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto*. São Paulo: Almedina, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12ª ed, atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. *Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 269, p. 67-106, maio/ago. 2015.

PORTER; Robert H.; ZONA, J. Douglas. *Detection of bid rigging in procurement auctions*. Chicago: Journal of Political Economy, 1993, vol. 101, n. 3, p. 518-538.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The Unversity of Chicago Press, 2001.

_____. *Economic Analysis of Law*. 9ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Quarto e último encontro: poder econômico e corrupção*. *In*: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio et al (Org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri: Manole, 2009.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes*. *In*: Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência, Mário Luiz Possas (coord.). São Paulo: Singular, 2002.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: A Lei 12.525/2011 e a análise prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 8a. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

ZIEBARTH, José Antonio Batista de Moura. *Estado, políticas públicas e governança democrática: uma contribuição jurídica para a interface entre a política de concorrência e outras políticas públicas à luz de um novo modelo de intervenção estatal no Brasil*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2013.

DEZ PARÂMETROS PARA DISTINGUIR UM CARTEL ÚNICO DE MÚLTIPLOS CARTÉIS[1]

Amanda Athayde Linhares Martins

Bruna Motta Piazera

Priscilla Craveiro da Costa Campos

Resumo: A partir da experiência internacional e nacional, o presente artigo visa a propor dez parâmetros – não exaustivos, mas exemplificativos, a serem avaliados em termos de preponderância, não cumulativos – para a tomada de decisão quanto à seguinte questão em uma investigação antitruste: está-se diante de um cartel único ou, na verdade, de cartéis múltiplos? O objetivo desta proposta é conferir maior segurança e previsibilidade, o que não descarta a inexorável subjetividade desse tipo de análise, calcada na razoabilidade e na proporcionalidade, baseada em critérios técnicos.

Palavras-chave: infração à ordem econômica; cartel; colusão única vs colusões múltiplas; parâmetros; antitruste.

Keywords: antitrust violation; cartel; single vs multiple conspiracies; parameters; competition.

1. Introdução

Historicamente, as condutas de cartel[2] tendem a ser classificadas

[1] A versão integral deste artigo está publicada na Revista de Direito Público. ATHAYDE, A. PIAZERA, B. CAMPOS, P. Colusão Única ou Múltiplas Colusões no Direito Antitruste: Parâmetros Para Uma Hidra De Lerna? In. Revista de Direito Público: Brasília, 2017. Nov/Dez. Vol. 14, n. 78. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico.

[2] Para fins de terminologia, os autores esclarecem que "colusão", "infração", "conduta" e "conspiração" serão utilizados como sinônimos ao longo do presente artigo.

internacionalmente como conspirações "em cadeia"[3] (*chain*) ou "de roda"[4] (*wheel*). Apesar de os conceitos serem importantes na persecução de cartéis, eles não são necessariamente suficientes, dado que dúvidas podem – e tendem a – surgir quando se realiza investigações na vida real. Quais seriam os parâmetros possíveis para que se distingua um cartel único de cartéis múltiplos?

Diante dessa questão, o presente artigo visa a propor parâmetros – não exaustivos, mas exemplificativos, a serem avaliados em termos de preponderância, não cumulativos – para uma tomada de decisão em cada caso concreto, a partir da experiência internacional e nacional. Apesar de não se ter conhecimento de estudo acadêmico a respeito desse tema específica e expressamente no Brasil, a nosso ver se trata de discussão atual e relevante, tendo em vista suas possíveis repercussões na persecução antitruste a cartéis no país. Para que se possa entender a discussão na doutrina e na jurisprudência internacional, passar-se-á a uma breve apresentação da visão norte-americana e europeia do tema.

Nos Estados Unidos, a discussão sobre *Single v. Multiple Conspiracies* não é totalmente recente e já faz parte da experiência criminal do país. Tanto é assim que o *Grand Jury Practice Manual*, da *Antitrust Division* do *Department of Justice* ("DOJ")[5], dentre outros temas, apresenta orientações face à consideração da existência de uma conduta única ou de múltiplas condutas (*conspiracies*). De acordo com o Manual, por conta da natureza secreta das conspirações criminais, provar a existência de um acordo ilegal geralmente depende de inferências feitas a partir de evidências circunstanciais. Esse seria um dos fatores que tornaria difícil a tarefa de determinar se se trata de uma ou de múltiplas condutas. O escopo do acordo ilegal deveria ser

[3] As conspirações em cadeia são aquelas em que várias pessoas estão envolvidas em diferentes níveis de uma conduta que tem um mesmo objeto ou propósito ilegal. Cada participante pode ser acusado de ter contribuído para o sucesso da conspiração global ainda que tenha operado em apenas um nível. O exemplo paradigmático na doutrina é o tráfico de drogas.

[4] Nas conspirações de roda, por sua vez, há uma ou mais pessoas centrais (possivelmente similares aos chamados hubs, no antitruste) executando os mesmos atos ilegais com outros grupos separados (os spokes), que de outra forma não estariam tendo comportamentos ilícitos. A questão discutida na doutrina é se o hub está envolvido em conspirações separadas com cada spoke ou se o hub e todos os spokes estão envolvidos em uma única conspiração. Este termo é utilizado no Grand Jury Practice Manual, da Antitrust Division do Department of Justice ("DOJ") dos Estados Unidos. 2011. VII-50.

[5] O Grand Jury Practice Manual, da Antitrust Division, do Department of Justice ("DOJ") é uma fonte atualizada de diretrizes legais e procedimentais para o exercício de responsabilidades relativas ao Grand Jury, editado pela primeira vez em 1991.

deduzido pela autoridade antitruste a partir da conduta que pode ser comprovada. Nesse sentido, à medida que avança uma investigação, novas informações e documentos são trazidos e novos elementos podem ser comprovados, o que possibilitaria que o escopo do acordo ilegal investigado fosse restringido ou ampliado.

Assim, nos termos do *Grand Jury Practice Manual*, as condutas postas para análise da autoridade tratam de uma questão mista de fatos e direito, sendo que, à medida que os fatos mudam, as conclusões podem ser diferentes[6]. O Manual antevê que independentemente de qual seja a definição adotada pela autoridade antitruste em um caso concreto – considerando a conspiração como única ou como múltiplas –, sempre haverá quem defenda que se tomou a decisão errada quanto ao tratamento dos casos. Assim sendo, o relevante seria que a tomada de decisão da autoridade, no momento do oferecimento da denúncia[7], fosse embasada nos fatos e nas circunstâncias do ilícito comprovados até aquele momento temporal.

Nesse contexto, os tribunais norte-americanos[8] têm usado o "teste da totalidade das circunstâncias" (*totality of the circumstances test*)[9] para definir se o objeto de análise é consistente em uma conduta única ou se são múltiplas condutas. Este teste trata, então, de elencar uma lista dos principais fatores que devem ser levados em consideração antes da tomada de decisão quanto ao oferecimento da denúncia criminal: (i) o número de supostas infrações

---

[6] Whether to charge the defendants' conduct as a single conspiracy or as multiple conspiracies may be difficult to evaluate, primarily because it is a mixed question of law and fact. In general, the final charging decision rests on an analysis of the facts; as the facts change, so may conclusions differ. Thus, making the correct charging decision often consists of attempting to fit facts of the instant case within the facts of a previously-decided case, preferably within the same circuit. Grand Jury Manual, 1991, p. VII-46.

7 Na experiência norte-americana, denúncia esta criminal, denominada "indictement".

[8] Alguns dos principais casos na jurisprudência norte-americana, utilizados pelos autores para a elaboração deste artigo foram os seguintes: Braverman v. U.S., 317 U.S. 49 (1942); Kotteakos v. U.S., 328 U.S. 750, 750 (1946); Blumenthal v. U.S., 332 U.S. 539, 541 (1947); U.S. v. Palermo, 410 F.2d 468, 469 (7th Cir. 1969); U.S. v. Varelli, 407 F.2d 735, 739 (7th Cir. 1969); U.S. v. Licausi, 413 F.2d 1118 (1969); State v. Louf, 314 A.2d 376, (1973);U.S. v. Richerson, 833 F.2d 1147, 1153 (5th Cir. 1987); U.S. v. Ghazaleh, 58 F.3d 240, 245 (6th Cir. 1995); U.S. v. Maliszewski, 161 F.3d 992, (1998).

[9] "Recent cases have used a "totality of the circumstances" test to resolve the single/multiple conspiracy question. This test requires the consideration of all of the available evidence to determine whether there is one conspiracy or several". Grand Jury Manual, 1991, p. VII-54.

noticiadas em comum; (ii) a sobreposição de pessoas; (iii) o período de tempo durante o qual as supostas infrações ocorreram; (iv) a similaridade dos métodos de operacionalização; (v) os locais em que as supostas infrações aconteceram; (vi) o grau em que as supostas conspirações compartilham um objetivo comum; e (vii) o grau de interdependência necessário para que a operação como um todo tenha sucesso.

Especificamente no cenário de infrações à ordem econômica – dentre as quais se insere a infração de cartel –, o *Antitrust Resource Manual*[10], editado pelos *U.S. Attorneys* do DOJ, sinalisa a necessidade de determinar o escopo da conduta anticompetitiva e os atores que dela participaram. O DOJ antevê a dificuldade para determinar o que de fato constitui "toda a conduta", principalmente nos casos de fixação de preços e manipulação de licitações, dado que pode haver uma conspiração única e contínua que envolva várias licitações, ou, pontualmente, condutas separadas para licitações específicas. Essa discussão tem repercussões atuais nos Estados Unidos, explicitadas em 3 de fevereiro de 2017, pelo então *Deputy Assistant Attorney General* da Divisão Antitruste do DOJ, Brent Snyder. Na oportunidade, ele sinalizou que desde o recebimento da consulta inicial sobre a disponibilidade do *marker* no Programa de Leniência Antitruste, o DOJ passaria a ser ainda mais cuidadoso, para evitar a concessão de *markers* amplos nos mercados afetados.[11]

Na União Europeia, por sua vez, a discussão sobre *Single and Continuous Infringement* também não é totalmente recente, e já faz parte da experiência antitruste do bloco. O conceito de "infração única e contínua" permite à Comissão Europeia (e às autoridades nacionais de defesa da concorrência) associar uma série de infrações que tenham o mesmo objetivo de prejudicar a concorrência em um determinado mercado como pertencentes ao mesmo escopo de conduta anticompetitivas, sob o "guardachuva" do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).[12]

Ao longo dos anos, os tribunais europeus[13] passaram a estabelecer

[10] O Antitrust Resource Manual consiste em um manual de procedimentos que devem ser adotados pelos procuradores na persecução a práticas colusivas em nível local.

[11] GUNIGANTI, 2017.

[12] Pela doutrina adotada, o estabelecimento da participação e da responsabilidade de uma empresa pela "infração única e contínua" abrange todos os comportamentos anticoncorrenciais praticados por todas as partes envolvidas na infração única, e imputa a responsabilidade a todas as empresas em igual medida. A responsabilidade da empresa é limitada à duração da sua participação no cartel e à extensão do seu envolvimento, que é levado em conta ao determinar o nível da multa.

[13] Alguns dos principais casos na jurisprudência europeia, utilizados pelos autores para a elaboração deste artigo foram os seguintes: Enichem Anic SpA contra Comissão das Comunidades Europeias (1991); Cimenteries CBR e o. contra Comissão das

certas condições e limites ao uso da doutrina da "infração única e contínua". Essa evolução conduziu ao desenvolvimento de critérios para caracterizar uma infração única e contínua[14]. Nesse contexto, estudo de 2014 produzido pela Lexis Nexis, em parceria com o escritório de advocacia Steptoe and Johnson LLP[15], realizou um apanhado da jurisprudência da Comissão Europeia para o estabelecimento dos critérios necessários à classificação de uma conduta como única e contínua na União Europeia. Dois seriam os elementos básicos para a correlação das condutas: (i) correlação objetiva (existência de um objetivo global) e (ii) correlação subjetiva (ciência da participação em uma conspiração mais ampla).

Quanto à (i) correlação objetiva (existência de um objetivo global), dois seriam os possíveis critérios para se classificar uma conduta como única e contínua. O primeiro seria uma correlação por identidade, ou seja, as infrações apresentarem características comuns idênticas. Para tanto, dever-se-ia constatar a natureza idêntica dos objetivos das condutas; a natureza idêntica dos produtos e/ou serviços afetados; a natureza idêntica das empresas participantes; a natureza idêntica das formas de operacionalização; e/ou o escopo geográfico idêntico das condutas em questão. Por sua vez, o segundo critério de correlação objetiva seria aquele que trata de uma correlação por complementaridade, ou seja, as infrações serem complementares em sua natureza, mas não idênticas. Para tanto, dever-se-ia constatar que cada conduta lida com uma ou mais consequências do "padrão normal" de concorrência, e que contribui, por meio de interações, para o alcance de um conjunto de efeitos anticompetitivos desejados pelos responsáveis, no âmbito de um plano global com um objetivo único.

Quanto à (ii) correlação subjetiva (ciência da participação em uma conspiração mais ampla), também seriam dois os possíveis critérios para se

Comunidades Europeias (2000); JFE Engineering Corp., anteriormente NKK Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp. e Sumitomo Metal Industries Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias (2004); Metacrilatos (2006); Gas Insulation Switchgear (2007); Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall contra Comissão Europeia (2012); Trelleborg Industrie SAS e Trelleborg AB contra Comissão Europeia (2013).

[14] ALEXIADIS; SWANSON; GUERRERO, 2016. Para os autores, os critérios seriam os seguintes: (i) idêntico propósito ou objeto, no sentido de que as práticas concertadas e acordos detectados na investigação pudessem ser considerados "uma série de esforços das empresas envolvidas com vistas a alcançar um único objetivo"; (ii) a contribuição de cada empresa participante para alcançar o objetivo anticoncorrencial comum; e (iii) que o investigado "tivesse conhecimento da conduta ilícita dos outros participantes ou pudesse razoavelmente prever tal conduta e estar disposto a aceitar o risco".

[15] MAILLARD; KERES. 2014.

classificar uma conduta como única e contínua. O primeiro diz respeito à intenção da empresa em contribuir com sua conduta para o objetivo global almejado pelos participantes da infração. Para tanto, poder-se-ia inferir a intenção de uma empresa de contribuir para o objetivo global almejado a partir da participação da empresa em pelo menos um elemento da conduta. A participação precisaria ser mínima para demonstrar o seu envolvimento em uma conduta única e contínua, e o fato de a participação de uma empresa limitar-se a aspectos menores da infração não afetaria a sua responsabilização pela conduta de outras empresas no contexto da infração, durante o período da sua participação na prática anticompetitiva, desde que a empresa tenha conhecimento dos atos ilícitos dos outros participantes, tendo em conta o plano global comum. Por sua vez, o segundo critério de correlação subjetiva diz respeito ao conhecimento pela empresa dos atos ilícitos praticados pelos outros participantes em busca do mesmo objetivo, ou se essa empresa poderia ter razoavelmente previsto que esses ilícitos poderiam ocorrer. Entende-se, inclusive, que a mera previsibilidade razoável dos atos ilícitos cometidos pelos outros participantes satisfaz este requisito. Nesse sentido, uma empresa poderia pôr termo à sua responsabilidade distanciando-se abertamente e inequivocamente do cartel, para que os outros participantes saibam que ela não mais apoia os objetivos gerais da colusão.

No Brasil, algumas regras processuais e a experiência judicial podem auxiliar na tomada de decisão sobre a existência de uma infração única ou múltiplas infrações. No judiciário, os temas conexão e continência são os institutos que podem tangenciar a questão posta sob discussão.[16] Além deles, o critério da economia processual também pode ser invocado, para se processar uma infração como única ou como múltiplas infrações. Ademais, a possibilidade de desmembramento é uma realidade tanto na esfera cível, criminal quanto administrativa, que subsidia o processamento de denúncias em face dos réus como múltiplas condutas.[17] Ainda, em termos de legislação penal,

[16] O Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, trata dos institutos da conexão e continência. O artigo 55, preconiza que "Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir." (g.n.); enquanto que em seu artigo 56 indica que "Dá-se continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais. (g.n.)"

[17] O desmembramento está contemplado na esfera cível no Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, artigo 113, §1º, que preconiza que O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação da sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença. (g.n.). Também há semelhante na esfera criminal no Código de Processo Penal, Lei nº 3.689/1941, artigo

é possível indicar outros dois institutos que podem trazer luz à questão posta sob discussão: a classificação da conduta como crime continuado[18] ou crime permanente[19]. Entende-se que tais institutos, já existentes na realidade brasileira, também podem ser invocadas pela autoridade da concorrência como fontes de motivação de um ato administrativo em sua tomada de decisão sobre a persecução de um cartel como único ou como múltiplos cartéis.

80, que diz: Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação. (g.n.). O Poder Judiciário já se manifestou quanto à possibilidade de desmembramento do processo criminal, tal qual exposto no Agravo Regimental na Ação Penal 804 DF 2015/0023793-9 do Superior Tribunal de Justiça. Especificamente na esfera concorrencial, o judiciário também já se manifestou quanto à possibilidade, legalidade, inexistência de nulidade e mesmo adequabilidade do desmembramento de processo antitruste em face da grande quantidade de representados e da dificuldade da notificação de pessoas estrangeiras no AGA 2009.01.00.061960-9/DF, Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, e-DJF1 p.246 de 03/11/2010. Ressalta-se, ainda, que administrativamente no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), de acordo com o artigo 148 do Regimento Interno do Cade, há a possibilidade de desmembramento de processos administrativos nas hipóteses de (I) infrações terem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes; (II) excessivo número de representados e para não comprometer a duração razoável do processo ou dificultar a defesa; (III) dificuldade de realizar a notificação de um ou mais representados; ou (IV) por outro motivo relevante.

[18] No Brasil, o crime continuado encontra-se disciplinado no artigo 71 do Código Penal, com a seguinte redação: Artigo 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do artigo 70 e do artigo 75 deste Código Penal.

[19] O crime permanente é uma das modalidades de delito cuja característica peculiar é a prolongação e manutenção da sua consumação durante indeterminado lapso de tempo, de acordo com a vontade do agente. Este só terminará de agredir o bem jurídico tutelado pela norma se assim o quiser ou por circunstâncias alheias à sua vontade (por exemplo, se capturado pela polícia). Assim, praticando a conduta descrita como crime, esta perdura no tempo, sendo sua consumação renovada a cada segundo.

Em que pese isso, o presente artigo visa a contribuir com a doutrina, propondo parâmetros – não exaustivos, mas exemplificativos, a serem avaliados em termos de preponderância, não cumulativos –, para auxiliar na tomada de decisão quando da definição sobre a existência de condutas conjuntas (colusão única) ou separadas (colusões múltiplas). O objetivo é conferir maior segurança e previsibilidade à tomada de decisão, o que não descarta a inexorável subjetividade desse tipo de análise, tal qual apontado no *Grand Jury Practice Manual* do DOJ, nos Estados Unidos. O que se espera, portanto, é auxiliar uma decisão tecnicamente motivada, levando em consideração os fatos de que se tem conhecimento e que se pode provar no momento da tomada de decisão. Em todos os casos, ao longo da investigação, a partir de novas informações e documentos obtidos sobre a colusão, será possível realizar uma nova avaliação sobre o tratamento dos fatos como um cartel único ou como múltiplos cartéis, o que não invalida a tomada de decisão anterior, pois está calcada na razoabilidade e na proporcionalidade, e baseada em critérios técnicos. Passa-se, assim, no próximo Capítulo, a detalhar as propostas de parâmetros apresentadas nesse artigo.

2. Proposta de parâmetros: cartel único ou múltiplos cartéis no antitruste

Propõe-se no presente artigo que, quando da análise da existência de uma colusão única ou de múltiplas colusões, pelo menos os dez parâmetros abaixo sejam considerados. Tais parâmetros são apresentados entre aqueles objetivos, por dizerem respeito a elementos da conduta (II.1.), e aqueles subjetivos, por dizerem respeito às pessoas jurídicas ou físicas envolvidas na conduta (II.2.). Importante ressaltar, desde já, que essa lista de parâmetros proposta é exemplificativa, e não deve ser lida como uma *checklist* taxativa.

A análise a respeito da configuração de uma colusão única ou de múltiplas colusões deve ser realizada, também, com base no critério de preponderância. Isso significa que, no caso concreto devem ser avaliados se preponderam parâmetros para uma colusão única ou se preponderam parâmetros para múltiplas colusões, sendo certo que, na maioria dos casos, haverá elementos apontando para ambas as direções. O que definirá a conclusão será, portanto, o peso a ser dado a cada parâmetro analisado *in concreto,* levando em conta os fatos de que se tem conhecimento e se é capaz de comprovar no momento da tomada de decisão.

	PARÂMETROS OBJETIVOS	
1)	OBJETIVO	Há um objetivo global ou um propósito ou meta comum?
2)	IMPLEMENTAÇÃO DA CONDUTA	O *modus operandi* é idêntico ou similar (i.e., ferramentas de operacionalização)?
3)	MERCADO DE PRODUTO/SERVIÇOS	O mercado de produto ou serviço afetado é idêntico ou similar?
4)	MERCADO GEOGRÁFICO	O mercado geográfico é idêntico ou complementar?
5)	PERÍODO DA CONDUTA	A duração é idêntica, sobreposta ou complementar?
6)	TIPOLOGIA DA CONDUTA	Os tipos de conduta são idênticos ou similares?
	PARÂMETROS SUBJETIVOS	
7)	EMPRESAS PARTICIPANTES	As principais pessoas jurídicas participantes são idênticas ou têm um "núcleo duro" comum?
8)	INDIVÍDUOS PARTICIPANTES	As principais pessoas físicas participantes são idênticas ou têm um "núcleo duro" em comum?
9)	EXISTÊNCIA DE UM ELO DE INTERLIGAÇÃO	Há um *hub* que facilita a conduta?
10)	ESCOPO DE CLIENTES AFETADOS	Os clientes (ou tipos de clientes) afetados são os mesmos e/ou têm demandas/processos de compra semelhantes?

A seguir são apresentados os elementos que podem auxiliar na compreensão de cada um desses parâmetros. Deve-se ter em mente que um parâmetro não pode ser utilizado isoladamente como critério único para a tomada de decisão. Alguns deles tenderão, por vezes, a ser mais relevantes, como os parâmetros 1) e 2), ao passo que os parâmetros 5), 6) e 10) tenderão a ser mais acessórios para a tomada de decisão. É o que se passa a expor.

2.1. Objetivo da conduta

Na análise quanto ao objetivo da conduta (parâmetro objetivo), propõe-se averiguar se os participantes das condutas (empresas e indivíduos) almejam e contribuem, por meio de seus comportamentos individualmente considerados, para o alcance de um mesmo objetivo global ou para um propósito ou meta comum. Propõe-se que se analise, no caso concreto, se cada um dos participantes tem ciência ou pelo menos poderia razoavelmente

prever/antever/especular existir um objetivo global ou um propósito ou meta comum de cartelização, sendo sua atuação importante/imprescindível/auxiliar para que fosse alcançado o acordo mais amplo. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) os participantes estão cientes de que há um objetivo global ou um propósito ou meta comum de cartelizar um mercado de produto/serviços em uma determinada área geográfica – ex. "missão", "visão", "valores" e/ou "regras" da atuação conjunta, ou divisão de mercado de todos os clientes (ou dos principais clientes) e/ou fixação de preços por meio de tabelas aplicáveis a todo o mercado; (b) os participantes dirigem seus esforços para a realização de um único objetivo ou de um propósito ou meta comum (existência de um "concerto de ações unificado"); (c) algum dos participantes atua apenas em parte das condutas, mas conhece e tem ciência dos demais participantes (em sua totalidade ou em parte, ainda que apenas do "núcleo duro") e dos termos do objetivo global ou do propósito ou meta comum de cartelização ("empreendimento coletivo voltado para o alcance de um objetivo comum"); (d) algum dos participantes atua apenas em parte das condutas, não conhece os demais participantes (em sua totalidade ou em parte) nem os termos do objetivo global ou do propósito ou meta comum de cartelização, mas tem ciência específica de que sua atuação contribui para o acordo mais amplo ou poderia razoavelmente prever/antever/ especular existir um objetivo global ou um propósito ou meta comum de cartelização, ainda que não conheça com exatidão os termos desse acordo mais amplo – ex. empresa de menor porte que, apesar de participar apenas de uma licitação local, é informada por outra empresa de médio ou grande porte ou por um agente público que vencerá um determinado lote da obra licitada, mas que, em contrapartida, não deverá apresentar propostas em outros lotes, para não "atrapalhar" o mercado; (e) algum dos participantes atua apenas em parte das condutas, não conhece os demais participantes (em sua totalidade ou em parte) nem os termos do objetivo global ou do propósito ou meta comum de cartelização, mas tem ciência específica de que sua atuação é importante/imprescindível/auxiliar para alcançar o objetivo global ou o propósito ou meta comum de cartelização, ainda que não conheça com exatidão os termos desse acordo mais amplo; e/ou (f) o acordo contemple a realização de um resultado contínuo, que não prossegue sem a cooperação contínua dos participantes para mantê-lo.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: (a) os participantes em conluio agem de maneira separada, paralela e independentemente dos participantes de outro conluio, com objetivos próprios/específicos e sem um propósito ou meta comum; e/ou (b) os participantes em conluio agem de maneira separada,

paralela e independentemente dos participantes de outro conluio, com *modus operandi* distintos e de maneira desconectada.

A nosso ver, a análise desse parâmetro, em especial quando embasado em evidências do caso *in concreto*, poderá vir a ser considerada como elemento preponderante na tomada de decisão, com forte peso em comparação com os demais parâmetros.

2.2. Implementação da conduta

Na análise quanto à implementação da conduta (parâmetro objetivo), propõe-se averiguar se os instrumentos/formas/ferramentas de implementação das condutas são iguais ou semelhantes. Há que se analisar o conjunto probatório do caso concreto em investigação no momento da tomada de decisão e verificar se há ou não semelhanças substanciais na maneira de operacionalização/*modus operandi* do cartel. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) os participantes elaboram e utilizam instrumentos/formas/ferramentas idênticos ou similares com o objetivo global ou propósito ou meta comum de cartelizar determinado mercado de produto ou serviços em uma determinada área geográfica – ex. planilhas em Excel de definição de prioridades de submercados/cliente/licitação, planilhas de monitoramento do cumprimento das decisões do cartel, tabelas para definição de preços ou de divisão de clientes, sistema (explícito ou implícito) de rodízio ou de compensação, etc.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: (a) os participantes possuem ferramentas substancialmente diferentes e desconectadas de implementação das condutas.

A nosso ver, a análise desse parâmetro, em especial quando embasado em evidências do caso *in concreto*, também poderá vir a ser considerada como elemento preponderante na tomada de decisão, com forte peso em comparação com os demais parâmetros.

2.3. Mercado de produto/serviço

Na análise quanto ao mercado de produto/serviço (parâmetro objetivo) afetado pela colusão, propõe-se averiguar se as condutas afetam um mesmo mercado de produto ou de serviço, ou similares ou complementares, no qual os participantes da conduta (empresas e indivíduos) travam suas relações

de concorrência. A existência de submercados também deve ser considerada, em que pese possam existir diferenças no modo de produção/prestação do serviço pelas empresas atuantes em cada um dos submercados. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) existem barreiras à entrada (ex. tecnologia, barreiras técnicas, importações, etc.), e apenas (ou principalmente) os participantes conseguem entrar e se manter no mercado, de modo que utilizam seu poder de mercado em submercados para retaliar ou impedir o acesso de concorrentes atuantes em outros submercados; (b) o fornecimento do produto ou a prestação do serviço é vinculado ao preenchimento de um determinado requisito técnico (ex. atestações em licitações), de modo que os participantes da conduta são os únicos ou praticamente os únicos a preencherem tal requisito em uma série de contratações; (c) há um potencial de ampliação do escopo da investigação naquele mercado de produto ou serviço, afetando não apenas um determinado submercado/cliente/licitação, mas diversos outros que podem ter sido alvo da conduta anticompetitiva dos participantes que atuavam sob um mesmo *modus operandi;* e/ou (d) há mesas próprias para negociação de cada produto – ainda que não sejam produtos substitutos perfeitos –, mas com dinâmicas muito semelhantes e envolvendo participantes em comum (ainda que não todos), configurando compensações entre as empresas em mais de um mercado similar ou complementar.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: (a) existem barreiras regulatórias/técnicas que influenciam substancialmente a capacidade de entrada e manutenção das empresas no mercado, e os diferentes grupos de empesas atuam em mercados distintos; e/ou (b) o fornecimento do produto ou a prestação do serviço é vinculado ao preenchimento de um determinado requisito técnico (ex. atestações em licitações), mas as contratações trazem atestações bastante diferenciadas e/ou específicas, que alteram de modo substancial o grupo que preenche tais requisitos técnicos em cada uma das licitações, inviabilizando um arranjo *quid pro quo* (de compensações) entre as empresas.

2.4. Mercado geográfico

Na análise quanto ao mercado geográfico (parâmetro objetivo) afetado pela colusão, propõe-se averiguar se as condutas ocorreram no mesmo mercado geográfico ou se eles são similares ou complementares, de modo a viabilizar eventual compensação entre os participantes. Apresenta-se listagem

exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) os participantes em conluio conseguem vender produtos ou prestar serviços em diversas localidades – inclusive mundialmente –, de modo a permitir uma divisão de mercado de clientes/obras/regiões de atuação de cada um dos participantes.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: (a) os participantes em conluio agem em mercados geográficos distintos de forma separada, paralela e independente dos participantes de outro conluio, com objetivos próprios/específicos e sem um propósito ou meta comum.

2.5. Período da conduta

Na análise quanto ao período da conduta (parâmetro objetivo), propõe-se averiguar se as condutas foram implementadas durante o mesmo período de tempo, por períodos parcial ou totalmente coincidentes ou se foram complementares/continuados/permanentes. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *colusão única* quando: (a) as condutas são implementadas concomitantemente, sob a égide de um mesmo objetivo comum e de um mesmo modo de implementação; (b) as condutas, praticadas em períodos parcialmente coincidentes, refletem continuidade das práticas colusivas ao longo do tempo, ainda que com interrupções temporárias; (c) uma empresa interrompe sua participação na infração, mas participa dela antes e depois dessa interrupção e contribui para o propósito geral; (d) os períodos de implementação da conduta são complementares/continuados/ permanentes, utilizados como modo de divisão/rodízio entre as empresas.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: (a) as condutas colusivas acontecem em lapsos temporais significativamente distintos, sem liames de que a anterior tenha tido impacto/influência – explícito ou implícito – na posterior, e sem identidade de objetivo ou meta comum.

A nosso ver, a análise desse parâmetro tende a ser acessória, dado configurar apenas elemento de reforço na análise de preponderância de todos os outros parâmetros apresentados.

2.6. Tipologia da conduta

Na análise quanto à tipologia da conduta (parâmetro objetivo), propõe-se averiguar se os tipos de ajustes anticompetitivos realizados pelos participantes são iguais ou semelhantes. Dentre os principais tipos de cartel estão aqueles que constituem acordos para a fixação de preços, para a divisão de mercado, para a troca de informações sensíveis, acordos do tipo *hub-and-spoke*, acordos facilitados por um terceiro que influencia a adoção de conduta comercial uniforme, dentre outros, e suas respectivas nuances. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que que se considere ter elementos caracterizadores de <u>*colusão única*</u> quando: (a) o mesmo tipo de conduta é implementado pelos participantes (empresas e indivíduos), operacionalizado pelo mesmo tipo de instrumento/*modus operandi*.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de <u>*múltiplas colusões*</u> quando: (a) um grupo de participantes adota tipos de conduta anticompetitivas substancialmente diferentes e desconectados dos tipos de conduta implementados por outro grupo de participantes, ainda que no mesmo mercado – ex. um grupo de participantes troca informações comercial e concorrencialmente sensíveis sobre reajustes de preços, facilitado por uma associação, ao passo que outro grupo de participantes (ainda que haja certa coincidência) realiza encontros semanais para divisão de clientes em todo o mercado.

A nosso ver, a análise desse parâmetro tende a ser acessória, dado configurar apenas elemento de reforço na análise de preponderância de todos os outros parâmetros apresentados.

2.7. Empresas participantes

Na análise quanto às empresas participantes (parâmetro subjetivo), propõe-se averiguar se as mesmas empresas, no todo ou em parte, participam das condutas anticompetitivas investigadas. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma <u>*colusão única*</u> quando: (a) os participantes principais da colusão definem conjuntamente um objetivo global ou um propósito ou meta comum de cartelizar determinado mercado de produto ou serviços em uma determinada área geográfica; (b) os participantes principais da colusão são praticamente os mesmos ao longo do tempo naquele mercado de produto ou serviços, de modo que existe um "núcleo duro" de tomada de decisão, que coordena/organiza/fomenta as discussões anticompetitivas e agrega, a depender das circunstâncias específicas, outras empresas locais, entrantes, etc. Não é

necessário que todos os participantes se envolvam em todas as fases da conduta, de modo que os participantes podem mudar ao longo do tempo, desde que permaneça a característica do "núcleo duro" de tomada de decisões. Ademais, não é necessário que todos os participantes conheçam todas as atividades de cartelização e/ou o papel de todos os demais participantes para que se tenha uma colusão única.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de ***múltiplas colusões*** quando: (a) os participantes em conluio agem separada, paralela e independentemente dos participantes de outro conluio (ainda que haja alguma coincidência), com objetivos próprios/específicos e sem um propósito ou meta comum, sem mecanismos – implícitos ou explícitos – de compensação entre as formas de atuação dos dois grupos.

2.8. Indivíduos participantes

Na análise quanto aos indivíduos participantes (parâmetro subjetivo), propõe-se averiguar se os mesmos indivíduos, no todo ou em parte, participam das condutas anticompetitivas investigadas. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) os indivíduos principais da colusão definem conjuntamente um objetivo global ou um propósito ou meta comum de cartelizar determinado mercado de produto ou serviços em uma determinada área geográfica; (b) os indivíduos principais da colusão são praticamente os mesmos ao longo do tempo naquele mercado de produto ou serviços, de modo que existe um "núcleo duro" de tomada de decisão (seja ele quanto à própria pessoa ou quanto ao cargo ocupado pelo indivíduo responsável pela tomada de decisão na empresa), que coordena/organiza/fomenta as discussões anticompetitivas e agrega, a depender das circunstâncias específicas, outras empresas locais, entrantes, etc. Não é necessário que todos os indivíduos se envolvam em todas as fases da conduta, de modo que os indivíduos podem mudar ao longo do tempo, desde que permaneça a característica do "núcleo duro" de tomada de decisões. Também não é necessário que todos os indivíduos conheçam todas as atividades de cartelização e/ou o papel de todos os demais indivíduos para que se tenha uma colusão única.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de ***múltiplas colusões*** quando: (a) os indivíduos principais da colusão são divididos por submercados de produto ou serviços, de modo que não existe um "núcleo duro" de tomada de decisão (seja ele quanto à própria pessoa ou quanto ao cargo ocupado pelo indivíduo que toma a decisão nas

empresas), que coordena/organiza/fomenta as discussões anticompetitivas e agrega, a depender das circunstâncias específicas, outras empresas locais, entrantes, etc., ainda que haja alguma coincidência de pessoas do altíssimo escalão das empresas.

2.9. Elo comum de interligação

Na análise quanto aos elos comuns de interligação (parâmetro subjetivo), propõe-se avaliar se há algum elo/conector/*hub* que facilita a implementação das condutas. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) associação/sindicato/consultoria/empresa verticalmente integrada/agente público ou político/indivíduo "chave", dentre outros, atua como elo/conector/*hub* da conduta, organizando/facilitando/incentivando/viabilizando os contatos e o monitoramento do acordo colusivo entre os demais participantes envolvidos no esquema (*spokes*), e garantindo a existência e a implementação do objetivo global ou propósito ou meta comum.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: (a) os participantes agem de maneira separada, paralela e independentemente dos participantes de outro conluio, ainda que com a organização/ facilitação/incentivo/viabilização de um *hub*, sem ciência ou a capacidade razoável de prever/antever/especular existir um objetivo global ou um propósito comum de cartelização.

2.10. Escopo de clientes afetados

Na análise quanto ao escopo de clientes afetados (parâmetro subjetivo), propõe-se averiguar se as condutas afetaram os mesmos clientes (ou tipos de clientes), se há processos de compra semelhantes, e/ou se a natureza ou a necessidade de aquisição/contratação são comuns ou complementares em um determinado mercado de produto/serviços. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) o cliente for o mesmo (ou o mesmo tipo de cliente) e a aquisição/contratação for realizada em diversas parcelas/licitações/lotes, mas todos de um mesmo tipo de produto ou serviços; (b) a aquisição/contratação for de um mesmo tipo de produto ou serviço, com uma demanda/um processo de compra semelhante, ainda que haja diferentes

clientes, e haja ajustes entre os participantes para que diferentes clientes sejam compensados entre si.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: (a) a aquisição/contratação for de tipos diferentes de produto ou serviço, com diferentes clientes, ainda que com uma demanda/um processo de compra semelhante.

A nosso ver, a análise desse parâmetro tende a ser acessória, dado configurar apenas elemento de reforço na análise de preponderância de todos os outros parâmetros apresentados.

3. Conclusão

Diante da breve exposição sobre a experiência internacional e nacional, buscou-se identificar quais os elementos existentes para que se enxergue um caso concreto como um cartel único ou cartéis múltiplos. Foram propostos dez parâmetros para auxiliar na tomada de decisão quanto à existência de uma colusão única ou de múltiplas colusões.

Conclui-se no sentido de que essa análise dos parâmetros deve ser realizada com base no critério de preponderância. Isso significa que, no caso concreto, devem ser avaliados se preponderam parâmetros para uma colusão única ou se preponderam parâmetros para múltiplas colusões, sendo certo que, na maioria dos casos, haverá elementos apontando para ambas as direções. O que definirá a conclusão será, portanto, o peso a ser dado a cada parâmetro analisado *in concreto*, levando em conta os fatos de que se tem conhecimento e que se é capaz de comprovar no momento da tomada de decisão.

Em qualquer das duas hipóteses, há que se manter alerta a eventuais tentativas de manipulação dos fatos e evidências por parte das empresas e indivíduos que colaboram com as investigações, tanto em Acordos de Leniência[20] quanto em Termos de Compromisso de Cessação (TCCs)[21]. Há que

[20] Em sede dos Acordos de Leniência antitruste (nos termos dos Arts. 86 e 87 da Lei 12.529/2011), os participantes podem ter incentivos perversos a "fatiar" as condutas anticompetitivas em múltiplas colusões, a fim de receberem novos descontos de leniência plus. A Leniência Plus consiste na redução de um terço da penalidade aplicável à empresa e/ou à pessoa física que não se qualifica para um Acordo de Leniência com relação a um determinado cartel do qual tenha participado, mas que fornece informações acerca de um outro cartel sobre o qual a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) não tinha qualquer conhecimento prévio, nos termos do artigo 249 do RICADE e do artigo 86, §7º e §8º da Lei nº 12.529/2011.

[21] Em sede de negociação dos Termos de Compromisso de Cessação com o Cade, os

se ter em mente, também, que ao longo da investigação, a partir de novas informações e documentos obtidos sobre a colusão, seja possível realizar uma nova avaliação sobre o tratamento dos fatos e evidências como um cartel único ou como múltiplos cartéis, o que não invalida a tomada de decisão anterior, pois estará calcada na razoabilidade e na proporcionalidade, e baseada em critérios técnicos. Nessa situação, os investigados deverão ter garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, sem qualquer prejuízo que resulte em perda de direitos processuais garantidos pelo direito administrativo sancionador.

Relembra-se, por fim, que o objetivo deste artigo ao propor estes parâmetros – não exaustivos, mas exemplificativos, a serem avaliados em termos de preponderância, não cumulativos – é conferir maior segurança e previsibilidade à tomada de decisão, mas isso não descarta a inexorável subjetividade desse tipo de análise, tal qual apontado no *Grand Jury Manual* do DOJ nos Estados Unidos. O que se espera, portanto, é que a decisão seja tecnicamente motivada, levando em conta os fatos de que se tem conhecimento e é capaz de comprovar no momento da tomada de decisão. O caso concreto, portanto, deverá ser analisada e reanalisada constantemente, a fim de se verificar se há novos cartéis, caracterizando múltiplas colusões ou se se trata de uma ilusão de ótica, por se ter apenas um cartel único.

4. Referências

ALEXIADIS, P., SWANSON, D. G., GUERRERO A. Raising the EU evidentiary bar for the "single and continuous infringement" doctrine. *Concurrences nº 4-2016*. Article 10.

ANDRADE, André. Dos crimes continuado e permanente e a inconstitucionalidade da

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Ação Penal nº 2015/0023793-9. Agravante: Sérgio Manoel Nader Borges. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, 03 de maio de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1592442&num_registro=201500237939&data=20170503&for

participantes podem ter incentivos perversos para ampliar o escopo da investigação para além dos seus limites factuais (seja para que se argua descumprimento da obrigação de colaboração do Signatário, seja para que aquele Compromissário receba um desconto maior, ainda que dentro dos limites previstos no Regimento Interno do Cade) ou mesmo para reduzir o escopo da investigação (seja para que se argua descumprimento da obrigação de colaboração do Signatário, seja para reduzir a base de cálculo da sua penalização).

mato=PDF. Acesso em: 08.09.2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 2009.01.00.061960-9. Agravante: Eric Mignonat. Agravado: União Federal. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. Brasília, 03 de novembro de 2010. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1 &opTrf=proc&proc=200901000619609&enviar=Ok. Acesso em: 08.09.2017.

EUA. Antitrust Resource Manual. *Department of Justice*; *U.S. Attorneys*: 1997. Disponível em: https://www.justice.gov/usam/antitrust-resource-manual. Acesso em 28.07.2017.

ESTADOS UNIDOS. Braverman v. United 49 (1942)

___. Blumenthal v. United States, 332 U. S. 539 (1947)

___. Kotteakos v. United States, 328 U. S. 750 (1946)

___. United States v. PalermoPalermo, 410 F.2d 468, 469 (7th Cir. 1969)

___. United States v. Varelli, 407 F.2d 735, 739 (7th Cir. 1969)

___. United States v. Licausi, 413 F.2d 1118 (1969)

___. State v. Louf, 314 A.2d 376, (1973)

___. United States v. Richerson, 833 F.2d 1147, 1153 (5th Cir. 1987)

___. United States v. Ghazaleh, 58 F.3d 240, 245 (6th Cir. 1995)

___. United States v. Maliszewski, 161 F.3d 992, (1998)

___. Grand Jury Practice Manual. *Department of Justice*; *Antitrust Division*: 1991. p. VII-46. Disponível em: http://federalevidence.com/pdf/LitPro/GrandJury/ Grand_Jury_Manual .pdf. Acesso em 03.08.2017.

GUNIGANTI, Pallavi. DOJ takes more care with leniency markers, say acting antitruste head. *Global Competition Review: 3 February 2017*. Disponível em: http://globalcompetitionreview.com/article/1080948/doj-takes-more-care-with-leniency-markers-says-acting-antitrust-head?utm_source=Law%20Business%20Research&utm_ medium=email&utm_campaign=7981978_GCR%20USA%20Headlines%2006%2F02%2F2017&dm_i=1KSF,4R2XM,NP6372,HU6AX,1. Acesso em 28.07.2017.

MAILLARD, Jean-Nicolas; KERES, Camille. Single Continuous Infringement. December 2014. Disponível em: http://www.steptoe.com/assets/htmldocuments/88_-_Single_continuous_infringement.pdf. Acesso em 23.08.2017.

NETO, Alcides da Fonseca. O Crime Continuado. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2004, p. 23-24

UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Decisão de 31 de Maio de 2006, relativa a um processo de aplicação do artigo 81 do Tratado CE e do artigo 53 do Acordo EEE. Processo COMP/F/38.645 — Metacrilatos. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38645/38645_424_1.pdf

___. Decisão de 24 de Janeiro de 2007, relativa a um processo de aplicação do artigo 81 do Tratado CE e do artigo 53 do Acordo EEE. Processo COMP/F/38.899 — *Gas Insulated Switchgear*. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38899/38899_1030_10.pdf

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção). Acórdão de 17 de Dezembro de 1991. Enichem Anic SpA contra Comissão das Comunidades Europeias. Processo T-6/89. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=102808&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=593387

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção Alargada). Acórdão de 15 de Março de 2000. Cimenteries CBR e o. contra Comissão das Comunidades Europeias.

Processos apensos T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=85181&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=593387

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção). Acórdão de 8 de Julho de 2004. JFE Engineering Corp., anteriormente NKK Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp. e Sumitomo Metal Industries Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias. Processos apensos T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49365&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=593387

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Geral (Terceira Seção). Acórdão de 12 de dezembro de 2012. Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall contra Comissão Europeia. Processo T-410/09. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131702&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=593387

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Geral (Primeira Secção). Acórdão de 17 de maio de 2013. Trelleborg Industrie SAS e Trelleborg AB contra Comissão Europeia. Processos apensos T‑147/09 e T‑148/09. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf ?text=&docid=137503&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=593387

DATA-DRIVEN MERGERS: A CALL FOR FURTHER INTEGRATION OF DYNAMIC EFFECTS INTO COMPETITION ANALYSIS[1]

Andressa Lin Fidelis

Abstract: This article assesses the increasing concentration of data-driven platforms, and argues that a dynamic analysis is better equipped to address challenges stemming from data-driven merges in the digital markets. It first analysis the intersection between big data, entry barriers and innovation. Secondly, it presents the legal and economic implications of considering trends and future market conditions into the merger review. Finally, by revisiting the European Commission approval of the Facebook/WhatsApp merger, this article considers the need for defining a market for data, the possibility of eliminating a potential competitor, the incentives to tip a connected market and to reduce quality in terms of privacy degradation.

Resumo: Este artigo avalia a crescente concentração de plataformas digitais baseadas em *big data*, e argumenta que uma análise dinâmica é melhor equipada para endereçar os desafios originados de tais plataformas nos mercados digitais. Primeiramente, analisa-se a intersecção entre *big data*, barreira de entrada e inovação. Posteriormente, avalia-se as implicações legais e econômicas de se considerar tendências e condições de mercado futuras na análise de atos de concentração. Finalmente, por meio da reanálise da decisão de aprovação da Comissão Europeia referente à aquisição do WhatsApp pelo Facebook, este artigo considera a necessidade se definir um mercado relevante para dados, a possibilidade de se eliminar um concorrente potencial, alavancar poder de mercado para um mercado conexo, e reduzir qualidade em termos de degradação de privacidade.

Keywords: Facebook/WhatsApp, merger control, big data, dynamic analysis, network effect, privacy.

Palavras-chave: Facebook/WhatsApp, atos de concentração, *big data*, análise dinâmica, externalidades de rede.

[1] This article was originally published on November 20, 2017 in the November 2017 edition of CADE´s Revista da Concorrência including an extra section on privacy and competition law & economics.

1. Introduction

Data-driven mergers are the transactions that aim at acquiring, combining and/or monetizing large amounts of commercially valuable data gathered from multiple sources and formats[2]. In the digital markets (e.g., e-commerce, social networks, search engines, online advertisement, etc.), examples can be found in the mergers between *Verizon/Yahoo!* (2016), *Microsoft/LinkedIn* (2016), *Facebook/WhatsApp* (2014), *Google/DoubleClick* (2008), etc.[3].

Those transactions benefit from the developments of artificial intelligence, data mining and machine learning, allowing data to be analyzed for insights that can reduce product and process innovation costs. Indeed, consumers' data is at the core of the business model[4] and largely explain the market power enjoyed by the world's most valuable public companies, namely Apple, Alphabet, Microsoft, Amazon, and Facebook[5].

Although data-driven markets bring several challenges such as the interplay between privacy and competition law[6], transparency and robo-sellers

[2] Doug Laney crafted the pioneer definition of big data in three dimensions: (i) volume: data comes in large amount and it is collected from a variety of sources such as business transactions, social media, information from sensor, machine-to-machine, etc.; (ii) velocity: data streams in at an unprecedented speed and must be dealt with in near-real time; and (iii) variety: data can be structured and unstructured and comes in all types of formats, e.g., numeric or text documents, e-mail, video, audio, etc.. See Laney (2001). More recently, extra dimensions have been added, including: (iv) variability; (v) veracity; (vi) validity; (vii) vulnerability; (viii) volatility; (ix) visualization; and (x) value. See Firican (2017).

[3]Verizon/Yahoo!, Case M.8180, EC's Decision on 21.12.2016; Microsoft/LinkedIn, Case M.8124, EC's Decision on 6.12.2016; Facebook/WhatsApp, Case M.7217, EC's Decision on 03.10.2014, and; Google/DoubleClick, Case M.4731, EC's Decision on 22.07.2008. Other big data mergers include Facebook/Instagram for $1 bn (2012), Alphabet/Waze for $1.2 bn (2013), among others (The Economist, 2017).

[4]Described as a "raw material for digital business models", personal information has become a factor of competition used to improve products and targeted advertising. See Monopolkomission (2015, p. 36).

[5] Based on the Financial Times Global 500 ranking of 2017, Apple, Alphabet (Google), Microsoft, Amazon, and Facebook are among the 8 publicly traded companies having the greatest market capitalization.

[6] This article notes that refraining from accounting for any post-merger privacy harm is a relevant drawback of the current merger control enforcement. For exceptions of this

cartels[7], this article focus on the economic characteristics of big data and the role of a dynamic analysis to review the increasing concentration of super data-platforms. Specifically, this article proposes a re-analysis of the European Commission ("EC") merger investigation regarding Facebook/WhatsApp to test what would have changed if a more forward-looking analysis were taken into account.

The remaining of this report is organized as follow: **Section 2** analyzes whether information can yield data-driven platforms an unreplicable competitive advantage. **Section 3** explains how dynamic analysis can contribute to improve data-driven mergers' review. **Section 4** evaluates what could have changed if a more dynamic analysis were adopted in the Facebook/WhatsApp merger analysis. **Section 5** concludes by summarizing the main takeaways and proposing that dynamic effects, consumer choice, and merger control be analyzed more holistically.

2. Data-driven markets: can a concentrated market still be competitive?

Although Apple, Alphabet/Google, Microsoft, Amazon and Facebook have enjoyed high market shares, reaching billion of users, and significant profits[8], some for over a decade now (EDPS, 2016), some experts claim that data-driven markets have nearly zero entry barriers because data is ubiquitous, low cost, and widely available[9]. At anytime, coming from a garage somewhere, Schumpeterian "gales of creative destruction" could displace Google or Facebook in the same way that they displaced Yahoo! and MySpace.

---

trend, see Bundeskartellamt's investigation on Facebook's alleged abuse of privacy terms (Press Release, March 2, 2016), and the Italian Competition Authority investigation on WhatsApp's Term of Use (May 11, 207).

[7] On the debate about how price transparency can backfire via anticompetitive price discrimination and logarithm collusion, see OECD (2016), OECD (2017), Schrepel (2017).

[8] According with Jonathan Taplin, Alphabet/Google has 88% search advertising and is valued at $530.6 bi, Amazon has 75% in online book sales and is valued at $362.4 bi, and Facebook/Instagram/WhatsApp 74% market share of mobile social and is valued at $357 bi. Google and Facebook have each nearly 2 billion customers. See the Conference: Does America have a concentration problem? March 28, 2017, Chicago, US, https://research.chicagobooth.edu/stigler/events/single-events/march-27-2017.

[9] In November 26, 2012, Ron Wyden, U.S. senator, declared in the FTC's investigation against Google's search bias case: "compared to almost any other market in the history of antitrust regulation, online search has effectively zero barriers to entry", https://www.wyden.senate.gov/download/?id=94C57310-59D3-4D6E-84BE-FF957413BCC3&download=1.

Thus, most calls for more antitrust intervention against data-driven platforms should be regarded as merely "antitrust populism" (Lamadrid and Villiers, 2017, p. 3).

On the other hand, many consider that data's nature favors long lasting dominance and are concerned about the entrenchment of data-driven platforms to the detriment of innovation[10], consumer welfare[11], and even democracy[12]. The so-called Brandeisian movement considers that the fear of antitrust agencies of overreaching fails to serve the public[13]. In face of the "tsunami" of digital mergers, US Senators doubt that the agencies are getting the job done (Dayen, 2016).

To assess whether informational power can become monopoly power, this article focus on three main characteristics of data-driven markets: (i) data as a competitive advantage asset; (ii) higher entry barriers mainly caused by indirect network effects; and (iii) the tendency for market tipping in favor of the data-driven incumbent.

2.1. Data as a competitive advantage

Due to the alleged non-rivalrous[14] nature of data, some authors claim that no incontestable market power could be derived from it (Tucker and Wellford, 2014). Indeed, factual information such as name, age, gender, home address, etc. are commonly provided to multiple entities, but they are not the kind of inputs that search engines, social networks or e-commerce need to provide relevant services to both sides of their platforms (CMA, 2015, paras 2.53-2.54). The volume, scope, and precision of analysis of data gathered nowadays cannot be compared to a brick-and-mortar world.

Successful data-driven platforms have an established user base allowing them to collect, store and process large, real-time data about users last

[10] As observed by The Economist (September 17, 2016) the number of startups in the US is the lower since the 1970s.

[11] Authors like Stucke and Grunes (2017 and 2016) have tackled the commonly asserted "myths" regarding the contestability of data-driven markets.

[12] See Dayen (2017).

[13] As described by Dayen (2017, p. 4-5), the "New Brandeis movement" is formed by a group of scholars that has rebelled against Chicago-school dictates. For the Supreme Court Judge Louis Brandeis: "we can have democracy in this country, or we can have great wealth concentrated in the hands of a few, but we can't have both."

[14] A non-rivalrous good means that the cost of providing it to a marginal individual is zero (Cornes and Sandler, 1968). In big data, it means that the same data may be used by different firms at the same time.

minute interests, sentiments, influence, and behavior[15]. Specifically, search engines care about search queries history and clicked links. Social networks care about profile information, and constructing the user's social graph. E-commerce cares about users' purchase history. This information is far from being easily collected and it is not readily available on the market (Grunes and Stucke, 2015).

Moreover, the fixed costs involved in setting up the necessary tools for collecting and analyzing data are high. Third party access is also a remote possibility. While platforms like Facebook and LinkedIn prohibit third parties from scrapping content off its platforms, Google restricts portability of advertising campaigns (Graef, 2015), not to mention all the patents involved. This is because data is the input that strength both sides of their platforms: (i) advertisers benefit from better targeted advertising business possibilities; and (ii) users benefit from the higher quality of the functionalities offered.

Big data advantage also allows dominant platforms to closely oversight (or nowcast[16]) not only consumers' behavior and markets' trends, but also the development of rivals' business model and nascent threats. No wonder why almost every (realistic) start-up's dream is to be acquired by, rather than become the next big data titan (The Economist, September 2016).

Regardless of being considered, the "new currency of the internet" (Vestager, 2016), the oil of the XXI century (The Economist, May 2017), the important antitrust factor is that big data is commercially valuable – as we can tell by the value of their billionaire acquisitions[17] –, a driver of change, a competitive advantage for incumbents[18], and entry barrier for entrants (Graef, 2015).

[15] Big data has to be processed by logarithms and AI to become valuable. However, the comparative importance of the former compared to the later has been addressed even by Google's chief scientist in 2010, who peremptorily affirmed that "we don't have better algorithms than anyone else. We just have more data". See Asay and O'Reilly (2010).

[16] Nowcasting is defined as the prediction of the present, the very near future and the very recent past in economics, https://en.wikipedia.org/wiki/Nowcasting_(economics).

[17] Only Facebook/WhatsApp and Microsoft/LinkedIn transactions amount for more than $48 billions.

[18] In the EU, the legal test and threshold for treating an input as an essential facility is significantly high, see the ECJ in IMS Health (case C- 418/01, para. 34-52) and Bronner (case, C-7/97, para.44-45). The US case law is even more averse to applying the doctrine. From an economic point of view, a dynamic framework may be more productive to address data issues than the essential facility doctrine.

2.2. Entry barriers & data-driven indirect network effects

With respect to entry barriers, the challenge pose by data-driven markets is that on top of the traditional network effects[19], there are the effects derived from scale[20] (i.e., learning-by-doing) and scope[21] (i.e., multiple data aspects of one user), and what some author have called spill-over or "data-driven indirect network effect" (Prüfer and Schottmüller, 2017), which have widen the gap between incumbent and entrants relevance of service. Indeed, the existence of an indirect network effect that crosses customer groups is what characterizes a business as multi-sided[22] (Graef, 2015, p. 476).

Prüfer and Schottmüller (2017) propose an innovative dynamic model of R&D competition to show that, due to indirect network effects, data-driven markets become stably monopolized ("tip") under very mild conditions[23]. The model's fundamental mechanism is to treat demand side-generated user preferences or characteristics as an input into the supply side-run innovation process. Thus, user information is an input into a firm's efforts to improve its perceived product quality and therefore reduces firm's cost of innovation. In the case of search engines, e.g., users' clicking behavior is the driver for indirect network effects.

As explained by the authors, a key feature of the "datafication" process is the growing importance of the indirect network effect, which combine the machine-generated data about user information, as a by-product of

[19] A network effect is either direct when the consumers' utility increases as the number of consumers grows, or indirect when the increasing number of consumers of a good leads to more complementary products or services that raises the value of the network (Katz and Shapiro, 1985). In the case of search engine services, the indirect network externality lies on the fact that the search results increase in relevance the more search data become available to the search engine (Argenton & Prüfer, 2012).

[20] Economies of scale arise when the incremental costs of creating additional units decline as the scale of production increases (Shapiro and Varian, 1999). In data-driven markets, users and advertisers expect to gain more value and are attracted to platforms with the largest group of customers.

[21] As suggested by Stucke and Grunes (2017), entry barriers are originated from four network effects: (i) classic network effects; (ii) network effects arising from the scale of data; (iii) network effects from the scope of data; and (iv) how network effects on one side of a platform can spill over to the other side.

[22] We agree with Prüfer and Schottmüller (2017) who does not define search engines and social networks as two-sided, but as semi-two-sided, as a higher number of advertisers do not necessarily benefit users.

[23] The authors adopt a model where duopolists repeatedly choose their innovation investments to compute the subgame-perfect Nash equilibria with a finite time horizon.

using goods and services that are connected to the internet, with a reduction in the marginal cost of innovation on the supply side, s.t. the marginal cost of innovating c(x, D_i), is decreasing in demand: $c_{x,D_i} < 0$[24].

As concluded by the authors, such combination cannot be easily copied by rivals or overcome by a disruptive innovator. Thus, data-driven markets do seem to pose higher barriers to entry resulting from the indirect network effects. Indeed, as observed by Stucke and Grunes (2017), if barriers to entry were low, Google wouldn't have intentionally degraded quality to favor its vertical service, and Microsoft wouldn't have spent over $4.5 billion to develop the algorithm and capacity to operate Bing – without virtually any success.

2.3. Market tipping & innovation

Prüfer and Schottmüller (2017) show that there is a strong first-mover advantage in data-driven markets, which tip under very mild conditions. In the game proposed by the authors, it means that when quality difference is sufficiently large, firms do not value future too much (δ is sufficiently low), and innovating is not so expensive, eventually, one firm will dominate the market by having full demand in every second period.

An alarming feature of a tipped market is that "there are very little incentives for both the dominant firm and the ousted firm to further invest in innovation" (Prüfer and Schottmüller, 2017, p. 2). This is because, by backward induction, the smaller firm will choose not to invest in innovation since it knows that the dominant firm will be able to match any investment at a lower marginal cost. Knowing this, the dominant's best response is also not to invest. Thus, market tipping cannot only raise barriers to entry, but it can also harm consumers due to the resulting underprovision of innovation.

When a market favors a "winner takes all outcome where monopoly is the nearly inevitable outcome of market success" (OECD, 2014, p. 60), competition authorities should have more reasons to be concerned about mergers that can tip the market, either in the service or product market where the acquirer already enjoys a large share, either in connected markets in which the acquirer can leverage its position, using information gained in his market of origin to tip a second or multiple markets (domino effect) (Prüfer and

[24] According with the model, the firms have to incur in the following investment cost to increase its quality by x unit: $c(x,Di) = \gamma x2/2 + \alpha x[1-Di(\Delta)]$, where γ is a parameter that measures the difficulty to innovate, α is a parameter that measures data-driven indirect network effects, Di is the demand in T-1, and Δ is the quality difference between the 2 firms.

Schottmüller, 2017), as detailed in Section 4 below.

Alternatives to guarantee market contestability in data-driven markets include fostering consumers' data ownership and portability initiatives[25]. Also, data sharing of anonymized user information could allow competitors to overcome the incumbent's data advantage (The Economist, March[26] and May[27], 2017), while eliminating the mechanism causing data-driven markets to tip[28-29].

In sum, data can become an insuperable competitive advantage when: (i) acquirer's dominant position has been stable for a significant period; (ii) data is not easily replicable and the incumbent relies on exclusivity and IP rights; (iii) data-driven indirect network effects are strong; and (iv) the mergers can help the product market or a correlated market to tip.

3. Incorporating a more dynamic approach into merger analysis: what does it mean?

According with Ginsburg and Wright (2012, p. 1-3), dynamic competition models refer to the relationship between present competitive activities and the prediction of future market conditions such as "entry, investment, innovation, price, output, and quality"[30]. As defined by Sidak and Teece (2009), an analysis that favors dynamic competition over static competition would place less weight on market share and concentration and

[25] In the EU, beginning in May 2018, the Regulation 2016/679 will impose an obligation on firms to enable individuals to take their personal data with them when they quit using an online service.

[26] In the EU, beginning in January 2018, the Second Payment Service Directive (PSD2) will compel banks to share customer-account information with licensed financial-services providers, under the consent of the account-holder.

[27] Ben Thompson, suggested that dominant social networks should be required to allow access to their social graphs, and highlighted that Instagram got off the ground by having new users import the list of their followers from Twitter.

[28] If, e.g., Facebook does not have exclusive rights of user information, competitors face the same cost function, and there is no cost advantage in producing quality. See Prüfer and Schottmüller (2017).

[29] Effects on total welfare are mixed because if there is no tipping, investments costs are duplicated. However, if data-driven indirect network effects are sufficiently high, data sharing obligations can increase total welfare. See Prüfer and Schottmüller (2017).

[30] According with the authors, the term "dynamic analysis" has been used in at least two different ways: (i) to incorporating the creation of new products and business models into the static model of competition; and (ii) the relationship between present competitive activities and future market conditions.

more weight on assessing potential competition[31] and enterprise-level capabilities[32].

Empirical analysis of mergers has been traditionally dominated by static microeconomic theory, holding fixed the set of incumbent firms and products in the market[33-34]. However, there are important reasons why merger analysis should further incorporate a dynamic approach. In the merger context, the static criterion to assess competition is the immediate price effects in a given market (as well as change in market shares), while a dynamic evaluation also considers the innovation process (Marshall and Parra, 2016), as well as post-merger changes in firms' incentives and behavior.

As observed by Sidak and Teece (2009, p. 41): "[t]he question should be framed not in terms of whether product-market competition will be impaired, as that is too much of an immediate concern, but in terms of whether capabilities will be brought under unitary control, thereby possibly thwarting future variety in new product development". As recognized by the *Autoritat Catalana de la Competència* (2016), a dynamic perspective of competition it is desirable to assess to what extent the integration would boost the incumbent's data advantage, hinder rivals from access to viable alternatives, or allow for exclusionary practices, limiting innovation in the near future.

This sort of exercise is imperative in data-driven mergers for at least two reasons: (i) data can be considered as a market in itself; and (ii) a dominant position in one data-driven market can be used to gain a dominant position in a second market that is (initially) not data-driven (Prüfer and Schottmüller, 2017).

---

[31] Sidak and Teece (2009) argue that competition authorities should take potential competitors and their capabilities more seriously, as new entrants almost always drive innovation in established industries.

[32] Id. As capabilities transcend products, they are defined as "upstream resources" and are a better proxy for the firm's competitive position than is its downstream market share" (p. 38). In a dynamic context, a firm will have a kaleidoscope of products, yet the underlying capabilities are likely to be more stable (p. 39).

[33] According to OECD (2007, p. 22), dynamic efficiencies are processes that occur over time or multiple time periods and lead to lower costs, new products, or improved products, e.g., innovation and learning by doing. See Sidak and Teece (2009).

[34] Merger analysis incorporates predictive fact-finding in terms of the likelihood of a successful entry, and the effects on prices post merger. To a less extent, competition authorities also apply a forward-looking analysis of future effects of efficiencies and innovation. See Ginsburg and Wright (2012).

3.1. Forward-looking approach to market definition

Except for Twitter, platforms like Amazon, Google, and Facebook do not currently trade data with third parties, which seems to be the reason why the EC has defined the markets for, e.g., targeted ads, search engines and social networks, but not for user data[35]. However, "by defining a wider market for data, competition authorities and courts will be able to take a form of potential competition into consideration whereby online platforms providers also compete in a market for data" (Graef, 2015, p. 492).

As noticed by Graef (2015), a dynamic approach to market definition would be useful to evaluate the competitive situation beyond the relevant market for the current services offered to users and advertisers, and to assess competitive situations in a potential market for data used for improving the services provided on online platforms [36].

This goes in line with the opinion of the US FTC Commissioner Pamela Harbour, who suggested defining "a putative relevant product market comprising data that may be useful to advertisers and publishers who wish to engage in behavioral targeting." In the Commissioner's view, this market definition would be more realistic[37].

3.2. Connected markets and the domino effect

Defining a *potential market for data needed to provide services for users and advertisers* would also be helpful to understand the incentives of data-driven platforms to leverage market power to an adjacent or "connected" market, and repeatedly in other markets ("domino effect"). As defined by Prüfer and Schottmüller (2017), connected markets are "situation where user information gained in market A is a valuable input to improve one's perceived product quality in market B". Moreover, "firm 1 will enter market B when it has become sufficiently dominant in market A"[38].

---

[35] For instance, see Facebook/WhatsApp (2014) and Google/DoubleClick (2008).

[36] For more details on the possibility of defining a "potential market for data needed to provide services to users and advertisers" see Graef (2015, p. 493).

[37] Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, 20 Dec. 2007, p. 9, http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/ public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf.

[38] "[W]e applied the model and exemplified the domino effect by showing that Google's strategy to invest in many apparently unrelated markets can be rationalized by our model: these markets are either already connected (by user information driving indirect network effects in each of them) or the firm is trying to identify business models where user information from existing markets can serve as a valuable input into traditional

In the discussed model, entering and dominating a connected market will be possible when firm 1: (i) develops a service or product that makes good use of user information gained in one's original market; and (ii) possess a lot of relevant user information in its home market (Prüfer and Schottmüller, 2017, p. 17). This theory largely explain Google's successful business model of acquiring and entering markets far from its core business (e.g., driverless cars, "smart home" appliances, and healthcare[39]), but that can all benefit from access to a common pool of user information.

After the antitrust dismantle of conglomerates in the 1980s, intervention in conglomerate markets has been exceptionally rare (OECD, 2007). However, the rational that conglomerate mergers do not change the incentives of the merged firm to change its behavior (Bork, 1978) does not seem to hold in the context of data-driven markets: what may looks like a messy conglomerate on the surface, can have a lot more synergies underneath. Due to data-driven indirect network effects, a conglomerate merger can allow higher concentration in the potential market for user information and the possibility of tipping in correlated markets.

3.3. Do we need new tools?

By disregarding dynamic effects a competition authority may forego potential consumer benefits or harm from these effects (OECD 2007, p. 226), especially in markets that are rapidly evolving and in areas where confidence in predictive fact-finding is supported by sound economic theory and empirical evidence (Ginsburg and Wright, 2012). However, as framed by Commissioner Margaret Vestager (2016), "we don't need a whole new competition rulebook for the big data world. (…) what we do need is to pay close attention to these markets and to take action when it's necessary".

Despite the institutional difficulties and personal limitations, competition authorities can overcome the challenges of dynamic analysis by: (i) compelling customer, suppliers, and rivals to identify potential competitors and possible technological developments; (ii) conducting industry-specific studies on innovation; (iii) hiring industry experts to become informed about unfolding innovation; and (iv) conduct consumer surveys to determine what kind of product development consumers would (not) value. Those measures can help authorities to better construct likely hypothetical scenarios about how a

markets." (Prüfer and Schottmüller, 2017, p. 20-31).

[39] See "Google transforms into new Alphabet tech conglomerate", Financial Times, by Richard Waters and Eric Platt, August 11, 2005, https://www.ft.com/content/9a291bf8-3fa2-11e5-b98b-87c7270955cf.

proposed data-driven merger can change the future market conditions.

4. Could a dynamic analysis have changed the outcome of Facebook/WhatsApp?

As reported by OECD (2016), with WhatsApp owning the leading messaging platform and Facebook offering the most widely used social network, the merger between the two companies has been a focal point in the debate about big data, competition and privacy.

On October 3, 2014, two months after its notification, the EC cleared the merger between Facebook and WhatsApp. At that time, Facebook had 1.3 billion users, while WhatsApp had around 600 million users[40]. The EC assessed the impact of the transaction on three services: (i) consumer communications; (ii) social networking; and (iii) online (non-search) advertising. In sum, the EC concluded that the parties were distant competitors in markets (i) and (ii), and that consumers and advertisers would continue to have a wide choice of alternatives in, respectively, markets (i) and (iii) post-merger.

The transaction was approved even considering the possibility of automated user matching – which was denied at the time of the notification[41] – , as a large amount of internet user data valuable for advertising would continue to exist. However, in August 2016, WhatsApp announced that it would start disclosing the phone number and analytics data of its users to Facebook[42]. In May 18, 2017, EC fined Facebook €110 million for providing misleading information regarding the alleged technical impossibility of matching users of both platforms.

Finally, in the EC's view, any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the merger do not fall within the scope of the EU competition law rules but

[40] According to para. 128 and FN 76 f the EC's Decision.

[41] At the time of the acquisition, Facebook said that it was not technically possible to match WhatsApp users' ID with Facebook accounts because most people did not load the phone number used to register on WhatsApp onto their Facebook profile. Subsequently, in August 2016, WhatsApp announced, among other updates on its terms of service and privacy policy, the possibility of linking WhatsApp user phone numbers with Facebook user identities. See, EC Press release on May 18, 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm.

[42] According to WhatsApp, data-sharing will allow Facebook to use a person's phone number to improve other Facebook-operated services, such as making new Facebook friend suggestions, or better-tailored advertising. See Isaac and Scott (August, 2016) and NYT (2016).

within the scope of the EU data protection rules[43].

We believe that the adoption of a more dynamic oriented approach could have included the following subjects in this merger analysis: (i) a forward-looking relevant market definition; (ii) the elimination of potential competition; (iii) connected markets and domino effect; and (iv) quality degradation in terms of lower privacy protection.

4.1. A dynamic market for data

Even without defining and analyzing a market for the provision of data, the EC concluded that post-merger, "there will continue to be a large amount of Internet user data that are valuable for advertising purposes and that are not within Facebook's exclusive control"[44].

The EC referred to data collection across the web in general, without differentiating between different types of advertising, considering Google, Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo, Twitter, IAC, LinkedIn, Adobe and Yelp as market participants that collect user data alongside Facebook[45]. As we saw in **Section 2.2.**, the first caveat is that not all those firms collect the kind of data that can compete with the granular, up-to-date user data collected by Facebook.

From a static perspective, were the market to be defined as "non-search advertising on social network", as initially ventilated by the EC Decision[46], we would see that the data collected by the platforms mentioned above are not substitutable from the demand or producer side[47]. This is because,

[43] See para. 164, p. 29, EC Decision.

[44] See para. 189, EC Decision.

[45] See para. 188-189, EC Decision.

[46] See para. 76 an 77, EC Decision: (76) (…) search and non-search ads are not substitutable as they serve different purposes (for search ads, mainly generating direct user traffic to the merchant's website, while, for non-search ads, mainly building brand awareness) and, as a result, most advertisers would not be likely to switch from one type to another in the event of a 5-10% price increase. (77) (…) A number of respondents considered that other forms of non-search advertising are not as effective as advertising on social networking websites and notably on Facebook, due to Facebook's large and highly engaged audience and its ad targeting opportunities.

[47] Twitter data seems like the only good substitute for Facebook data - although the inverse does not seem to hold. See the arguments made by John David Rich in PeopleBrowsr v. Twitter (2012) affirming that tweets are "contemporaneous reports on users' experience that provide unique feedback regarding consumers' reactions to product and brands" and that the possibility of respond and retweet "provides unique

as seen in **Section 2.2**., Facebook collects data on social graph, interactions, and profile information, while Apple, Amazon and eBay collect data mainly on purchase behavior, and Google, Yahoo/Bing on search queries and clicked links. Data collected by search engines can be use to provide online search advertising but is hardly be used to provide social networking advertising.

From a dynamic perspective, if the EC had gone beyond the current services being offered by the merging parties, and realized that users' data, as an upstream resource, is a better thermometer of competitiveness than downstream market shares, a relevant market for data could have been defined.

Firstly, following the approach suggested in **Section 4.1.**, if we identify the market as "data needed to provide non-search advertising and relevant services in social network", Facebook/WhatsApp merger would render Facebook dominance even more indisputable for both sides of the platform. Unlike the EC, we do not see how "Google+, LinkedIn, MySpace, Pinterest and InterNations"[48] could impose a competitive constraint to Facebook's near 2 billion users platform, as none of them have similar scale or network effects and, in the case of LinkedIn, it is a professional, and not a social network as Facebook. In this scenario, the merger analysis would likely conclude that Facebook is dominant in the market for advertising on social networks and, thus, integrating with WhatsApp's data could have enhanced Facebook's market power.

Secondly, we note that even if the market was more widely defined as "data needed to provide non-search advertising", the merger would reinforce a duopoly and lead to weaker contestability as only Google could pose a competitive constraint in this market[49].

4.2. Elimination of potential competition

As pointed out by many critics[50], the reason why Facebook was paying nearly $22 billion to buy a firm with modest revenues[51] and less than 60 employees, lies in the fact that WhatsApp, by scanning millions address books,

insight about which members of communities are influential).

[48] See para. 62, EC Decision.

[49] We also disagree with the EC Decision that "Yahoo!, MSN and local providers" would represent a "sufficient number of alternative" to compete against Facebook ad targeting opportunities and high return on investments. See para. 177, EC Decision.

[50] The Economist (May, 2017), EDPS Opinion 8/2016, among others.

[51] After transactions like Facebook/WhatsApp, authorities have incorporated an additional threshold based on the value of the transaction to the current turnover threshold. See OECD (2016, p. 20) and Monopolkommission (2015).

had built an alternative "social graph", the network of connections between friends, which is indeed Facebook's most valuable asset. WhatsApp functionalities were becoming closer to offer a broader digital social experience, as provided by Facebook[52]. Therefore, Facebook was eliminating a nascent threat[53] in the social network services, and the merger would rend Facebook's dominant position in social network even less contestable in the future.

Also, in the market for online advertising services, the merger was excluding the possibility of WhatsApp to serve non-search ads on its platform as an independent competitor. As observed in the dissenting statement in the FTC approval of Google/DoubleClick, also in Facebook/WhatsApp merger with respect to non-search targeted ads, the indirect network effects may not have been taken into account and the barriers to entry raised by the merger would mean that the advertisers would not have any alternative but to resort to the merged entity[54].

4.3. Tipping a connected market

As the EC frames the Facebook/WhatsApp merger, there was no concentration problem in the market for target advertising as automated matching Facebook users' ID with WhatsApp users' ID was not technically possible, and even if merging data was possible, WhatsApp "limited" user information could not add much value to Facebook's data hoard[55].

First, we understand that WhatsApp data (i.e., user name, picture, status message, phone number, agenda, etc.) could be used to improve Facebook relevance of service and future advertising purposes in the future. As data collected via mobile data analytics is more personal, geo-located, and can be cross-referenced with call behavior, it could help Facebook to improve some of its functionalities, like suggesting friends, as it is actually doing[56]. Merging data could also be relevant for launching new AI services in the future.

---

[52] As argued by many third parties, allowing for video calls, content exchange, creation of big groups, desktop access, etc., it seems that WhatsApp was already a provider of social networking services and should have been considered as a competitors of Facebook. See para 144, EC Decision.

[53] The Economist (May, 2017), p. 9;

[54] Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour in Google/DoubleClick.

[55] See paras 71, 180-188, EC Decision.

[56] See http://www.nytimes.com/2016/08/26/technology/relaxing-privacy-vow-whatsapp-to-share-some-data-with-facebook.html?_r=1.

Secondly, from Facebook's perspective, more crucial than to improve its data was to start serving ads in other markets. As pointed out by Fiegerman (2017), before the transaction, Facebook was hitting its maximum capacity for how many ads it could serve in its social network platform (included Instagram). Likely, the merger would expand Facebook's presence in the mobile target advertising, and allow it to serve ads not only in its own communication app (i.e., Messenger[57]), but also in WhatsApp's[58].

Thus, as suggested by the theory (Prüfer and Schottmüller, 2017, p. 16-17) provided in **Section 4.2.**, Facebook was looking for a connected market to develop a service or product (i.e., chatbots) that makes good use of user information gained in Facebook's original market. Thus, evidence and economic theory indicates that Facebook's main reason to acquire WhatsApp seems to leverage its granular user data already collected on Facebook in order to start serving targeted ads in WhatsApp, a connected market (initially) not data-driven. As we saw from the theory, due to indirect network effects and the decreasing marginal cost of innovating, Facebook can cause the consumer communication app market to tip in favor of WhatsApp.

Thus, post-merger, services like Telegram would no longer be a relevant competitive constraint to WhatsApp[59], which will be able to use its collective data with Facebook to innovate much cheaper and capture full demand in the consumer communication apps market (**Section 2.4**.).

4.4. Privacy and quality degradation

Although privacy is not the focus of this research, a more dynamic approach would have urged the EC to analyze whether consumers would be harmed by any privacy degradation, even if there was no breach of privacy

[57] Spring, Facebook's mobile shopping start-up, is an interface that allow users to begin a personal conversation with a "chatbot" that will show them a smattering of thing they may like. See Isaac (April, 2016).

[58] WhatsApp blog announced on August 25, 2016, that, although users phone number and encrypted messages stay private, it was changing its terms and privacy policy to allow it to "coordinate more with Facebook", and test new ways for its users to "communicate with businesses" in the months ahead. See https://blog.whatsapp.com/10000627/Looking-ahead-for-WhatsApp.

[59] We also disagree with the EC's point of view that LINE, WeChat, iMessage, Snapchat could represent a significative competitive constraint to WhatsApp 1 billion users platform, as they have much less users and user engagement, and Skype, Viber and Hangout are not mainly used for content and messages exchange, but for video calls.

laws. In particular, the EC could have analyze to what extent users would be able to detect quality degradation and switch to alternative apps offering higher privacy protection. Due to information asymmetry, the competition authority would be better equipped to evaluate the tradeoffs stemming from privacy loss than the consumers alone, considering that they cannot fully assess the value of their data, and are the victims of intrusive advertising and behavioral discrimination[60].

5. Conclusion

In data-driven markets, players do not merely compete on prices, but in service perceived quality, and by introducing new features and products. While big data may boost innovation and connectivity, it can also entrench market power and compromise privacy. This tradeoff could be better addressed by further integration of dynamics effects into competition analysis.

In particular, regarding the analysis of data-driven mergers, competition authorities could take into account that: (i) data can yield an unreplicable advantage and entrench market power, as information about users' last minute behavior is not easily or readily available; (ii) dominant platforms nowcast not only consumer's behavior, but also the development of rivals' business models, precluding nascent threats from a chance to displace incumbents; (iii) data-driven indirect network effects can cause the product market or a correlated market to tip much more easily, hindering entry.

As suggested with the re-evaluation of Facebook/WhatsApp, a more dynamic analysis, however challenging and imperfectly, is better equipped to account for data-driven mergers' effects on consumer welfare in the long-run (Sidak and Teece, 2009; and Buttarelli, 2016). Thus, future market conditions could have prompted the EC to define a market for data needed to provide services for users and advertisers, and carefully consider how WhatsApp acquisition could be a strategy to eliminate potential competition, a way of tipping a connected market, or even a form of quality degradation in terms of privacy reduction.

6. References

ACQUISTI Alessandro, TAYLOR Curtis, and WAGMAN Liad (2016), The

[60] The possibility of an infringement to competition laws by privacy degradation was recognized as technically viable by EC case handlers. See Ocello et al (2015). However, the authors concluded that in Facebook/Whatsapp, privacy was not a key parameter of competition in the view of consumers and/or consumer communication apps.

Economics of Privacy, Journal of Economic Literature, 54(2), 442–492

ARGENTON, C. and PRÜFER, Jens (2012), Search Engine Competition with Network Externalities, Journal of Competition Law and Economics, vol. 73.

ARROW, Kenneth J. (1962), Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, *in* The Rate And Direction Of Inventive Activity: Economic and Social Factors, Richard Nelson ed.

ASAY, Matt and O'REILLY, Tim (March 18, 2010), Whole Web is the OS of the future, CNET, http://news.cnet.com/8301-13505_3-10469399-16.html

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA (November, 2016), The Data-Driven Economy. Challenges For Competition, http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/Eco-Dades-i-Competencia-ACCO-angles.pdf

BAYE, Michael R. et al. (2008), "Economics at the FTC", *Review of Industrial Organization* (33:3), p. 211-230.

BORK, Robert H. (1978) The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York: Basic Books.

BUTTARELLI, Giovanni (September 29, 2016), *Big data: individual rights and smart enforcement*, speech at the EDPS-BEUC Joint Conference European Commission, Berlaymont, Brussels.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (May, 2015), The commercial use of consumer data: report on the CMA's call for information

CORNES, R., and SANDLER, T. (1968). The theory of externalities, public goods, and club goods. Cambridge University Press.

DAYEN, David (April 4, 2017), This budding movement wants to smash monopolies, The Nation, https://www.thenation.com/article/this-budding-movement-wants-to-smash-monopolies

DAYEN, David (March, 2016), The Most Important 2016 Issue You Don't Know About, New Republic

DAS, Sauvik and KRAMER, Adam (2013), Self-Censorship on Facebook, Association for the Advancement of Artificial Intelligence, 2013. Das & Kramer

EUROPEAN UNION (April 27, 2016), General Data Protection Regulation 2016/679, European Parliament and of the European Council, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/

EDPS (September 23, 2016) Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data 8/2016, European Data Protection Supervisor.

EZRACHI, Ariel, and STUCKE, Maurice E. (2016), *Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, Cambridge,

Massachusetts: Harvard University Press

EZRACHI, Ariel, and STUCKE, Maurice. E. (2015), The Curious Case of Competition and Quality, Journal of Antitrust Enforcement, 3:2, 1-31.

FIEGERMAN, Seth (May 3, 2017), Facebook tops 1.9 billion monthly users, CNN Tech

FIRICAN, George (February 8, 2017), The 10 Vs of Big Data, UpSide.

GINSBURG, Douglas H., and WRIGHT, Joshua D. (2012), Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions, Antitrust Law Journal, vol. 78, No. 1, 2.

GRAEF, Inge (2015), Market Definition and Market Power in Data: the case of online platforms, World Competition 38, No. 4, p. 473-506.

HESSE, Renata (September 20, 2016), And Never the Twain Shall Meet? Connecting Popular and Professional Visions for Antitrust Enforcement, Opening Remarks at 2016 Global Antitrust Enforcement Symposium Washington, DC, https://www.justice.gov/opa/speech/acting-assistant-attorney-general-renata-hesse-antitrust-division-delivers-opening

KHAN, Lina M. (2017), Amazon's Antitrust Paradox, *The Yale Law Journal*, vol. 126, No. 3

KATZ, Michael L. and SHAPIRO, Carl (1985), Network Externalities, Competition, and Compatibility, American Economic Review, vol. 75, issue 3, p. 424-40

KENNEDY, Joe, (2017), The Myth of Data Monopoly: Why Antitrust Concerns About Data Are Overblown, MARCH 2017, Information Technology & Innovation Foundation

LANEY, Doug (2001), 3D data management: Controlling data volume, variety and velocity, MetaGroup research publication.

LANIER, Jaron (2014). *Who Own the Future?* Published by Simon & Schuster.

LAMADRID, Alfonso, and VILLIERS, Sam (January 2017), Big Data, Privacy and Competition Law: Do Competition Authorities know how to do it? Competition Policy International, Antitrust Chronicle.

MARSHALL, Guilhermo, and PARRA, Álvaro (2016), Mergers in Innovative Industries: The Role of Product Market Competition

MONOPOLKOMMISSION (2015), "Competition Policy: The Challenge of Digital Markets", Special Report No. 68 by the Monopolies Commission pursuant to the section 44(1)4 of the Act against Restrains on Competition, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf

NEWMAN, John M. (2014), Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations, SSRN Working Paper, 32-33, http:

//papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2474874&download=yes

OCELLO, Eleonora, SJODIN, Cristina and SUBOCS, Anatoly (2015), What´s Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case, Competition merger brief 1/2015, http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf

OECD (May, 2007), Dynamic Efficiencies in Merger Analysis, Policy Roundtables, Competition Committee.

OECD (November 2016), Big Data: Bringing competition policy to the Digital Era, Competition Committee.

OECD (October, 2014), Data-driven Innovation for Growth and Well-being, Interim Synthesis Report.

OECD (June, 2017), Algorithms and Collusion – Note from BIAC, DAF/COMP/WD(2017)53

SCHREPEL, Thibault (May, 2017), Here´s why algorithms are not (really) a thing, *Revue Concurrentialiste*, https://leconcurrentialiste.com/2017/05/15/algorithms-based-practices-antitrust/

PRÜFER, Jens, and SCHOTTMÜLLER, Christoph (2017), Competing with Big Data, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 06/2017, http://ssrn.com/abstract=2918726

SCHMIDT, Eric (January 20, 2015), 'Why Google Works', *Huffington Post*, http://www.huffingtonpost.com/eric-schmidt/why-google-works_b_6502132.html

SCHUMPETER, Joseph A. (1942), Capitalism, Socialism and Democracy, New York: Harper & Row.

SHAPIRO, Carl and VARIAN, Hal R. (1999), Information Rules: a strategic guide to the network economy, Harvard Business School Press, vol. 3.

SOKOL D. Daniel & COMERFORD Roisin, Does Antitrust Have A Role to Play in Regulating Big Data?

SIDAK, Gregory, and TEECE, David (2009), Dynamic Competition in Antitrust Law, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 5, No. 4, pp. 581–631

STUCKE, Maurice E., and GRUNES, Allen P. (2017), Data-opolies, Legal Studies Research Paper Series, No. 316, http://ssrn.com/abstract=2927018

STUCKE, Maurice E. and GRUNES, Allen P. (2016) Big Data and Competition Policy, Oxford University Press.

STUCKE, Maurice E. and GRUNES, Allen P. (May 31, 2015), Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust. CPI Antitrust Chronicle.

STUCKE, Maurice E. and GRUNES, Allen P. (April 2015), No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data, The Antitrust Source

TAPLIN, Jonathan (2017), *Move Fast and Break Things: How Facebook, Google* and Amazon have cornered culture and what it means for all of us, published by Mcmillan.

THE ECONOMIST (March 25, 2017), Levelling the paying field – New European rules herald a welcome challenge to incumbent retail banks, p. 14 and p. 65.

THE ECONOMIST (May 6, 2017). Fuel of the future: data is giving rise to a new economy & Price-bots can collude against consumers.

THE ECONOMIST (September 17, 2016), The superstar company: A giant problem.

THOMPSON, Derek (October 2016), America's Monopoly Problem: how big business jammed the wheels of innovation, The Atlantic.

TUCKER, Darren S. and WELLFORD, Hill B. (December 1, 2014), Big Mistakes Regarding Big. Data, Antitrust Source.

Case law:

Facebook/WhatsApp, Case M.7217, EC's Decision on 03.10.2014

Google/DoubleClick, Case M.4731, EC's Decision on 22.07.2008

PeopleBrowsr v. Twitter in the Superior Court of the State of California, County of San

Francisco, November 2012, paras 4-5.

ECONOMIA COMPORTAMENTAL E A "CEGUEIRA" DE AUTORIDADES ANTITRUSTE A ESTRATÉGIAS ATÍPICAS DE ABUSO

Bruno Bastos Becker

Resumo: Empresas buscam constantemente formas inovadoras para vender mais, melhorar a fidelização de seus clientes e, assim, aumentar ou manter suas participações de mercado. Empresas dominantes são criativas ao tentar abusar de suas posições com estratégias originais e não ser descobertas pelas autoridades concorrenciais. Adotando fundamentos da Economia Comportamental, abordo racionalidade limitada de autoridades concorrenciais frente a estratégias atípicas de abuso de posição dominante. Meu argumento é que autoridades concorrenciais tendem a não perceber novos tipos de práticas de abuso de posição dominante (*i*) porque vinculam-se a exemplos de práticas listados nas legislações concorrenciais, o que chamo de quase tipos, e (*ii*) porque também possuem sua própria racionalidade limitada.

Palavras-Chave: Direito Concorrencial; Abuso de Posição Dominante; Economia Comportamental, Tipos de conduta.

Keywords: Antitrust; Monopolization; Abuse of Dominant Position; Behavioral Economics, Types of conduct.

1. Introdução

Lucros monopolistas são o sonho de qualquer empresa[1].A iniciativa privada está buscando constantemente formas inovadoras de vender mais, sedimentar a confiança dos clientes e conquistar parcelas de mercado, de forma que possa se beneficiar da habilidade de impor preços maiores sobre seus produtos e serviços. Com este objetivo, companhias podem adotar práticas comerciais que sejam capazes de auxiliá-las a atingir tais condições; elas podem "negociar" (ou impor) exclusividade em acordos de distribuição, determinar o preço de revenda de seus produtos, ou, ainda, discriminar determinados

1 THIEL, Peter; MASTERS, Blake. Zero to One: Note on Startups, or how to build the future. New York: Crown Business, 2014.

clientes.

Sob certas circunstâncias, um agente dotado de posição dominante pode usar seu poder de mercado para restringir acesso de mercado, excluindo competidores e evitando a entrada de novos agentes (*market foreclosure*), o que legislações concorrenciais[2] chamam de abuso de posição dominante[3] (ou monopolização)[4]. Praticamente todas as jurisdições antitruste adotam em suas legislações, regulamentos ou recomendações (*guidelines*) exemplos de práticas consideradas potencialmente abusivas. Por exemplo, as Recomendações da Comissão Europeia sobre Abuso de Posição Dominante[5] listam algumas

2 Direito Concorrencial e Antitruste serão termos utilizados sob o mesmo sentido semântico, assim como todo termo derivado de tal paralelo.

3 Cf. OECD. Abuse of dominance and Monopolization. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/abuse(A respeito da monopolização: "[a] firm's ability to raise its prices is usually constrained by competitors and the possibility that its customers can switch to alternative sources of supply. When these constraints are weak, a firm is said to have market power and if the market power is great enough, to be in a position of dominance or monopoly (the precise terminology differs according to the jurisdiction). While mere possession of monopoly power does not in itself constitute violation of competition laws, the abuse of such power - particularly if it is used to weaken competition further by excluding rivals - calls for intervention from competition authorities").

4 Respeitando os limites desse trabalho, não discutirei as diferenças entre as duas concepções ou entre diferenças legais ou doutrinárias entre países. Para um debate mais substancial a respeito das diferenças entre abuso de posição dominante (adotado, por exemplo, na União Europeia, além de países europeus e sul americanos) e monopolização (adotada nos Estados Unidos), ver: FOX, Eleanor M. Monopolization and Abuse of Dominance: Why Europe Is Different. Antitrust Bulletin, vol 59, no1, 2014, pp. 129-152; FOX, Eleanor M., Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The U.S./E.U. Divide. Utah Law Review, Salt Lake City, vol.2006, no 3, 2006, pp. 725-740; WALLER, Spencer Weber. The Role of Monopolization and Abuse of Dominance in Competition Law, Loyola Consumer Law Review, Chicago, vol.20, no 2, 2008, pp. 123-126; e SCHINKEL, Maarten Pieter LAROCUHE, Pierre. Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to Section 2 Sherman Act, in: BLAIR, Roger D. e SOKOL, D. Daniel (ed.). The Oxford Handbook of International Antitrust Economics. Oxford: Oxford University Press, Volume 2, 2014, 153-184.

5 European Union. Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. Official Journal of the European Union, Vol. 52, no. C 45, p. 7, 24 de fev. de 2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)efrom=EN> .Acesso em nov. 2017.

práticas específicas: imposição de exclusividade, venda casada (*tying* e *bundling*), preços predatórios, recusa de fornecer e compressão de margem (*margin squeeze*). Estes não são tipos legais (fixos) de condutas, mas exemplos de possíveis comportamentos anticompetitivos.

No entanto, empresas são criativas nas formas pelas quais buscam o monopólio, de modo que desenvolvem novas e diferentes estratégias, para além daqueles exemplos. Casos recentes evidenciam práticas ainda mais complexas, que fogem aos exemplos tradicionais – como cláusulas de nação mais favorecida (*most favored nation*, ou simplesmente *MFN*)[6] em plataformas online de reservas de hotéis (também chamadas de *across platform parity agreements*[7]), ou *pay-for-delay* no mercado farmacêutico[8].

Ao caráter inovador do setor privado, devemos adicionar a limitação do regulador. Autoridades antitruste estão com frequência atrasadas em relação às práticas mais avançadas e enfrentam dificuldades em adotar novas teorias. Nesse sentido, Hovenkamp observa que:

> Aqueles que fazem política antitruste são consumidores, não usualmente criadores de teoria econômica. Além disso, os criadores de política antitruste são muito relutantes em adotar novas teorias. A economia aplicada em decisões antitruste é bastante convencional, ou economia 'aplicada'. A literatura econômica como um todo é mais técnica, mais aventurosa e especulativa, muito mais estilizada e, na margem, muito mais controversa do que a maior parte da economia que é aplicada por quem faz política antitruste. (tradução livre)[9]

---

[6] A respeito, ver: SALOP, Steven C.; MORTON, Fiona Scott. Developing an Administrable MFN Enforcement Policy. Antitrust, vol. 27, 2013, pp. 15-19; e HEINZ, Silke. Online Booking Platforms and EU Competition Law in the Wake of the German Bundeskartellamt's Booking.com Infringement Decision. Journal of European Competition Law e Practice, Oxford, vol 7, n. 8, 2016, pp. 530-536.

[7] Ver: OECD. Executive Summary of the Hearing on Across-Platforms Parity Agreements. Paris, out. de 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)2/ANN3/FINALedoclanguage=en>. Acesso em Nov. 2017.

[8] A respeito, ver: FAILLACI, Anthony. Antitrust and Patent Law - Pay to Delay or Reverse Payment Settlements Could Violate Antitrust Laws. Journal of Health e Biomedical Law, Boston, vol 11, 2016, 477-492; e PERITZ, Rudolph J. R. Taking Antitrust to Patent School: The Instance of Pay-for-Delay Settlements. Antitrust Bulletin, vol. 58, N. 1, 2013, pp. 161-176.

[9] No original: "Those who make antitrust policy are consumers, not usually creators, of economic theory. Further, antitrust policy makers are quite stodgy about adopting new theory. The economics applied in antitrust decision making is quite conventional, 'applied' economics. The economics literature as a whole is more technical, more

Similarmente, Fox nota que o Direito Concorrencial segue inovações comerciais:

> Mudanças na política antitruste ocorrem com as mudanças no mundo dos negócios. As mudanças na estrutura e na conduta dos negócios são, por sua vez, relacionadas ao desenvolvimento tecnológico e a uma variedade de desenvolvimentos culturais […] As mudanças na política antitruste ocorrem também em resposta a formas de mudança no pensamento teóricos sobre problemas econômicos. (tradução livre)[10]

Neste artigo, abordo vieses de agências antitruste, com foco específico na forma pela qual elas podem ignorar práticas de abuso de posição dominante que não sejam parte de listas previamente definidas – a que denomino práticas *quase típicas*. Meu argumento é que autoridades concorrenciais tendem a não perceber novos tipos de práticas de abuso de posição dominante (*i*) porque vinculam-se a exemplos de práticas listados nas legislações concorrenciais, o que chamo de quase tipos, e (*ii*) porque também possuem sua própria racionalidade limitada. Em outras palavras, exemplos *quase típicos* de práticas enviesam (ainda mais) a percepção de novas estratégias por parte das autoridades.

O restante deste ensaio está organizado da seguinte forma. A segunda parte aborda o conservadorismo do direito antitruste no que tange ao abuso de posição dominante. A terceira parte articula argumentos favoráveis à conceituação de exemplos *quase típicos* de abuso de posição dominante. A quarta parte aborda a limitação da racionalidade de autoridades antitruste. A quinta parte conclui.

2. Conservadorismo do antitruste e a dominância da (micro)economia tradicional

Legislações antitruste ao redor do mundo são fortemente estruturadas sobre argumentos econômicos. Na verdade, a emergência do Direito

venturesome and speculative, much more stylized, and at the margins much more controversial than most of the economics that is applied by the antitrust policy maker". (HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy. 3a ed. Saint Paul: Thomson West, 2005).

[10] "Changes in antitrust policy occur with changes in the world of business. Changes in business structure and business conduct are in turn related to technological development and to a range of cultural developments. […] Changes in antitrust policy occur also in response to shifting modes in theoretical thinking about economic problems." (FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. Cases and Materials on Antitrust. 3a ed. West Academic Publishing, 1989).

Concorrencial no fim do século 19 foi intensamente influenciada pela teoria econômica[11]. Além disso, o Antitruste é considerado o campo legal no qual o movimento de *Law & Economics* mais se desenvolveu[12]. Particularmente, no tocante às práticas de abuso de posição dominante, ainda que geralmente baseadas na regra da razão (*i.e.,* pela necessidade de se verificar efeitos no mercado), as possíveis condutas são baseadas na racionalidade microeconômica. Viscusi, Harrington Jr. e Vernon demonstram que práticas de abuso de posição dominante têm forte racionalidade microeconômica, e a análise de seus efeitos também é realizada com microeconomia[13]. De fato, o Direito Concorrencial não pode ser implementado sem fundamentação na teoria econômica[14]. Por exemplo, durante os últimos 10 anos, a Comissão Europeia tem aplicado uma "abordagem mais econômica" (*more economic approach*) ao artigo 102[15] do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia[16].

---

[11] Cf. HOVENKAMP, Herbert. Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique. Columbia Business Law Review, New York, Vol. 2001, n. 2, 2001, pp. 257-259: "Antitrust in the United States has seldom suffered from a shortage of economic theories suggesting why certain behavior should be unlawful. Beginning in the decade that the Sherman Act was passed, litigants began to rely on prevailing economic theories to explain why a particular act was or was not anticompetitive."

[12] Cf. BLAIR, Roger D. e KASERMAN, David L. Antitrust Economics, 2nd Edition, 2009, p.1: "Antitrust economics lies at the (we believe intriguing) intersection of economic and legal reasoning. It is, perhaps, the oldest and most fully developed area within the more general field of what has come to be known as 'law and economics.' "

[13] VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. Economics of Regulation and Antitrust. 4a ed. Cambridge: MIT Press, 2005, pp. 293-354.

[14] FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. Cases and Materials on Antitrust. 3a ed. West Academic Publishing, 1989.

[15] Na redação original: "É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar 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 directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção 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 como objecto desses contratos."

16 Anteriormente, artigo 82 do Tratado da União Europeia. Disponível em:<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXTefrom=EN>. Acessoem Nov. 2017.

O problema é que uma fundamentação de base microeconômica conduz à premissa de que agentes econômicos são (*i*) atores racionais com (*ii*) força de vontade e (*iii*) interesse próprio:

> [...] ao contrário, a aplicação do direito concorrencial procura dissuadir ou eliminar restrições anticompetitivas'. As teorias econômicas neoclássicas dos formuladores de políticas definem o 'comportamento racional' como aquele realizado por pessoas que 'acumulam uma quantidade ótima de informações' e 'maximizam sua utilidade a partir de um conjunto estável de preferências. Em suma, suas teorias assumem atores racionais com força de vontade, e perseguindo seu auto interesse. (tradução livre)[17]

No tocante a essa presunção de racionalidade perfeita, cuja é atribuída à Escola de Chicago[18] (ainda que outras escolas, como a pós-Chicago e de Harvard não tenham se oposto[19]), Tor menciona, por exemplo, casos de preços predatórios[20] no quais a Suprema Corte dos EUA presumiu agentes econômicos perfeitamente racionais e adotou a regra da necessária possibilidade de recuperar os prejuízos para que essa prática fosse considerada ilegal[21]. De acordo com essas decisões, empresas somente se engajariam em preços predatórios caso elas tivessem razoável expectativa de recuperar os prejuízos incorridos quando da prática de preços predatórios[22].

Presumir racionalidade perfeita dos consumidores pode, no entanto, conduzir a uma espécie de "cegueira" no que tange a um variado conjunto de comportamentos estudados pela Economia Comportamental[23], e a uma falha

---

[17] STUCKE, Maurice E. Money, Is That What I Want: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics. Santa Clara Law Review, vol. 50, n. 3, 2010, pp. 893, 983-984.

[18] STUCKE, Maurice E. Money, Is That What I Want: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics. Santa Clara Law Review, vol 50, 2010, 893, 989-994.

[19] Cf. TATE, Matt. Behavioral Economics: An Insight into Antitrust. Law e Psychology Review, Tuscaloosa, vol. 37, 2013, pp. 249-254: "This led to a legal doctrine built around the belief that humans behave rationally, and in the limited cases in which irrationality occurs, the self-correcting force of the market will counteract the irrational behavior. Even opposing schools of thought, such as Post-Chicago and Harvard, posit the assumption of rationality in antitrust law."

[20] Brooke Group Ltd. v. Brown e Williamson Tobacco Corp., 519 U.S. 209 (1993) and Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., 549 U.S. 312 (2007).

[21] TOR, Avishalom. The Market, the Firm, and Behavioral Antitrust. In: ZAMIR, Eyal e TEICHMAN, Doron (Ed.).The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 540.

[22] Ibidem, p. 541.

[23] Cf. STUCKE, Maurice E. Money, Is That What I Want: Competition Policy and the

em entender peculiaridades em mercados específicos e entre atores específicos[24].

Dentro das três categorias tradicionais da atividade concorrencial (*i.e.*, fusões e aquisições, cartéis e abuso de posição dominante), abuso de posição dominante é a área mais inovadora no lado das empresas, uma vez que é diretamente relacionado a suas estratégias de vendas e crescimento[25]. Sob essa perspectiva, e considerando a inventividade da iniciariva privada, estratégias inovadoras baseadas em economia comportamental poderiam ser utilizadas para monopolizar certo mercado. Segundo *Office of Fair Trade* do Reino Unido ("OFT"), "onde tais vieses [em relação ao consumidor] existem, firmas podem agir de forma a aumentá-los e explorá-los, em todas as fases do processo decisório" (tradução livre)[26]. Isto é o que Huffman e Heidtke denominam "*exploração comportamental*"[27]. De acordo com eles, exploração comportamental seria um campo adicional em relação às três áreas tradicionais do Direito Concorrencial acima mencionadas[28], de modo que preços predatórios se caracterizam como "*a mais provável extensão da atual*

Role of Behavioral Economics. Santa Clara Law Review, Santa Clara, vol. 50, 2010, pp. 893 e 977: "Thus a governmental policy that assumes self-interested citizens is misguided. It ignores how moral, ethical, and social norms hinder undesirable conduct and promote desirable behavior-at times more effectively than financial incentives and penalties".

[24] Cf STUCKE, Maurice E. Money, Is That What I Want: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics. Santa Clara Law Review, Santa Clara, vol. 50, 2010, p. 978: "Competition policy's greatest failing has been its failure to understand better how competition works in particular markets in particular communities at particular time periods and the interplay among private institutions, government institutions, and informal social, ethical, and moral norms."

[25] Cf. HOLT, Charles A.; SCHEFFMAN David T. Strategic Business Behavior and Antitrust, in LARNER, Robert J.; MEEHAN JR., James W (Ed.). Economics and Antitrust Policy , 1989, p. 41: "The types of conduct of concern to antitrust that are more appropriately classified as strategic are generally actions that work to create, enhance, or protect market power, often by disadvantaging rivals".

[26] Cf. Office of Fair Trading, What does Behavioural Economics mean for Competition Policy? 14 Março de 2010: "[w]here such [consumer] biases exist, firms can act to exacerbate and exploit them, at every stage in the decision-making process". Disponível em:
<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http:/www.oft.gov.uk/shared_oft/economic_research/oft1224.pdf>. Acesso em: Nov. 2017.

[27] HUFFMAN, Max; HEIDTKE, Daniel B. Behavioral Exploitation Antitrust in Consumer Subprime Mortgage Lending. William. e Mary Policy Review, Williamsburg, vol. 4, 2012, pp. 77-109.

[28] Ibidem, pp. 93-94.

doutrina"[29].

Ainda que seja uma nova área, ou que seja parte de um conjunto de práticas eventualmente abusivas, não é novidade que agentes econômicos se utilizem de Economia Comportamental a fim de manipular e prejudicar consumidores e mercados. No referido estudo, o OFT identificou cinco práticas comportamentais adotadas por empresas relacionadas a preços: (*i*) *drip pricing* (ou seja, oferecer cotação baixa de um produto e, posteriormente, aumentar o preço por outras formas tal como acontece quando companhias aéreas de baixo custo cobram taxas adicionais por bagagem, reserva de assentos e comida após disponibilizar uma baixa tarifa), (*ii*) promoções (inflacionar o preço regular e oferecer um valor menor, como "antes 2 reais, agora 1 real"), (*iii*) precificação complexa (o conhecido "compre dois, ganhe um"), (*iv*) *baiting* (quando empresas anunciam grandes operações de vendas, porém oferecem somente uma pequena quantidade de bens a baixos preços).

Além do caráter inovador das práticas de abuso de posição dominante, uma condenação por uma agência antitruste requer a prova de efeitos negativos no mercado. Como Holt e Scheffman indicam, "*ao primeiro olhar, muitas das estratégias examinadas na literatura a respeito de estratégias de negócios parecem anticompetitivas [...] A possibilidade de efeitos anticompetitivos depende criticamente das posições dos atuais ou potenciais rivais da empresa em questão*"[30].

Portanto, práticas de abuso de posição dominante são, naturalmente, mais difíceis de ser identificadas e punidas do que em outras áreas do Direito Concorrencial. Como demonstrarei a seguir, a esse cenário, devemos adicionar (*i*) *quase tipos* de abuso de posição dominante, e (*ii*) racionalidade limitada das autoridades antitruste.

3. Os quase tipos de abuso de posição dominante

Como mencionado, o conceito de abuso de posição dominante compreende toda espécie de prática unilateral realizada por uma única empresa que acarrete fechamento de mercado[31], *i.e.*, saída de competidores e barreiras à

[29] Ibidem, p. 94.

[30] Cf. HOLT, Charles A.; SCHEFFMAN, David T. Strategic Business Behavior and Antitrust, in LARNER, Robert J.; MEEHAN JR, James W (Ed.). Economics and Antitrust Policy, 1989.

[31] Essas práticas podem ser divididas em dois grupos: condições excludentes (exclusionary) e não-excludentes (non-exclusionary). No limite dos propósitos do presente artigo, eu não abordarei as diferenças entre as referidas práticas. A respeito dessa temática, ver: BERNHEIM, B. Douglas; HEEB, Randal. A Framework for the

entrada de novos competidores[32]. Uma vez que tais práticas de abuso de posição dominante são normalmente avaliadas por seus reais efeitos no mercado[33], é difícil para autoridades e terceiros identificarem quais tipos de estratégia de vendas poderiam ser consideradas abusivas.[34] Bernheim e Heeb explicam esse vasto alcance:

> Formular princípios claros e amplos para analisar condutas alegadamente anticompetitivas é um desafio, em grande parte, porque tal nomenclatura abrange um amplo espectro de práticas, incluindo exclusividade e outras formas de acordo que limitem a habilidade de um consumidor ou fornecedor de negociar com um rival, preços predatórios, venda casada e descontos de fidelidade. Enquanto essas práticas são inquestionavelmente conectadas, cada uma difere das outras de maneiras potencialmente substantivas. Essas diferenças contribuem com a multiplicidade de modelos e teorias pertencentes à conduta exclusionária encontrada na literatura acadêmica, assim como o tratamento discrepante dado em precedentes a condutas específicas. Como resultado, o tema condutas exclusionárias é amplamente entendido como complexo, confuso e não-resolvido. (tradução livre)[35]

Economic Analysis of Exclusionary Conduct, in BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (Ed.), The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Vol. 2, 2014, p. 3.

[32] Há diferenças quanto à substância das práticas abuso de posição dominante e de monopólio. Contudo, como indiquei na nota de rodapé no. 4, seguindo os objetivos desse artigo, não discutirei as distinções entre essas práticas e considerarei, portanto, ambos os sistemas como equivalentes, no que tange ao tópico desse trabalho.

[33] Há exceções, como, por exemplo, entendimento sobre RPM (enquanto conduta per se) antes que do Caso Leegin nos EUA, ou mesmo o recente caso do CADE no Caso SKF.

[34] Cf. HOLT, Charles A.; SCHEFFMAN, David T. Strategic Business Behavior and Antitrust, in LARNER, Robert J.;MEEHAN JR , James W (Ed.). Economics and Antitrust Policy , 1989.: "It would be useful to catalogue the types of conduct discussed in the business strategy and economics literature […] but this would be a very major, if not impossible task".

[35] "Devising clear and broadly applicable principles for analyzing allegedly anticompetitive exclusionary conduct is challenging in large part because that heading subsumes a wide range of diverse practices, including exclusive dealing and other agreements that limit a customer's or supplier's ability to do business with a rival, predatory pricing, bundled pricing, tying, and loyalty discounts. While these practices are unquestionably related, each differs from the others in potentially substantive ways. Those differences contribute to the multiplicity of models and theories pertaining to exclusionary conduct found in the scholarly literature, as well as to the disparate conduct specific legal precedents. As a result, the topic of exclusionary conduct is widely perceived as complex, confusing, and unsettled" (BERNHEIM, B. Douglas; HEEB, Randal. A Framework for the Economic Analysis of Exclusionary Conduct, in

(Provavelmente) almejando resolver esse problema, agências antitruste providenciam listas de "exemplos" não vinculantes de potenciais práticas de abuso de posição dominante em suas legislações, regulações e recomendações (*guidelines)*. Isso ajuda reguladores a identificar com mais facilidade as práticas potencialmente problemáticas, e também a informar agentes de mercado no momento do desenvolvimento de estratégias comerciais. Tais exemplos são, por definição, não exaustivos e não impedem que autoridades investiguem novas práticas. Chamo esses exemplos de *quase tipos*[36].

Quase tipos aparecem nos sistemas de Direito Antitruste em basicamente três formatos: (*i*) dentro das leis (e regulamentos) concorrenciais, (*ii*) não nas leis, mas nas recomendações (*guidelines*) de autoridades, e (*iii*) em instrumentos de soft Law desenvolvidos por entidades internacionais. Abaixo, apresento alguns exemplos dos três casos[37].

Em primeiro lugar, diversas jurisdições incluem em suas próprias legislações exemplos de práticas de abuso de posição dominante. Elas variam em termos dos tipos incluídos, sua descrição e no tocante à flexibilidade em relação a outras práticas não listadas. Este é o caso, por exemplo, de União Europeia, Alemanha, Brasil, China e Índia.

A legislação concorrencial da União Europeia é muito concisa, e se constitui, basicamente, pelos artigos 101 (colusões) e 102 (abuso de posição dominante) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O Artigo 102 lista quatro formas abertas de abuso de posição dominante (preços injustos, limitação de produção e mercados, discriminação e imposição de condições específicas em acordos). Similarmente, a Lei Antitruste Alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, ou "GWB") estabelece uma lista de exemplos

BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (Ed.). The Oxford Handbook of International Antitrust Economics. Oxford: Oxford University Press, Vol. 2, 2014, p. 3.)

[36] A literatura concorrencial já qualifica tais exemplos como tipos. Aqui, no entanto, faço referência aos tipos como uma analogia a contratos típicos dos sistemas contratuais de Civil Law. No Direito Contratual, os sistemas de Civil Law adotam "tipos" de contrato – elemento ausente nos sistemas de Common Law. Considerando isto no campo do abuso de dominância, os tipos são meramente exemplos, eu os denomino quase-tipos, porque não são categorias fixas. Como Pargendler nota, mesmo regras padrão de sistemas de Common Law (que são, basicamente, sugestões não-vinculativas, como os exemplos de tipos de abuso de dominância) apresentam esse "stickness".(PARGENDLER, Mariana. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. NYU Law and Economics, New York, Research Paper No. 17-01 (Draft, Jan 2017)). Abordarei o "stickness"com mais profundidade abaixo.

[37] Esta parte do texto não pretende ser exaustiva, mas apenas fornecer exemplos relevantes para o argumento.

amplos de práticas abusivas no seu §21[38],que inclui, em outras palavras (*i*) recusa a negociar e discriminação (§ 21.(2)1.), (*ii*) preços excessivos (§ 21.(2)2.), (*iii*) imposição de preços mais baixos para aquisição(§ 21.(2)3.), (*iv*) recusa de acesso a redes ou infraestrutura(§ 21.(2)4.), e (v) exigência de vantagens indevidas (§ 21.(2)5.).

De forma mais detalhada, a Legislação Concorrencial brasileira (Lei nº 12.529/2011)[39], exemplifica, em seu parágrafo 3º, itens III a XIX, dezoito práticas que poderiam ser consideradas violações da ordem econômica, a exemplo de "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" (item X) e "subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem" (item XVIII)[40].

---

[38] "§ 21 Prohibition of Boycott and Other Restrictive Practices […] (2) An abuse exists in particular if a dominant undertaking as a supplier or purchaser of a certain type of goods or commercial services

1. directly or indirectly impedes another undertaking in an unfair manner or directly or indirectly treats another undertaking differently from other undertakings without any objective justification;

2. demands payment or other business terms which differ from those which would very likely arise if effective competition existed; in this context, particularly the conduct of undertakings in comparable markets where effective competition exists shall be taken into account;

3. demands less favourable payment or other business terms than the dominant undertaking itself demands from similar purchasers in comparable markets, unless there is an objective justification for such differentiation;

4. refuses to allow another undertaking access to its own networks or other infrastructure facilities against adequate consideration, provided that without such joint use the other undertaking is unable for legal or factual reasons to operate as a competitor of the dominant undertaking on the upstream or downstream market; this shall not apply if the dominant undertaking demonstrates that for operational or other reasons such joint use is impossible or cannot reasonably be expected;

5. uses its market position to invite or cause other undertakings to grant it advantages without any objective justification. Disponível em: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?__blob=publicationFileev=3)>. Acesso em Nov. 2017.

[39] Disponível em: <http://en.cade.gov.br/topics/legislation/laws/law-no-12529-2011-english-version-from-18-05-2012.pdf/view>. Acessoem Nov. 2017.

[40] Artigo 36, § 3o [...] III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas,

O Artigo 17 da Lei chinesa Anti-Monopólio[41] também lista seis práticas que poderiam ser consideradas abuso, como "discriminar preços ou outros termos de transações a contrapartes em igual condição"(6). O item sétimo do artigo 17 inclui a possibilidade de investigar outras condutas não

equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - 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; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

[41] "Chapter III Abuse of Market Dominance. Article 17 A business operator with a dominant market position shall not abuse its dominant market position to conduct following acts: (1) selling commodities at unfairly high prices or buying commodities at unfairly low prices; (2) selling products at prices below cost without any justifiable cause; (3) refusing to trade with a trading party without any justifiable cause; (4) requiring a trading party to trade exclusively with itself or trade exclusively with a designated business operator(s) without any justifiable cause; (5) tying products or imposing unreasonable trading conditions at the time of trading without any justifiable cause; (6) applying dissimilar prices or other transaction terms to counterparties with equal standing; (7) other conducts determined as abuse of a dominant position by the Anti-monopoly Authority under the State Council." Disponível em: <http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm>. Acessoemnov. 2017.

expressamente listadas (item 7), o que tem os mesmos efeitos de outras provisões nas legislações brasileira e alemã e que tornam os itens listados meros exemplos de práticas, e não tipos legais.

Finalmente, o artigo 3(4) da Legislação Concorrencial Indiana (*Indian Competition Act*[42]) lista cinco tipos de práticas: "(a) venda conjunta/casada; (b) acordos de fornecimento exclusivo; (c) acordos de distribuição exclusiva; (d) recusa a negociar; (e) manutenção de preços de revenda."

Em todos os casos mencionados, e em muitas outras jurisdições que adotam a mesma estrutura (*e.g.*, Argentina[43], México[44], Finlândia[45], Canadá[46]), *quase tipos* não vinculam agências a investigar e julgar exclusivamente baseadas neles. Além disso, alguns deles adotam uma linguagem mais ampla, enquanto outros se utilizam de termos mais específicos. O efeito esperado, contudo, parece ser o mesmo: fornecer orientação e previsibilidade ao mercado a respeito das práticas anticompetitivas "*mais prováveis*" de serem verificadas.

A segunda hipótese envolve casos em que, embora não tenham *quase tipos* textualmente nas suas legislações, autoridades concorrenciais incluem, de alguma forma, tais exemplos em documentos infra legais, como regulações e recomendações (*guidelines*), de modo a fornecer previsibilidade ao mercado e a seu corpo técnicos. Este é o caso dos Estados Unidos, em que a Seção 2 do Sherman Act[47] adota uma linguagem ampla para se referir ao "monopólio, ou

---

[42] Article 3(4) Any agreement amongst enterprises or persons at different stages or levels of the production chain in different markets, in respect of production, supply, distribution, storage, sale or price of, or trade in goods or provision of services, including— (a) tie-in arrangement; (b) exclusive supply agreement; (c) exclusive distribution agreement; (d) refusal to deal; (e) resale price maintenance. Disponível em: <http://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf>. Acesso em Nov. 2017.

[43] Lei Argentina n. 25.156, Defesa da Competência, Artigo 2. Disponível em: <http://www.gwclc.com/Library/America/Argentina/DEFENSA%20DE%20LA%20COMPETENCIA.html >. Acesso em Nov. 2017.

[44] Ley Mexicana Federal de Competencia Económica, Artigo 10. Disponível em: <http://gwclc.com/Library/America/Mexico/Compendio_CFC_enero_2013.pdf>. Acesso em Nov. 2017.

[45] Finnish Competition Act, Seção 7. Disponível em: <https://www.kkv.fi/en/facts-and-advice/competition-affairs/competition-restraints/abuse-of-dominant-position/forms-of-abuse-of-dominant-position/>. Acesso em Nov. 2017.

[46] Canadian Competition Act, Seção 78. Disponível em: <http://gwclc.com/Library/America/Canada/Competition%20Act.pdf>. Acesso em Nov. 2017.

[47] "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or

tentativa de monopolizar" (*monopolize, or attempt to monopolize*), sem explicar ou exemplificar em que isto implica – provavelmente porque, no momento de sua edição, os legisladores não tivessem experiência no assunto.

Na verdade, em 1914, o Clayton Act emendou o Sherman Act e incluiu algumas práticas quase típicas. Ademais, ao longo dos mais de 100 anos de jurisprudência consolidada nesse tópicos, cortes e agências (Federal Trade Comission, "FTC" e Department of Justice, "DOJ") desenvolveram experiência sobre os tipos mais populares de condutas de abuso de posição dominante. Na verdade, esta pode ser a origem dos tipos adotados por outras jurisdições. Seguindo o desenvolvimento teórico baseado em casos, as referidas agências americanas criaram documentos que pudessem ser utilizados por reguladores internos e pelo mercado a respeito de práticas ilícitas. Em 2008, o Departamento de Justiça lançou o "*Report on Antitrust Monopoly Law*"[48], no qual prevê condutas excludentes: (*i*) preços predatórios; (*ii*) venda casada; (*iii*) descontos em produtos/serviços coligados e em função de lealdade; (*iv*) recusa de negociar, e (*v*) negociações exclusivas. Em 2009, o DOJ revogou este documento, argumentando que ele "criava muitos entraves ao governo com relação à aplicação da legislação antitruste, além de favorecer cuidado extremo e o desenvolvimento de portos seguros para certas condutas inseridas no alcance da Seção 2"[49]. Essa justificativa, além de não negar o uso de certos exemplos de práticas, parece confirmar a hipótese aqui apresentada na medida em que evidencia a conscientização do DOJ com eventuais problemas gerados por quase tipos.

Adicionalmente, e apesar de já haver alguma descrição ampla de práticas no artigo 102, Comissão Europeia adotou em 2009 *guidelines* a respeito de abuso de posição dominante,[50]onde também prevê exemplos claros

conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court". Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/2>. Acesso em Nov. 2017.

[48] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act. Setembro de 2008. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm>. Acesso em Nov. 2017.

[49] U.S. DEPARMENT OF JUSTICE. Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law, 11 de maio de 2009. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>. Acesso em Nov. 2017.

[50] European Union. Communication from the Commission — Guidance on the

de *"formas específicas de abuso"*: (*i*) negociações exclusivas, incluindo imposição de compras exclusivas, descontos condicionais; (*ii*) forçar a compra ou contratação de produtos e serviços coligados (*tying* e *bundling*); (*iii*) predação, e (*iv*) recusa em fornecer e *margin squeeze*.

Se uma determinada jurisdição não se encaixa nos dois primeiros exemplos, então, certamente, será influenciada pelos instrumentos de soft Law criados pela comunidade internacional. Nessa terceira categoria, entidades internacionais adotam a mesma estratégia exemplificativa quando lidam com práticas de abuso de posição dominante. O website da Organização Econômica para Cooperação e Desenvolvimento (OECD) lista seis "exemplos de práticas abusivas" típicas[51]: (*i*) preços predatórios, (*ii*) descontos por fidelidade, (*iii*) forçar a compra ou contratação de produtos e serviços coligados (*tying* e *bundling*), (*iv*) recusas negociais, (*v*) *margin squeeze*, e (*vi*) preço excessivo. Similarmente, a *International Competition Network* possui uma obra coletiva sobre práticas unilaterais em andamento, o *ICN Unilateral Conduct Workbook*. O *Workbook* se constitui de diversos capítulos, sendo dois introdutórios a respeito dos objetivos das leis e da análise do poder de mercado, e, até o momento, três a respeito de (*i*) preços predatórios, (*ii*) imposição de negociações exclusivas (*exclusive dealing*) e single branding, e (iii) tying e bundling.[52]

Mas esses *quase tipos* são bons ou ruins?

Acredito que ambos. Por um lado, exemplos de práticas unilaterais não são exaustivas ou vinculativas, deixando espaço para investigação para além da lista pré-determinada. Além disso, esses quase tipos exercem a função de guiar e oferecer orientação e segurança nos mercados, bem como auxiliar reguladores a manter um foco em práticas que possam oferecer, de forma mais clara, probabilidade de constituírem preocupação ao Direito Concorrencial (especialmente em uma situação de recursos escassos, como geralmente são agências antitruste).

Por outro lado, esses exemplos pegam (ou, em inglês, são *sticky*)[53]e,

---

Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)efrom=EN>. Acesso em Nov. 2017

[51] OECD Website. Abuse of dominance and monopolization. Disponível em:<http://www.oecd.org/competition/abuse/>. Acesso em Nov. 2017.

[52] ICN Website. ICN Unilateral ConductWorkbook. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/unilateral/ucworkbook.aspx>. Acesso em Nov. 2017.

[53] A respeito de "stickness" em regras de aplicação geral (default rules), ver BEN-

na prática (*i.e.*, no mundo de humanos, não *homo economicus*), eles previnem que autoridades identifiquem, investigam e indiciem outras formas mais claras de práticas de abuso de posição dominante.

Diversas tendências já estudadas podem explicar por que os exemplos "pegam". O viés *status quo* mantém as agências (mais especificamente, técnicos das autoridades) em inércia, sem tomar novas ações[54]. Como Cooper e Kovacic afirmaram, essas práticas que tornam "reguladores relutantes em alterar o status quo tenderão a tornar suas decisões aderente a decisões políticas iniciais"[55] e "a partir desse elemento 'aderente'[*stickiness*], emerge um dependência pelo caminho prévio [*path dependency*] em escolhas de política pública, em que políticas adotadas no passado tem um impacto persistente na adoção de futuras políticas "[56].

Antes de avançar, dois comentários são necessários. Primeiramente, como indicado na Introdução, companhias são criativas com relação às formas pelas quais buscam monopólios e há, de fato, casos recentes em Antitruste lidando com práticas atípicas, como as cláusulas MFN[57] e *pay-for-delay*.[58] Curiosamente, aquelas investigações foram, majoritariamente, iniciadas nos EUA, onde não há exemplos de práticas na Lei (e, também, onde o DOJ rejeitou o *guideline* sobre tipos de práticas unilaterais).

Por fim, diferentes sistemas podem desenvolver diferentes resultados, e o design da autoridade antitruste exerce um papel importante. Adotando a classificação tripartite de Treibilcock e Iacobucci (modelo judicial bifurcado, modelo de agência bifurcado e modelo de agência integrado)[59], parece que cada

---

SHAHAR, Omri; POTTOW, John A. E. On the Stickiness of Default Rules, Florida State Univerty Law Review, Tallahassee vol. 33, 2006, p. 651.

[54] COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journal of Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, pp.779-787.

[55] Ibidem.

[56] Ibidem.

[57] Sobre o assunto, ver: SALOP, Steven C.; MORTON, Fiona Scott. Developing an Administrable MFN Enforcement Policy, Antitrust, vol. 27, 2013, pp. 15-19; e HEINZ, Silke. Online Booking Platforms and EU Competition Law in the Wake of the German Bundeskartellamt's Booking.com Infringement Decision. Journal of European Competition Law e Practice, Oxford, vol. 7, 2016, pp. 530,536.

[58] Sobre o assunto, ver: FAILLACI, Anthony. Antitrust and Patent Law - Pay to Delay or Reverse Payment Settlements Could Violate Antitrust Laws. Journal of Health e Biomedical Law, Boston, vol. 11, 2016, pp. 477-492; e PERITZ, Rudolph J. R. Taking Antitrust to Patent School: The Instance of Pay-for-Delay Settlements. Antitrust Bulletin, vol. 58, 203, pp. 161-176.

[59] TREBILCOCK, Michael J.; IACOBUCCI, Edward M. Designing Competition Law

modelo oferece diferentes incentivos para perceber práticas de abuso de posição dominante de forma diferenciada. Por exemplo, o modelo norte-americano judicial e adversarial, que se baseia em grande medida na iniciativa de sujeitos privados, pode ser a exceção que confirma a regra, já que os principais atores não são reguladores, mas sujeitos privados prejudicados, os quais não são enviesados por exemplos, mas interessados em suas participações de mercado. Esse design incentiva uma atividade antitruste mais inovadora.

4. A limitada racionalidade de autoridades concorrenciais

Para além da dominância da microeconomia tradicional na análise antitruste e da existência de formas quase típicas de práticas de abuso de posição dominante que, de alguma forma, impedem que agências identifiquem novas práticas, autoridades também enfrentam problemas relacionados à limitação de sua própria racionalidade. Como Jolls, Sunstein e Thaler notam, "entes governamentais, comumente, serão sujeitos a problemas cognitivos e motivacionais, ainda que isto não tenha um caráter populista (funcionários públicos também podem não ter incentivos apropriados para tomar decisões de interesse público)"[60]. O problema da limitação da racionalidade das agências foi recentemente abordado por Cooper e Kovacic.[61] Adotando instrumentos teóricos da Economia Comportamental, eles oferecem explicações sobre como agências antitruste[62] poderiam ser afetadas por falhas heurística (disponibilidade e representatividade), miopia, enviesamento pelo status quo (*status quo bias*) e viés de confirmação (*confirmation bias*).

A heurística se constitui por um conjunto de atalhos mentais nos quais indivíduos estão usando *Sistema 1*[63] e que leva a erros sistêmicos em processos

Institutions. World Competition, vol. 25, 2002, pp. 361-394.

[60] "government will often be subject to cognitive and motivational problems even if it is not populist (bureaucrats may also lack appropriate incentives to make decisions in the public interest)" (JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics, in SUNSTEIN, Cass R. (Ed.). Behavioral Law e Economics, 2000, p. 48)

[61] COOPER, James C.; KOVACIC ,William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journalof Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, pp. 779-800.

[62] Para o propósito deste trabalho, considerarei agências e autoridades de competição e antitruste enquanto sinônimos, ainda que algumas distinções entre jurisdições possam se aplicar.

[63] KAHNEMAN, Daniel. Thinking Fast and Slow. New York: Farrar Straus Giroux, 2013.

decisórios.[64]Entre diversas heurísticas, reguladores estariam sujeitos a, pelo menos, três grupos*:* disponibilidade (*availability*), que se refere ao peso dado por indivíduos a eventos recentes e salientes; representatividade (*representativiness*), que lida com indivíduos estimando alta probabilidades ao ignorar baixas probabilidades e pequenas amostras; e viés de análise posterior (*hindsight bias*), que envolve análises de probabilidade feitas após a ocorrência de determinado evento. Baseados nessas falhas, reguladores dariam mais ênfase a eventos mais recentes e publicizados (*availability*) e criariam estimativas de probabilidades não realistas (*representativiness*)[65]. Eles também exagerar (para mais ou para menos) a avaliação dos efeitos de alguma prática após sua ocorrência (*hindsight*).

Em práticas de abuso de posição dominante, *availability bias* (*i.e.*, "síndrome do poluente do mês") poderia ser eventualmente útil para a descoberta de novas formas de conduta: autoridades antitruste observando práticas especiais após condenações em outras jurisdições. Este poderia ser o caso de investigações internacionais ao redor do mundo a respeito de novos temas, como cláusulas MFN, após a agência norte-americana ter trazido cláusulas MFN às cortes.

Status Quo Bias é o caso em que sustento o elemento de pegar, ou colar (*sticky*), vinculado aos tipos de condutas *quase típicas*. Reguladores estariam vinculados, por seu atual status quo, por diversas razões: efeito de endowment, aversão à perda, viés de omissão/comissão; e permanecer inertes a novos fatos.[66]

O viés de confirmação (*confirmation bias*) também exerce um papel importante nesse processo. Reguladores tenderiam a decidir de acordo com suas impressões prévias, mesmo que fatos (ou tecnologias) mudassem seus posicionamentos. "A tendência de confirmação (*confirmation bias*) pode reforçar políticas précias de um regulador, independentemente de mudanças no estado da arte da teoria ou do conhecimento empírico que possam compelir

[64] COOPER, James C.; KOVACIC ,William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journal of Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, pp. 779-785.

[65] Esse é o clássico exemplo de TVERSKY e KAHNEMAN a respeito da mulher que seria um simples caixa de banco ou uma caixa de banco feminista. (KAHNEMAN, Daniel. Thinking Fast and Slow. New York: Farrar Straus Giroux, 2013, pp. 156-160).

[66] "Together, these cognitive shortcomings create inertia to maintain a current course of action rather than to take new action that would increase expected utility" (COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journal of Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, 779-787).

indivíduos a repensar suas posições"[67]. Este é o caso do aparecimento e da disseminação de novas tecnologias. A tendência de confirmação pode influenciar quase tipos também. Cooper e Kovacic indicam que "o regulador pode mal interpretar provas para confirmar decisões anteriores referentes a escolhas prévias" e, portanto, ignorar novas práticas.[68]

Como estratégias de *des-enviesamento*, Reeves e Stucke indicam formas pelas quais agências antitruste americanas (FTC e DOJ) poderiam utilizar *insights* de outros reguladores, como o Bureau of Consumer Protection ou investigações de crimes de colarinho branco para melhor analisar seus próprios casos[69]. Cooper e Kovacic também propõem designs de des-enviesamento: (i) revisão adversarial (*e.g.*, diferentes equipes internas fazendo dos seus trabalhos e deciões), e (ii) crescente *accountability*[70].

5. Conclusão

A economia comportamental exerce um papel inegavelmente importante na economia. Tanto mercado, quanto reguladores ainda estão aprendendo acerca da limitação de sua racionalidade (assim como a de outros), força de vontade e auto-interesse. O Direito Concorrencial parece ser o local em que eles se aproximam desse conhecimento. Junto ao poder de mercado, assimetrias de informação e externalidades, tendências comportamentais têm sido denominadas uma "*quarta falha de mercado*"[71] e têm inclusive sido entendidas como uma nova categoria dentro do Direito Concorrencial – a

[67] "[C]onfirmation bias can entrench a regulator's existing policies regardless of changes in the state of the art of theory or empirical knowledge that ought to compel individuals to rethink their positions" (COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journal of Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, 779-787).

[68] "regulator may misread evidence to confirm priors regarding larger policy choices" (COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journal of Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, 779-787).

[69] REEVES, Amanda P.; STUCKE, Maurice E. Behavioral Antitrust. Indiana Law Journal, Indianapolis, vol. 86, 2011, pp. 1527-1581.

[70] COOPER, James C.; KOVACIC ,William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journal of Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, pp. 779, 797-799.

[71] Office of Fair Trading. What does Behavioural Economics mean for Competition Policy?Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http:/www.oft.gov.uk/shared_oft/economic_research/oft1224.pdf>. Acessoem Nov. 2017.

Exploração Comportamental[72]. Independentemente daquelas propostas inovadoras, a Economia Comportamental pode, definitivamente, auxiliar agências a identificar abusos, avaliar operações e estratégias, e pensar em soluções mais eficientes.

No campo do abuso de posição dominante, autoridades precisam estar atentas à inovação no mercado, e ao fato de que conceitos da microeconomia tradicional e práticas (as quais denomino quase tipos) podem não compreender todas as novas atividades econômicas. Pelo contrário, podem enviesar a percepção das autoridades em relação ao mercado.

Evidentemente, o uso da Economia Comportamental dentro do Direito Concorrencial não exclui o uso da microeconomia tradicional; ou seja, não nega a evolução e os padrões atualmente adotados, mas visa a preencher as lacunas onde a economia tradicional é incapaz de fazê-lo[73]. Naturalmente, indicar que indivíduos e agências enfrentam uma racionalidade, auto-interesse e força de vontade limitados não nega a aplicação da microeconomia[74].

Por fim, deve-se deixar claro que o foco na Economia Comportamental deve ser baseado em pesquisa empírica. Sugestões para mais regulação devem se atentar ao risco de mal compreensão do comportamento humano. Qualquer adoção de restrições baseada na Economia Comportamental deveria ser fundada em pesquisa empírica que demonstre as possibilidades de danos a competidores e consumidores[75]. Este trabalho é somente o início de um debate e uma agenda de pesquisa no Brasil.

---

[72] HUFFMAN, Max; HEIDTKE, Daniel B. Behavioral Exploitation Antitrust in Consumer Subprime Mortgage Lending. William and Mary Policy Review, Williamson, vol. 4, 2012, pp. 77-109.

[73] A crítica a respeito do uso de Behavioral Economics em antitruste (como normalmente ocorre em outras áreas de Law and Economics) assume a negação de "áreas mais antigas". Para críticas à aplicação de Behavioral Economics em antitruste, ver: DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. The Empty Promise of Behavioral Antitrust. Harvard Journal of Law e Public Policy, Boston, vol, 37, 2014, pp. 1009-1064: "because it lacks a predictive component, behavioral economics adds nothing to competition policy beyond what empiricism has long contributed" e "behavioral antitrust is malleable to the point of being meaningless".

[74] DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. The Empty Promise of Behavioral Antitrust. Harvard Journal of Law e Public Policy, Boston, vol. 37, 2014, pp. 1009-1015.

[75] MITCHELL, Gregory. Taking Behavioralism Too Seriously - The Unwarranted Pessimism of the New Behavorial Analysis of Law. William and Mary Law Review, Williamson, vol. .43, 2002, pp. 1907-2022.

6. Referências

ARGENTINA. *Lei Argentina n. 25.156, Defesa da Competência*. Disponível em: <http://www.gwclc.com/Library/America/Argentina/DEFENSA%20DE%20LA%20COMPETENCIA.html >.

BERNHEIM, B. Douglas; HEEB, Randal. A Framework for the Economic Analysis of Exclusionary Conduct. *In* BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (Ed.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economic*s, Vol. 2, 2014.

CANADA. *Canadian Competition Act.* Disponível em: <http://gwclc.com/Library/America/Canada/Competition%20Act.pdf>.

COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. *Journal of Law Economics & Policy*, vol. 8, 2012.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. The Empty Promise of Behavioral Antitrust, 37 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 37, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 519 U.S. 209 (1993) and Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., 549 U.S. 312 (2007).

FINLÂNDIA. *Finnish Competition Act*. Disponível em: <https://www.kkv.fi/en/facts-and-advice/competition-affairs/competition-restraints/abuse-of-dominant-position/forms-of-abuse-of-dominant-position/>.

FOX, Eleanor M. & SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and Materials on Antitrust* 1. 3a ed. West Academic Publishing, 1989.

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and Materials on Antitrust* 2. 3a ed. West Academic Publishing, 1989.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy*. 3a ed. Saint Paul: Thomson West, 2005.

HUFFMAN, Max; HEIDTKE, Daniel B. Behavioral Exploitation Antitrust in Consumer Subprime Mortgage Lending. *William. & Mary Policy Review*, Williamson, vol. 4, 2012.

ICN. *ICN Unilateral Conduct Workbook*. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/unilateral/ucworkbook.aspx>.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *In* SUNSTEIN, Cass R. (Ed.). *Behavioral Law & Economics*, 2000.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. New York: Farrar Straus

Giroux, 2013.

MEXICO. *Ley Mexicana Federal de Competencia Económica*, Disponível em: <http://gwclc.com/Library/America/Mexico/Compendio_CFC_enero_2013.pdf>.

MITCHELL, Gregory. Taking Behavioralism Too Seriously - The Unwarranted Pessimism of the New Behavorial Analysis of Law, *William. & Mary Law Review*, Williamson, vol. .43, 2002.

OECD. *Abuse of dominance and monopolization*. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/>.

OFFICE OF FAIR TRADING. What does Behavioural Economics mean for Competition Policy?.Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http:/www.oft.gov.uk/shared_oft/economic_research/oft1224.pdf>.

REEVES, Amanda P.; STUCKE, Maurice E. Behavioral Antitrust, *Indiana Law Journal*, Indianapolis, vol. 86, 2011.

STUCKE, Maurice E. Money, Is That What I Want: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics, *Santa Clara Law Review*, Santa Clara, vol. 50, n. 3, 2010.

THIEL, Peter; MASTERS, Blake. *Zero to One: Note on Startups, or how to build the future*. New York: Crown Business, 2014.

TOR, Avishalom. The Market, the Firm, and Behavioral Antitrust. *In* ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Oxford: oxford university press, 2014.

TREBILCOCK, Michael J.; IACOBUCCI, Edward M. Designing Competition Law Institutions, *World Competition* vol. 25, 2002.

U.S. Dep't of Justice, *Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law* (2009), Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008)*, Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm>.

UNIÃO EURIOPEIA, *Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (2009), Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN >.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4a ed. Cambridge: MIT Press, 2005.

A COMPRESSÃO DE MARGENS NA FRONTEIRA DO DIREITO CONCORRENCIAL

Bruno Braz de Castro

Resumo: O trabalho versa sobre a "compressão de margens". Analisam-se as construções jurisprudenciais estadunidense e europeia sobre o tema, para evidenciar como a divergência entre elas é derivada de diferentes perspectivas sobre a finalidade do antitruste. Discute-se, então, o reflexo da discussão para o direito brasileiro: a jurisprudência do CADE não manifesta adesão às teorias europeia ou estadunidense; ao mesmo tempo, não é possível observar uma abordagem brasileira coerente sobre o tema. A concepção da compressão de margens como conduta autônoma e o teste do "concorrente igualmente eficiente" podem constituir pontos de partida adequados à jurisprudência nacional.

Palavras-chave: Direito Econômico; Direito da Concorrência; Compressão de Margens; Compressão de Preços; Abuso de Posição Dominante; Monopolização.

Keywords: Economic Law; Competition Law; Margin Squeeze; Price Squeeze; Abuse of Dominant Position; Monopolization.

O presente trabalho versa sobre a conduta anticompetitiva conhecida como *compressão de margens*[1] ("*margin squeeze*", também sendo comum a denominação "*price squeeze*", ou *compressão de preços*). A escolha dessa prática como objeto de estudo baseou-se no fato de que, como se verá, a compressão de margens é, em mais de um sentido, uma *conduta-fronteira*: em primeiro lugar, porque sua definição encontra-se na fronteira tipológica de outras condutas anticoncorrenciais mais tradicionais; em segundo, porque a jurisprudência recente acerca da conduta exemplifica que – não obstante os

1 Embora o significado seja o mesmo, o termo "price squeeze" (compressão de preços) é mais comum na jurisprudência e teoria estadunidense, enquanto "margin squeeze" (compressão de margens) é o uso predominante no sistema europeu (HAY; MCMAHON, 2012, p. 261). A escolha da tradução "compressão de margens" baseou-se na tradução oficial para o português do termo "margin squeeze" pela Comunidade Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 80). Na doutrina brasileira, identifica-se uma tradução alternativa como "preços opressivos" (FORGIONI, 2012, § 293).

notáveis esforços de convergência da teoria concorrencial ao redor do mundo – sequer entre as jurisdições com maior tradição na matéria diluiu-se a fronteira no que diz respeito à definição das finalidades do antitruste.

O texto está organizado da seguinte maneira: após breve introdução, em que se recordará os elementos da prática, serão analisados os recentes desenvolvimentos na jurisprudência estadunidense e europeia sobre o tema. Os reflexos da discussão para o sistema jurídico brasileiro serão apresentados ao final.

1. Breve introdução. A compressão de margens na fronteira das teorias tradicionais de condutas anticoncorrenciais

Suponha-se uma empresa verticalmente integrada "A", que atue simultaneamente no mercado "i" (insumo), a montante ("*upstream*"), e no mercado "p" (produto final) a jusante ("*downstream"*). Suponha-se, ao mesmo tempo, uma empresa "B" que atue unicamente no varejo do produto final "p", não sendo verticalmente integrada ao atacado do insumo "i". Assim sendo, para atuar no mercado "p" (varejo do produto final), a empresa "B" precisa adquirir o insumo "i", no atacado, da empresa "A". Para a empresa "B", portanto, a empresa "A" é simultaneamente fornecedora para o insumo "i" (atacado) e concorrente para o produto final "p" (varejo). Nesse contexto, pode ocorrer a *compressão de margens* quando a margem entre (1) o preço cobrado pela empresa dominante para o produto final (varejo) e (2) o preço de acesso ao insumo (atacado) é negativa ou insuficiente para que um concorrente no varejo possa concorrer efetivamente ou permanecer no mercado.

Observe-se, então, que a conduta – tanto na discussão europeia quanto na estadunidense[2] – é derivada da conjugação de duas práticas de precificação em mercados distintos, cuja análise individualizada pode corresponder a teorias tradicionais de responsabilidade concorrencial por predação, exploração ou exclusão (FAELLA; PARDOLESI, 2010, p. 256). O que a teoria da compressão de margens tenta captar, no entanto, são os efeitos exclusionários da *conjugação* entre os dois preços, independentemente de sua legalidade quando analisados por si sós. Esse é, justamente, o objeto da polêmica em torno da teoria, com respostas distintas nos sistemas estadunidense e europeu.

2. A "compressão de preços" na jurisprudência da Suprema Corte dos

2 Embora o entendimento sobre suas repercussões jurídicas difiram sobremaneira nos dois lados do Atlântico, os traços elementares do conceito repetem-se. Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. 01 e COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 80.

EUA

Na jurisprudência recente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a conduta – que é, geralmente, referida pelo termo *compressão de preços* ("price squeeze") – não se consolidou como uma prática autônoma multimercado, mas como uma modalidade de recusa presumida de contratar (no atacado) ou de preços predatórios (no varejo), condutas proscritas pela Seção 2 do *Sherman Act* (1890), que estipula o ilícito criminal de *monopolização*.

Um dos primeiros casos paradigmáticos envolvendo a compressão de preços é o célebre *Alcoa* (*United States v. Aluminum Co. of America* – 1945), decidido pelo Segundo Circuito de Cortes de Apelações dos Estados Unidos. A decisão estabeleceu a ilegalidade da fixação, por um monopolista no atacado, de preços "injustos" para os insumos a montante, a ponto de se tornar impossível a obtenção de lucratividade "razoável" por seus rivais no varejo[3], o que revela uma análise conjunta das práticas de precificação no atacado e no varejo.

Após décadas de decisões conflitantes nas cortes inferiores[4], a questão da compressão de preços foi finalmente considerada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2009, na decisão para o caso Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc. (doravante referido por "*linkLine*")[5]. A decisão, em vez de basear-se em *Alcoa,* lançou mão de outros precedentes para analisar *individualmente* os preços de atacado e varejo.

No que concerne aos níveis baixos dos preços de varejo, a Suprema Corte estabeleceu que deveriam ser atendidos os critérios estabelecidos em *Brooke Group* para caracterização dos preços predatórios: preços abaixo de uma medida adequada dos custos empresariais, aliados à "perigosa probabilidade" de recuperação dos prejuízos incorridos[6].

Em relação aos níveis altos dos preços de atacado – considerando-se a inexistência da figura dos preços excessivos *exploratórios* no sistema

[3] A incerteza de parâmetros como "preço justo" e "lucro razoável" em Alcoa foram intensamente criticados, especialmente pelos teóricos da Escola de Chicago (SIDAK, 2007, p. 283).

[4] Cf. Sidak (2007) para uma análise da divergência jurisprudencial que levou a questão à Suprema Corte.

[5] A alegação da compressão de preços pelos reclamantes era a de que a AT&T, simultaneamente, elevou seus preços de atacado (acesso ao DSL) e reduziu seus preços no varejo, comprimindo a margem de lucro de seus concorrentes (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. I).

[6] Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III.

estadunidense[7] – a Suprema Corte avaliou a possibilidade de configuração de preços excessivos *exclusionários* que caracterizassem recusa presumida de contratar.

O reconhecimento de uma obrigação *concorrencial* de contratar é absolutamente excepcional, depende de evidências objetivas da *intenção de monopolizar*[8] (*Colgate*, 1919[9]), que são depreendidas da interrupção injustificada de um curso prévio de contratações voluntárias (*Aspen*, 1985[10]). Caso o curso prévio de contratações anteriores tenha ocorrido por obrigação *regulatória* de contratar, não há voluntariedade e, portanto, não há intenção de monopolizar (*Trinko*, 2004[11]). Ausente obrigação *concorrencial* de contratar, não há obrigação de contratar sob termos e condições vantajosos ou específicos (*Trinko*, 2004[12]). Com base nesses precedentes, a Suprema Corte negou a existência de uma obrigação concorrencial de contratar (i.e., que poderia ser derivada da interrupção injustificada de um curso prévio de contratações voluntárias), o que precluiria a discussão sob condições contratuais desvantajosas[13].

Observa-se, portanto, que a Suprema Corte rejeitou o conceito da compressão de preços como uma violação autônoma sob o Sherman Act – por autônoma, entenda-se, derivada da interação entre um preço de atacado, ausente obrigação antitruste de contratar, e de um preço de varejo não-predatório

---

[7] Esse ponto foi reafirmado em linkLine com base em Trinko (2004) (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III, tradução livre). Sobre os preços exploratórios, cf. CASTRO, 2012.

[8] Desde o precedente Grinnell (1966), solidificou-se o teste de duas partes para configuração do ilícito de monopolização segundo o qual exige-se a aquisição ou manutenção intencional do poder de monopólio (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 1966, p. 384 U.S. 571, tradução livre). Tal intenção é, contudo, entendida de modo objetivo, ou seja, uma inferência derivada da própria conduta, sem preocupação com ao estado subjetivo do agente(CASS; HYLTON, 2000, p. 4). Cf. também HOVENKAMP, 2000, p. 3.

[9] Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 1919, p. 250 U.S. 307.

[10] Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 1985, p. 472 U.S. 611. A interrupção injustificada de um curso prévio de contratações voluntárias e, portanto, presumivelmente lucrativas, tornaria possível concluir que a empresa estaria renunciando a lucros em curto prazo em prol da monopolização em longo prazo (CASS; HYLTON, 2000, p. 23; LAO, 2005, p. 172).

[11] UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. III. Sobre esse teste (conhecido por "no economic sense test") e sua relação com evidências de intenção objetivas em vez de subjetivas, cf. Werden (2005, p. 304).

[12] UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. III.

[13] UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III.

(UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III)[14].

O rigor da análise da compressão de preços pela Suprema Corte relaciona-se, em parte, ao fato de que, desde o advento do ideário da Escola de Chicago, iniciada a partir do final da década de 70, o antitruste dos EUA tem conformado uma atuação marcadamente não-intervencionista quanto às práticas unilaterais (BAKER, 2013). Esse minimalismo é apoiado em três pilares, que permeiam toda a discussão sobre a compressão de margens nesssa jurisdição[15].

O primeiro deles é a consideração de que a finalidade do direito concorrencial é a maximização do "bem-estar do consumidor" (eficiência alocativa). Não obstante as polêmicas envolvendo o conceito[16], importa notar que, neste sistema, a ilicitude concorrencial está vinculada a seu impacto em curto prazo na eficiência alocativa (estática) através, por exemplo, da probabilidade de exercício de poder de mercado, com aumento de preços, sem eficiências compensatórias. Ao contrário do sistema europeu, não se reconhece, portanto, valor intrínseco à concorrência como instituição, à igualdade de oportunidades ou à preservação da rivalidade: incluir preocupações desse tipo constituiria proteger *concorrentes, e não a concorrência* (OSTI, 2015, p. 230; GERLA, 1996, p. 138). Daí deriva a ideia de que a compressão de margens só pode ser ilícita se permitir o aumento de preços pela empresa dominante em curto prazo (o que explica o teste do sacrifício e recuperação para os preços de varejo).

O segundo pilar é a crença de que a esmagadora maioria das práticas unilaterais não teria racionalidade econômica exclusionária e, pelo contrário, teria justificativas de eficiência e seria, portanto, pró-competitiva (POSNER, 1979, p. 927)[17].

---

[14] Com relação às (limitadas) hipóteses em que se reconhece estar presente um dever antitruste de contratar – situação não expressamente coberta pela decisão em linkLine – Cf. Faella e Pardolesi (2010, p. 264), no sentido afirmativo e Sidak (2007, p. 299), no negativo.

[15] Cf., em especial, o parecer que Bork e outros economistas submeteram em Amici Curiae ao caso linkLine perante a Suprema Corte dos EUA (BORK; SIDAK et. al., 2009).

[16] A Suprema Corte dos EUA afirmou, em inúmeras oportunidades como as decisões para Reiter (1979), Maricopa (1982) e NCAA (1984), que a finalidade do antitruste seria o bem-estar do consumidor, embora o sentido desse termo (se consistiria no estrito "excedente do consumidor" ou no "bem-estar total") ainda seja polêmico. cf. HOVENKAMP, 2013; KIRKWOOD; LANDE, 2008; ORBACH, 2010; KAPLOW, 2012.

[17] Esse pensamento se baseia em teorias como a do "único lucro de monopólio", a eficiência da discriminação de preços, a irracionalidade da predação, dentre outras. O

Nessa linha, a racionalidade econômica da prática de compressão de margens é posta em dúvida com recurso à teoria do "único lucro de monopólio" [18], segundo a qual não haveria incentivo econômico para que uma empresa verticalmente integrada não-regulada empreendesse a compressão de margens, já que ela poderia, simplesmente, elevar o preço do insumo que controla e, daí, extrair as rendas de monopólio existentes na cadeia de produção (SIDAK, 2007, p. 298)[19].

A validade dessa teoria para a compressão de margens, contudo, é objeto de contestação por outros autores, especialmente com base nas teorias Pós-Chicago de fechamento de mercado ("*foreclosure*"), que apontam: (a) que a validade da teoria do "único lucro de monopólio" depende da presença de pressupostos muito estritos[20]; (b) alguns mercados possuem características que tornam lucrativa a compressão de margens[21]; (c) a adoção da compressão de margens, embora não vise à "alavancagem" do monopólio para o mercado a jusante, pode objetivar proteger ou otimizar a exploração da posição dominante no próprio mercado a montante[22].

---

foco do antitruste deveria, neste contexto, ser em cartéis e fusões horizontais que criem monopólio (POSNER, 1979, p. 928).

[18] Em linhas gerais, essa teoria observa – com relação a um monopolista verticalmente integrado que controla um insumo no mercado a montante – que a fonte dos lucros de monopólio é apenas uma (os consumidores finais). Portanto, se um agente econômico já controla um item da cadeia vertical de produção, é capaz de – exercendo seu poder de precificação do insumo no atacado –absorver toda a renda de monopólio, capturando os ganhos dos rivais a jusante. Assim sendo, o monopolista não precisa "alavancar" seu poder de mercado e excluir os rivais a jusante (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 13).

[19] Cf. também CARLTON, 2008, p. 274-275.

[20] Tais requisitos estritos seriam, p. ex., um mercado de varejo em concorrência perfeita e uma complementaridade perfeita entre insumos e produtos – não sendo, necessariamente, extensível a outras situações (CROCIONI; VELJANOVSKI, 2003, p. 36)

[21] Para Bergqvist e Townsend (2015, p. 8), p. ex., alguns elementos, como a presença de economias de escala e escopo, efeitos de rede e a existência de regulação de preço, podem tornar economicamente lucrativo o fechamento de mercado através da compressão de margens. Igualmente, Meisel (2012) analisa que o incentivo para compressão de margens seria dependente de variáveis como a lucratividade relativa do mercado a montante, a probabilidade de capturar os clientes dos concorrente de varejo, a diferenciação dos produtos, a eficiência dos rivais autônomos no varejo e existência de insumos alternativos, dentre outros (MEISEL, 2012, p. 393).

[22] Jullien, Rey e Saavedra (2014, p. 15) analisam que o fechamento vertical de mercado por uma empresa não-regulada (ou sob fraca regulação) poderia ocorrer sob três lógicas principais: (1) exclusão de rivais a jusante permitiria a otimização do exercício de poder

O terceiro pilar diz respeito a algum ceticismo quanto à capacidade de a intervenção estatal gerar benefícios econômicos à coletividade. Diante da dificuldade de se apurar, em casos concretos, os pressupostos das teorias econômicas subjacentes ao instrumental antitruste, esta política pública teria grande chance de erro. Erros tipo I (condenações errôneas) trariam prejuízos graves aos incentivos para investimento e inovação, punindo o sucesso empresarial e tendendo à permanência, enquanto erros tipo II (absolvições errôneas) seriam de menor gravidade, vez que práticas anticompetitivas tendem à autocorreção pelas forças do mercado, uma vez que preços altos atraem a entrada de novos competidores (EASTERBROOK, 1984, p. 3; DEVLIN; JACOBS, 2010).

Nesse ponto, a preferência por erros tipo II em vez de erros tipo I é marcante entre autores contrários ao reconhecimento da compresssão de margens como ilícito antitruste[23], e também foi expressamente mencionada em *Trinko* e *linkLine* como justificativa para testes rígidos para análise de preços exclusionários no varejo[24].

Mesmo condenações acertadas, afirma-se, tenderiam a ocasionar comportamento empresarial estratégico prejudicial, em última análise, ao bem-estar do consumidor (CARLTON, 2008, p. 273). Aqui, quando a empresa dominante *está sujeita a obrigação de contratar*, destaca-se a teoria do "guarda-chuva de preços", segundo a qual, diante da ameaça de condenação em razão da compressão de margens, a empresa dominante, em vez de reduzir os preços de atacado, iria evitar a margem negativa através da elevação de seus preços de varejo, protegendo seus concorrentes sob esse "guarda-chuva" de preços (mais altos) e prejudicando o bem-estar do consumidor (BORK; SIDAK, 2009, p. 14; CARLTON, 2008, p. 277). Tal teoria é, contudo, relativizada por alguns autores, que observam que a proibição da compressão

---

de mercado pelo monopolista a montante; (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 16). (2) Proteção do mercado núcleo (a posição dominante no mercado a montante), quando a entrada no mercado de varejo facilita a entrada no atacado (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 18); e (3) a compressão de margens como prática exploratória do valor criado no varejo. Já para a empresa sob estrita regulação dos preços de acesso, a lógica apontada por Jullien, Rey e Saavedra (2014, p. 29) seria a da predação, embora esses autores entendam que os testes de predação comuns não levam em consideração a integração vertical e necessitariam, portanto, de correções (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 29).

[23] Cf. CARLTON, 2008, p. 278; SIDAK, 2007, p. 307.

[24] A Suprema Corte dos EUA mencionou expressamente o termo "falsos positivos" e seus efeitos nos incentivos para a concorrência, investimento e inovação, em Trinko(UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. 14) e em linkLine (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III).

de margens pode estimular a entrada de empresas eficientes e, assim, impedir a ocorrência do efeito guarda-chuva, reduzindo os preços[25].

Caso *não haja obrigação de contratar*, para alguns autores, a empresa dominante, diante do risco de condenação errônea por compressão de margens (um falso positivo), não arriscaria fornecer o bem ou serviço a seus concorrentes[26]. Outros autores, contudo, defendem que os incentivos a auferir a lucratividade gerada pela venda do insumo no atacado para os concorrentes do varejo (mesmo ausente obrigação de contratar) podem se sobrepôr ao temor de condenações errôneas (MEISEL, 2012, p. 394), e que a proibição de compressão de margens configura restrição menos danosa aos incentivos empresariais que a obrigação de contratar[27].

É necessário ter clareza, acima de tudo, que a avaliação do impacto de condutas exclusionárias – e de sua proibição – é um exercício teórico que depende, antes de tudo, do entendimento acerca da finalidade do antitruste, o qual deriva de uma escolha, sobretudo, política[28]. Mesmo, contudo, que se assuma como objetivo do antitruste o bem-estar do consumidor, é possível concluir que a existência das divergências em questão é suficiente para que sejam rejeitadas propostas no sentido de abolir totalmente a possibilidade de condenação da compressão de margens (BORK; SIDAK, 2009, p. 14), sendo pertinente a análise dessas questões em cada caso concreto.

---

[25] Cf. Choné, Komly e Meunier (2010): "O medo de uma compressão de margens pode induzir empresas eficientes a desistir da entrada. Como resultado, ausente a proibição da compressão, o operador verticalmente integrado pode usufruir de um monopólio sem implementar de fato uma compressão de margens; a entrada é dissuadida através da mera ameaça de uma compressão. Uma proibição à compressão elimina essa ameaça, fazendo assim a entrada eficiente mais lucrativa. Quando a regulação da taxa de acesso não é muito frouxa ou muito apertada, uma proibição na compressão aumenta o excedente do consumidor e o bem-estar total" (CHONÉ; KOMLY; MEUNIER, 2010, p. 2, tradução livre).

[26] CARLTON, 2008, p. 276; FAELLA; PARDOLESI, 2010, p. 270.

[27] A proibição da compressão de margens implica na imposição de um dever negativo à empresa (não praticar a compressão, caso decida voluntariamente contratar), o que é compatível com a teoria da "responsabilidade especial" da empresa dominante e, assim, menos intervencionista que a imposição de um dever positivo de contratar (MEISEL, 2012, p. 394).

[28] Boa parte das discussões aqui apresentadas partem do pressuposto de que a finalidade do antitruste é o bem estar do consumidor (bem-estar total em alguns casos, excedente do consumidor em outros) e, portanto, sua transferibilidade a outras jurisdições merece cautela – vide, por exemplo, o posicionamento europeu apresentado a seguir. Sobre a influência da ideologia na conformação da política antitruste, Cf. LAO, 2014.

3. A "compressão de margens" na jurisprudência da Corte Europeia de Justiça

Nos últimos anos, a Corte Europeia de Justiça (CEJ) proferiu condenações paradigmáticas em três casos de compressão de margens, todos envolvendo preços de acesso no atacado cobrados por empresas dominantes em setores de telecomunicação recentemente privatizados: *Deutsche Telekom* (2010), *Teliasonera* (2011) e *Telefónica* (2014). Nessas decisões, a CEJ estabeleceu importantes parâmetros ao tratamento da prática[29].

No direito concorrencial europeu, a compressão de margens constitui uma infração autônoma. Isso quer dizer que o efeito exclusionário da prática é apurado a partir da interação entre as práticas de precificação no atacado e varejo, sendo desnecessária a caracterização de ilicitude de qualquer um dos dois preços, por si só considerados[30].

Isso significa, quanto aos preços de varejo, que a abordagem europeia não exige que sejam predatórios para que o efeito exclusionário seja evidenciado. A teoria estadunidense afere o potencial exclusionário e prejudicial ao bem-estar do consumidor dos preços predatórios com base em uma concepção intertemporal (fases de sacrifício e recuperação) em um mesmo mercado relevante. A CEJ observou que a compressão de margens representaria uma estratégia multimercado de exclusão, em que a empresa dominante controla parte dos preços de produção dos rivais (MEISEL, 2012, p. 297), de modo que a empresa verticalmente integrada não precisa de, necessariamente, incorrer em prejuízos para implementar a prática: a empresa pode, por exemplo, elevar os preços de atacado (restringindo a capacidade de precificação de seus concorrentes) ao mesmo tempo em que mantém preços de varejo altos o suficiente para cobrir seus custos (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 34). Não se fazendo necessário o sacrifício (JONES, 2016, p. 138), não se exige, ao contrário dos preços predatórios nos EUA, prova de potencial de recuperação (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 99-101).

Quanto à precificação no atacado, igualmente, consolidou-se na jurisprudência europeia a afirmação da autonomia da teoria da compressão de margens face à teoria da recusa de venda. A Comissão Europeia, inicialmente, havia categorizado a compressão de margens como uma forma de recusa

[29] Na Comunidade Europeia, o tratamento jurídico da compressão de margens decorre da proibição ao abuso de posição dominante por meio da imposição de "preços não equitativos", conforme estabelecido pelo Artigo 102 (a) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFEU) (antigo art. 82).

[30] Cf. Deutsche Telekom (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 159, tradução livre) e TeliaSonera (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 34).

presumida de venda[31], embora seja importante notar que, ao contrário da jurisprudência estadunidense (centrada na "intenção de monopolizar"), a teoria da obrigação de contratar europeia é *objetiva*, sujeita aos critérios estabelecidos no caso *Bronner* (1998) – em especial, a demonstração da *indispensabilidade* do produto[32].

Esse entendimento foi rejeitado pela Corte Europeia de Justiça na decisão para o caso *TeliaSonera* (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 56, tradução livre)[33]. A CEJ não requer, portanto, que o insumo seja "indispensável", nos termos de *Bronner*, para caracterização da compressão de margens (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 72)[34], muito embora tal elemento não se tenha tornado irrelevante[35].

Tendo em vista a desnecessidade de comprovação de "intenção de monopolizar" no abuso de posição dominante europeu, então, a existência de contratos voluntários anteriores não assume, neste sistema, o papel analítico central que possui no sistema estadunidense, tampouco é essencial apurar se tais contratos foram voluntários ou derivados de compulsão regulatória[36].

---

[31] Cf. a "Orientação" da Comissão Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 80).

[32] Desde Bronner (1998) e Microsoft (2007), a CEJ estabeleceu condições objetivas para que se reconheça obrigação de contratar a uma empresa com posição dominante, sendo tais condições estruturadas em torno da indispensabilidade do produto ou serviço em questão, além do potencial de eliminação da concorrência efetiva e da ausência de justificativas objetivas para recusa (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 1998, § 41; UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2007, § 563). Essa condição também é referida por "infraestruturas essenciais" (essential facilities)

[33] Para a CEJ, estender os critérios de Bronner a todas as condutas anticoncorrenciais baseadas em contratos não-equitativos – como a compressão de margens, discriminação de preços, preços exploratórios, venda casada, etc. – seria inadequado, por limitar demasiado a eficácia das proibições contidas no art. 102 do TFUE (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 55-58).

[34] Esse posicionamento foi reiterado pela CEJ em 2014, na decisão para o caso Telefónica (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2014, § 118).

[35] A análise da "relação funcional entre os produtos de atacado e os produtos de varejo" é essencial para a aferição dos efeitos anticompetitivos da compressão de margens, e a indispensabilidade do insumo é elemento-chave para tal compressão Observa a CEJ que, embora não seja condição essencial, a indispensabilidade torna "provável" a existência de efeitos anticompetitivos, ao passo que, quando essa condição não é preenchida, a Corte pode analisar a ocorrência de efeitos anticompetitivos através de outros elementos que indiquem que a compressão de margens pode dificultar ou impedir a competitividade no mercado (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 69-72).

[36] Como visto, nos EUA, a compressão de margens é compreendida sob a ótica da

O tratamento da compressão de margens pela jurisprudência europeia não prescinde de uma análise econômica de efeitos anticompetitivos, embora siga parâmetros bastantes distintos daqueles observados nos EUA (HAY; MCMAHON, 2012, p. 277). Sob inspiração ordoliberal[37], o direito concorrencial europeu é comprometido com a finalidade da proteção da concorrência como instituição, fundada na garantia de "igualdade de oportunidades" (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, §§ 230 e 233). Desse conceito de igualdade de oportunidades é que deriva a importância da preservação da rivalidade e maior preocupação com o fechamento de mercado, de modo tal que se compreende que a empresa dominante possui responsabilidade especial de não-distorção da estrutura do mercado (ADAM; ALDER, 2008, p. 575). A análise econômica das práticas unilaterais, assim, é procedida com maior rigor, e tem um foco distinto daquele observado no sistema estadunidense: busca-se identificar o dano à estrutura da concorrência efetiva, e a prova de prejuízo direto ao bem-estar do consumidor, em curto prazo, não é essencial para a configuração do abuso (DREXL, 2015, p. 274)[38].

A condenação por compressão de margens, destaque-se, não deriva somente da diferença entre preços de atacado e varejo. É necessária a comprovação de efeitos anticoncorrenciais exclusionários, concretos ou potenciais, no sentido da elevação artificial das barreiras à entrada e prejuízos

recusa de venda – e, para configuração da obrigação concorrencial de contratar, faz-se mister comprovar a "intenção de monopolizar" através da interrupção injustificada de contratos voluntários anteriores. No sistema europeu, a compressão de margens é conduta autônoma e, mesmo que não o fosse, a teoria da recusa de venda europeia é objetiva (baseada na indispensabilidade do bem e efeitos anticompetitivos da prática). Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, §§ 92-93.

[37] Em termos gerais, a teoria ordoliberal, construída especialmente na Alemanha pela Escola de Freiburg na década de 1930 e 1940, estabelece a necessidade de – ao lado de uma Constituição Política, desenhada para dispersar poder político – a vigência de uma Constituição Econômica, para dispersar poder econômico (GORMSEN, 2010, p. 43). Nesse contexto, a concorrência comparece como garantia democrática fundamental (GERBER, 1994b, p. 51) para desempoderamento de grandes estruturas econômicas privadas e prevenção de suas repercussões políticas negativas (OSTI, 2015, p. 240). Gerber observa que, ao contrário do pensamento de Bork, "os ordoliberais focaram na necessidade de proteger as condições da concorrência em vez dos resultados de curto prazo da concorrência" (GERBER, 1994a, p. 82 - Tradução Livre).

[38] A CEJ estabeleceu, em Continental Can (1973) que a prova de dano direto ao bem-estar do consumidor não é necessária para configuração do ilícito, uma vez que eles são também prejudicados indiretamente por práticas que distorcem a igualdade de oportunidades e prejudicam a estrutura da concorrência efetiva. Esse entendimento sobreviveu ao "more economic approach" da Comissão Europeia e foi reafirmado nos casos British Airways (2007) e Glaxo (2009) (OSTI, 2015, p. 246).

à estrutura da concorrência através de práticas diferentes da concorrência pelo mérito (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 253). A análise de efeitos anticoncorrenciais da compressão de margens, observou a CEJ em *TeliaSonera*, passa, dentre outros elementos: (a) pela análise da relação funcional entre produtos de atacado e varejo – muito embora, como visto, não seja necessário que o insumo seja indispensável; e (b) pela extensão da margem comprimida, de tal forma que, se a margem é *negativa*, o prejuízo é provável e, se é *positiva*, deve-se verificar que a prática pelo menos dificulta de modo substancial a concorrência no mercado, gerando lucratividade reduzida (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 60 et seq.), sem justificativas objetivas adequadas.

Essa abordagem é criticada por defensores do entendimento vigente no sistema estadunidense, sob a premissa de que a visão europeia subjuga o bem-estar dos consumidores à proteção dos concorrentes (BORK; SIDAK, 2009, p. 5). As construções jurisprudenciais acima evidenciadas, contudo, afirmam a necessidade de se equilibrar, de um lado, a busca por eficiência empresarial e, de outro, a preservação da igualdade de oportunidades no mercado, tendo em vista a manutenção de uma estrutura competitiva em longo prazo, sem proteger firmas ineficientes.

O teste do "concorrente igualmente eficiente", bem como suas variações, visa a responder, justamente, a essa preocupação (MEISEL, 2012, p. 395). Segundo o teste[39], em linhas gerais, uma prática será exclusionária quando tiver a aptidão de excluir um concorrente tão (ou mais) eficiente quanto a empresa dominante, elevando barreiras à entrada e restringindo o direito de escolha do consumidor através de práticas distintas da concorrência pelo mérito (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 177).

O que é crucial para a compreensão desse teste é observar que o "concorrente igualmente eficiente" é um concorrente que possui *a mesma estrutura de custos da empresa dominante*. Em outras palavras: o que é levado em conta, para a aferição do caráter exclusionário da conduta da empresa dominante, são seus próprios custos – não os de seus competidores. A

[39] Cf. Deutsche Telekom (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 200), TeliaSonera (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, §§ 41-42, tradução livre) e Telefónica (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2014, § 124). O teste do "concorrente igualmente eficiente" é de origem estadunidense, sendo possível encontrar propostas de sua implementação em contextos como o preço predatório e a venda casada (MANDORFF; SAHL, 2013, p. 3). Esse teste é, contudo, diferente do teste Alcoa acima apresentado, porque, embora o voto de Learned Hand também tenha feito referência aos custos da Alcoa, o teste europeu dispensa a referência a um "preço justo" ou a um "lucro sustentável" para os rivais da empresa (HAY; MCMAHON, 2012, p. 272).

racionalidade desse critério é a de que, se um concorrente tão eficiente quanto a própria empresa não poderia sobreviver no mercado, não é possível afirmar que a condenação do abuso de posição dominante protegeria firmas ineficientes da concorrência pelo mérito (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 43). Outra função do teste, apontada pela CEJ, é de garantir a segurança jurídica da empresa dominante, que seria prejudicada caso a legalidade da conduta fosse dependente da estrutura de preços de um concorrente – que, idealmente, não é de seu conhecimento – evitando-se também riscos de colusão e incentivos à troca de informações sensíveis (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 202)[40].

Observe-se, por fim, que a jurisprudência europeia, assim como a Suprema Corte dos EUA, reafirma a necessidade de apurar os efeitos da intervenção concorrencial nos incentivos de investimento das empresas dominantes (em especial, erros tipo I e tipo II)41. O que parece ser uma tendência notável, contudo, é a apuração desses incentivos em relação a cada caso específico, sem se apoiar em presunções generalizantes sobre o comportamento dos agentes econômicos. Assim, por exemplo, a Comissão entende que o rigor do critério da indispensabilidade para configuração da obrigação de contratar pode ser amenizado quando "a posição da empresa dominante no mercado a montante foi desenvolvida ao abrigo da protecção de direitos especiais ou exclusivos ou foi financiada por recursos estatais" (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 82)42. Também nos casos de compressão

[40] Algumas críticas ao teste do concorrente igualmente eficiente sugerem a formulação de um teste do "concorrente razoavelmente eficiente", alegando o fato de que, em certas situações – especialmente em setores recentemente liberalizados, com posições dominantes entrincheiradas por décadas de monopólio legal – seria necessário maior deferência aos rivais que, embora menos eficientes, exerceriam pressão concorrencial importante e precisariam de maior tempo para a obtenção da escala e experiência necessárias para atingir idêntico nível de eficiência à empresa dominante. Cf. COMISSÃO EUROPEIA, 2009, §§ 23-24; UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias, 2007, § 311; GAUDIN; SAAVEDRA, 2014, p. 159 (descrevendo a metodologia do teste);ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2009, p. 215, 229 relatos das autoridades de Reino Unido e Suécia sobre a possível aplicação do teste; e HAY; MCMAHON, 2012, p. 272 (críticas à insegurança jurídica do teste); GERADIN; O'DONOGHUE, 2005, p. 393 (analisando o fato de que a proteção de rivais menos eficientes não seria adequada ao contexto concorrencial e sim regulatório).

[41] Cf. COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 75.

[42] Assim, se a posição dominante é derivada, por exemplo, de um antigo monopólio legal (o que é comum em setores privatizados) ou de outra forma de financiamento estatal, não há investimento empresarial inovador a ser protegido e fica "evidente que a imposição da obrigação de fornecimento não terá, manifestamente, efeitos negativos

de margens, a CEJ e a Comissão levaram em consideração, cuidadosamente, os investimentos feitos pelas empresas dominantes, bem como a *origem* de seu poder econômico[43].

4. A compressão de margens e o direito concorrencial brasileiro

A jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre a compressão de margens é esparsa e não apresenta uma conceituação coerente sobre o tema. Por essa razão, não é possível afirmar que a prática decisional do CADE tenha desenvolvido uma teoria tipicamente brasileira para o tema, e tampouco se pode concluir que o órgão tenha optado por alinhar-se a uma das concepções acima apresentadas.

Dentre os votos que mencionaram a prática, destacam-se[44]:

a) *Processos Administrativos nº 53.500.001821/2002, 53.500.001823/2002 e 53500.001824/2002*[45]*:* Segundo o voto do Relator, haveria dois testes sequenciais para a identificação da compressão de margens: a comparação da receita da empresa com seus custos totais, e a comparação

sobre os incentivos do proprietário do produto e/ou de outros operadores para investirem e inovarem a montante, seja de forma ex ante ou ex post" (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 82, tradução livre).

[43] No caso Deutsche Telekom, o fato de a empresa ter usufruído de um monopólio legal antes da liberalização foi parte da justificativa para a razoabilidade da configuração do abuso (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010b, § 234, tradução livre, sem grifos no original). No mesmo sentido, no caso Telefónica, a decisão da Comissão Europeia observou que os incentivos ex ante para investimento pela Telefónica não seriam ameaçados pela decisão, uma vez que "a infraestrutura da Telefónica é em grande margem o fruto de investimentos que foram empreendidos bem antes do advento da banda-larga na Espanha e que, assim, não tiveram relação com o fornecimento de serviços de banda larga" (UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias, 2007, § 304, tradução livre).Igualmente, no TeliaSonera, parte da análise da CEJ observou a importância de aplicação do artigo 102 no mercado relevante uma vez que "sua estrutura concorrencial ainda é altamente influenciada por sua estrutura monopolística anterior" (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 109, tradução livre).

[44] Os votos serão analisados, tão-somente, quanto à definição de compressão de margens apresentada, sem efetuar qualquer juízo sobre o mérito das decisões – já que, em sua maioria, tais casos não tratavam exclusivamente da conduta em questão.

[45] No âmbito dos processos, discutiu-se a existência de compressão de margens na cobrança das tarifas de interconexão para acesso à rede local (TU-RL) cobrada pelas concessionárias às concorrentes.

entre o preço de varejo e os custos marginais da empresa[46] (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2005, p. 13). O voto aponta a necessidade de *sacrifício* e, portanto, de caráter *predatório* dos preços de varejo para a configuração da compressão de margens[47]. Se, por essa razão, a concepção do Voto não é compatível com o teste do concorrente igualmente eficiente europeu (que não exige caráter predatório nos preços de varejo), ela tampouco é compatível com os testes tradicionalmente aceitos de predação nos EUA (que, como visto, conectam elementos de *sacrifício* à posterior probabilidade de *recuperação* das perdas, para configuração do prejuízo ao bem-estar do consumidor).

b) *Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17*[48]*:* no voto do Relator, definiu-se a compressão de margens como uma situação em que uma empresa comercializa o acesso a uma infraestrutura essencial, no atacado, a um preço superior ao "custo marginal verdadeiro" (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2004, p. 3.875). Observa-se, então, que, no caso concreto, a compressão de margens foi definida como uma forma de *preço exploratório*, analisada exclusivamente em referência ao preço de atacado. No sistema europeu, a compressão de margens é classicamente definida, contudo, diante da interação entre preços de atacado e varejo; no sistema estadunidense, por sua vez, não se reconhece a figura do preço exploratório[49].

c) *Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91*[50]*:* O voto da Relatora definiu a compressão de margens como uma variante dos preços

[46] O Voto baseou sua análise nos testes de imputação de preços apresentados no trabalho "Imputation rules and the regulation of anti-competitive behaviour in telecommunications" (1999), dos autores australianos Stephen King e Rodney Maddock. Merece destaque que os mesmos autores citados pelo voto, em artigo publicado em 2002, conceituam os testes em questão de modo bastante distinto, buscando comparar cenários reais com cenários hipotéticos em que a empresa teria tido de arcar com os custos dos insumos que cobra de seus concorrentes no varejo. O teste dos autores trata-se, no trabalho de 2002, de uma aplicação do princípio do "concorrente igualmente eficiente" europeu (KING; MADDOCK, 2002, p. 14).

[47] O voto conclui que "a análise conduzida pela Seae não demonstra que os preços finais cobrados pelas Representada não são capazes de cobrir os custos incorridos por elas" (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2005, p. 15) rejeitando a acusação de compressão de preços por essa razão.

[48] O caso trata da cobrança de tarifas na armazenagem de conteineres em alguns terminais portuários.

[49] Cf. CASTRO, 2012.

[50] O caso, envolvendo empresas de telecomunicação, tratou do efeito exclusionário dos preços públicos cobrados para terminação de chamadas na rede móvel (VU-M).

excessivos exclusionários[51]. Por essa razão, o voto analisou a relação entre custos e preços, concluindo que não haveria caráter excessivo, o que seria essencial para a configuração da compressão de margens[52]. A definição da prática apresentada pelo voto – que analisou tão-somente os preços de atacado da empresa verticalmente integrada – difere da definição europeia da compressão de margens (em que o efeito exclusionário deriva da relação entre preços de atacado e de varejo, sem necessidade de que os preços de atacado sejam, por si, excessivos)[53].

Se, como se nota, ainda não se construiu uma teoria brasileira de compressão de margens, a experiência de outras jurisdições pode contribuir à criação de uma política pública adequada às necessidades do país. É indesejável, contudo, a mera replicação de testes de configuração de compressão de margens de outras jurisdições no contexto nacional. É necessária a cautela de se avaliar se as realidades econômica, jurídica e institucional do Brasil apresentam peculiaridades que demandem modificação ou negação da aplicabilidade do teste proposto (GAL; PADILLA, 2010, p. 907).

Em relação aos EUA, viu-se que, naquela jurisdição, o teste para

[51] "De acordo com a representação e com a SDE, as ora Representadas estariam se utilizando de um valor de VU-M manifestamente excessivo e discriminatório, o que levaria à prática de preços abusivos com o fim de exclusão de concorrente (price squeeze)". (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2013, § 107).

[52] "Esse aspecto é de fundamental importância para o deslinde da controvérsia porque, afastada a premissa de que o VU-M precisa corresponder ao custo do uso da rede, fica ainda mais difícil comprovar a acusação de price squeeze, cuja prática dependeria da comprovação de algumas premissas: (i) a de que o VU-M teria por finalidade remunerar o custo do uso da rede móvel na terminação de chamadas e (ii) que os valores do VU-M ora questionados são superiores aos custos de remuneração de uso da rede" (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2013, § 143).

[53] O voto também observou que os preços de atacado eram fixados pela agência regulatória, não havendo autonomia empresarial para sua fixação e, portanto, isentando as empresas de punibilidade (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2013, §§ 115-116). A compulsão regulatória impediria de plano uma acusação de compressão de margens no sistema estadunidense (que não reconhece a noção de obrigação antitruste de contratar – de onde poderia derivar eventual acusação de compressão de margens – se há obrigação regulatória no mesmo sentido). Na jurisprudência europeia, por sua vez, a noção de compulsão regulatória com relação aos preços de atacado não exclui – se há livre precificação no varejo – a autonomia da empresa verticalmente integrada para controlar a margem entre os preços, não a eximindo de possibilidade de condenação por abuso de posição dominante (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, §§ 50-51)

configuração da recusa de contratar (da qual a compressão de margens seria espécie) é centrado na identificação da *intenção* de monopolizar. A importação de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos como *Trinko* e *linkLine* teria de superar, como primeiro obstáculo, o regime de *responsabilidade objetiva* estipulado pela legislação concorrencial brasileira[54].

Ademais, um argumento em prol de se reconhecer o bem-estar do consumidor como finalidade única do direito concorrencial esbarra nos contornos constitucionais e legislativos do sistema jurídico-concorrencial brasileiro[55], que também revela preocupação com a dominação de mercado e a estrutura da concorrência[56]. Esse foco na estrutura da concorrência vem sendo confirmado pela prática decisional do CADE com relação às restrições verticais como um todo (AZEVEDO, 2010, p. 9)[57].

Corroborando essa ideia, observe-se que o rol exemplificativo de condutas potencialmente anticoncorrenciais do art. 36 da Lei nº 12.529/2011,

---

[54] O art. 36 da Lei nº 12.529/2011 é claro em estabelecer que a ilicitude das práticas anticoncorrenciais é estruturada em torno de seus efeitos, "independentemente de culpa".

[55] Além de estipular o caráter de princípio constitucional à livre concorrência (CR/88, Art. 170, IV), a Constituição de 1988 manteve expresso o objetivo de repressão ao abuso de poder econômico, proscrevendo a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros (CR/88, Art. 173, § 4º), o que, conjuntamente ao art. 36 da Lei nº 12.529/2011 (que proscreve a dominação de mercados, o aumento arbitrário de lucros e o abuso de posição dominante), revelam a preocupação com a estrutura da concorrência, não somente com o impacto direto de condutas no bem-estar do consumidor,e não subordina a legalidade de condutas empresariais à redução em imediato do bem-estar do consumidor (Art. 36, I, II, III e IV).

[56] No ponto, cf. ANDRADE, 2014, p. 170; FORGIONI, 2012, p. 186. Ademais, características da economia brasileira – em desenvolvimento, marcada por décadas de política econômica descomprometida com a defesa da concorrência – também sugerem a necessidade de uma postura mais rígida quanto ao fechamento de mercado por práticas unilaterais, como meio de promover a rivalidade e garantir abertura de mercados e maior mobilidade social (ADAM; ALDER, 2008; BUDZINSKI; BEIGI, 2015; DREXL, 2015; FOX, 2007; SALOMÃO FILHO, 2011).

[57] Observa Paulo Furquim de Azevedo que, inclusive, a jurisprudência nacional tem sido bastante consistente nesse sentido: "Quanto à análise de mérito, é interessante notar que, embora o tratamento conferido às restrições verticais seja marcado pela controvérsia e pela oscilação em seu enforcement na jurisdição norte-americana, é notável a consistência da relativamente curta experiência brasileira. Seu foco, via de regra, é a hipótese de fechamento de mercado, de elevação do custo de rivais ou, mais genericamente, de limitação à capacidade de outras empresas concorrerem por custos, por diferenciação ou inovação" (AZEVEDO, 2010, p. 9).

expressamente, inclui as práticas de "*limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado*" (art. 36, § 3º, III), "*criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços*" (art. 36, § 3º, IV) e "*impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição*" (art. 36, § 3º, V).

A propósito, a contribuição do Brasil à mesa-redonda da OCDE sobre compressão de margens enfatizou, acertadamente, que "a compressão de margens é uma forma distinta de abuso nessa jurisdição, embora ela possa manifestar-se junto de outras condutas indesejadas como o preço predatório" (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), 2009, p. 261 - tradução livre). Essa afirmação nos parece acertada. O teste do "concorrente igualmente eficiente" pode ser um ponto de partida relevante para o desenvolvimento do tema no país[58]., por se basear na ilicitude do fechamento de mercado por empresa dominante através de meios distintos da concorrência pelo mérito[59], ideia tão cara ao tratamento do abuso de posição dominante conferido pela legislação concorrencial brasileira[60]

5. Considerações finais

É preciosa, para o direito brasileiro, a constatação de que, sequer entre

[58] Com efeito, o CADE, em uma de suas decisões mais emblemáticas em relação a restrições exclusionárias verticais, o caso AMBEV – Tô Contigo, utilizou-se desse conceito de forma próxima à aqui discutida – embora em sua variante utilizada na teoria dos descontos de fidelidade. O Voto do Relator para o caso destacou a necessidade de aferir os efeitos da prática restritiva da empresa ré no fechamento de mercado para concorrentes "tão ou mais eficientes" (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2009, § 118).

[59] O teste baseia-se na ideia de que é ilícito para uma empresa dominante "[...] adotar práticas de precificação que possuem um efeito exclusionário em concorrentes considerados tão eficientes quanto si e fortalecer sua posição dominante através de métodos distintos daqueles que são parte da concorrência pelo mérito" (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2012, § 24, tradução livre).

[60] A legislação brasileira proscreve a distorção da concorrência através de práticas com o efeito de "dominar mercado relevante de bens e serviços" e "exercer de forma abusiva posição dominante" (Lei Federal nº 12.529/2011, art. 36, II e IV), salvo quando tais efeitos são obtidos pelo mérito ou, nos termos do §1º do Art. 36, ocorrem através de "processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores".

os países desenvolvidos, a teoria concorrencial obteve, até agora, uniformização no entendimento sobre suas finalidades. A persistência de tal fronteira transatlântica, reiterada pelas diferentes abordagens do tema da compressão de margens, demonstra que a implementação do direito concorrencial é inseparável das opções políticas consagradas pelos ordenamentos jurídicos, bem como de dados de sua realidade econômica.

A política antitruste de determinado país não representa, portanto, uma questão de exclusivo interesse da Ciência Econômica. Os modelos econômicos são construídos e implementados em conjunto com (e a partir de) um feixe de instituições jurídicas, alinhadas a um entendimento jurídico-político sobre a(s) finalidade(s) do direito concorrencial. Esse entendimento, por sua vez, é o que informa os pressupostos aos testes econômicos formulados para caracterização da ilicitude da compressão de margens. Testes não são, portanto, necessariamente universais.

É essa a observação que deve orientar a cautela na replicação de jurisprudência estrangeira para fundamentação de decisões administrativas brasileiras. Conquanto útil, a experiência estrangeira deve servir como *ponto de partida* para a reflexão, não como verdade assentada. Considerando-se a condição brasileira de jurisdição antitruste cada vez mais expressiva no contexto internacional, é necessário que a comunidade jurídica nacional esteja permanentemente aberta à construção de conhecimento local, quando isso contribua para a construção de decisões melhor adaptadas aos desafios postos ao atual nível de desenvolvimento brasileiro.

6. Referências

ADAM, Michael; ALDER, Simon. ABUSE OF DOMINANCE AND ITS EFFECTS ON ECONOMIC DEVELOPMENT. In: LIPIMILE, GEORGE; QAQAYA, HASSAN (Org.). . *The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2008. p. 571–629. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/ditcclp20082_en.pdf>.

ANDRADE, José Maria Arruda De. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

AZEVEDO, Paulo Furquim De. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: A Experiência Brasileira*. , Textos para Discussão., nº 264. [S.l: s.n.], 2010.

BAKER, Jonathan B. Exclusion as a Core Competition Concern. *Antitrust Law Journal*, v. 78, p. 527–589, 2013.

BERGQVIST, Christian; TOWNSEND, John. *Enforcing Margin Squeeze Ex*

Post Across Converging Telecommunications Markets. , Legal Studies Research Paper Series., nº 2015–10. [S.l: s.n.], 2015. Disponível em: <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/workingpaper/working_paper_2015-2.pdf>.

BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean Francois. Economic development, legality, and the transplant effect. *European Economic Review*, v. 47, n. 1, p. 165–195, 2003.

BORK, Robert H.; SIDAK, J Gregory. *BRIEF OF AMICI CURIAE PROFESSORS AND SCHOLARS IN LAW AND ECONOMICS IN SUPPORT OF THE PETITIONERS - PACIFIC BELL TELEPHONE COMPANY d/b/a AT&T CALIFORNIA, et al., Petitioners, v. LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., et al., Respondents.* . [S.l: s.n.]. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/preview/publiced_preview_briefs_pdfs_07_08_07_512_PetitionerAmCuLawEcoProfsScholars.authcheckdam.pdf>. , 2009

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 - Voto do Conselheiro Fernando Magalhães Furlan*. . [S.l: s.n.]. , 2009

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17 - Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado*. . [S.l: s.n.]. , 2004

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91 - Voto da Conselheira Ana Frazão*. . [S.l: s.n.]. , 2013

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processos Administrativos nº 53.500.001821/2002, 53.500.001823/2002 e 53500.001824/2002 - Voto do Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer*. . [S.l: s.n.]. , 2005

BUDZINSKI, Oliver; BEIGI, Maryan H. A. Generating instead of protecting competition. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). . *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

CARLTON, Dennis W. SHOULD "PRICE SQUEEZE" BE A RECOGNIZED FORM OF ANTICOMPETITIVE CONDUCT? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 4, n. 2, p. 271–278, 17 set. 2008. Disponível em: <http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhn012>.

CASS, Ronald A.; HYLTON, Keith N. *Antitrust intent*. , Working Paper Series, Public Law & Legal Theory., nº 00–02. [S.l: s.n.], 2000. Disponível em: <http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/scal74&section=40>.

CASTRO, Bruno Braz De. *Preços Exploratórios: mera "ficção científica" ou desafio real ao direito concorrencial brasileiro? (Dissertação de Mestrado)*. 2012. Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.

CHONÉ, Philippe; KOMLY, Bruno; MEUNIER, Valérie. Margin squeeze, entry, and "umbrella effect". v. 3, 2010.

COMISSÃO EUROPEIA. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82o. do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. C 45, p. 7–20, 2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN>.

CROCIONI, Pietro; VELJANOVSKI, Cento. PRICE SQUEEZES, FORECLOSURE AND COMPETITION LAW: PRINCIPLES AND GUIDELINES. *Journal of Network Industries*, v. 4, n. 1, p. 28–60, 2003.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Antitrust Error. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 1, 2010.

DREXL, Josef. Consumer welfare and consumer harm: adjusting competition law and policies to the needs of developing jurisdictions. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). . *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

EASTERBROOK, Frank H. The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Grinnell Corp.* . [S.l: s.n.]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/563/case.html>. , 1966

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* . [S.l: s.n.]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/case.html>. , 1985

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *PACIFIC BELL TELEPHONE COMPANY, DBA AT&T CALIFORNIA, ET AL., PETITIONERS v. LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., ET AL.* . [S.l: s.n.]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/438/>. , 2009

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Colgate & Co.* . [S.l: s.n.]. Disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/300/case.html>. , 1919

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *VERIZON COMMUNICATIONS INC., PETITIONER v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/opinion.html>. , 2004

FAELLA, Gianluca; PARDOLESI, Roberto. Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law. *European Competition Journal*, v. 6, n. 1, p. 255–284, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOX, Eleanor M. Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, p. 211, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/paper=1002637>.

GAL, Michal S.; PADILLA, A. Jorge. THE FOLLOWER PHENOMENON : IMPLICATIONS FOR THE DESIGN OF MONOPOLIZATION RULES IN A GLOBAL ECONOMY. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 3, p. 899–928, 2010.

GAUDIN, Germain; SAAVEDRA, Claudia. Ex ante margin squeeze tests in the telecommunications industry : What is a reasonably efficient operator ? *Telecommunications Policy*, v. 38, n. 2, p. 157–172, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.telpol.2013.08.005>.

GERADIN, Damien; O'DONOGHUE, Robert. The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 1, n. 2, p. 355–425, 1 jun. 2005. Disponível em: <http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhi009>.

GERBER, David J. Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 42, n. 1, p. 25–84, 1994a.

GERBER, David J. Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 42, p. 25–84, 1994b.

GERLA, Harry S. Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law. *Nebraska Law Review*, v. 75, n. 2, 1996.

GORMSEN, Liza Lovdahl. *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

HAY, George A.; MCMAHON, Kathryn. The Diverging Approach to Price Squeezes in the United States and Europe. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 8, n. 2, p. 259–296, 2012.

HOVENKAMP, Herbert. Implementing Antitrust ' s Welfare Goals. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, 2013.

HOVENKAMP, Herbert. The Monopolization Offense. *Ohio State Law Journal*, v. 61, p. 1–9, 2000.

JONES, Alison. Distinguishing legitimate price competition from unlawful exclusionary behaviour: Reconciling and rationalising the case-law. In: PAIS, S. (Org.). . *Competition Law Challenges in the Next Decade*. [S.l: s.n.], 2016. p. 123–158. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2614413>.

JULLIEN, Bruno; REY, Patrick; SAAVEDRA, Claudia. *The Economics of Margin Squeeze*. , CEPR Discussion Paper., nº 9905. [S.l: s.n.], 2014. Disponível em: <http://www.cepr.org/active/publications/discussion_papers/dp.php?dpno=9905>.

KAPLOW, Louis. On the choice of welfare standards in competition law. In: ZIMMER, DANIEL (Org.). . *The Goals of Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012. p. 03–27.

KING, Stephen P.; MADDOCK, Rodney. Imputation rules and a vertical price squeeze. *Australian Business and Law Review*, v. 30, n. 1, p. 43–60, 2002. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/229025941_Imputation_rules_and_a_vertical_price_squeeze>.

KIRKWOOD, John B; LANDE, Robert H. The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency. *Notre Dame Law Review*, v. 84, n. 1, p. 191–244, 2008.

LAO, Marina. "Aspen Skiing" and "Trinko": Antitrust Intent and "Sacrifice". *Antitrust Law Journal*, v. 73, p. 171–208, 2005.

LAO, Marina. IDEOLOGY MATTERS IN THE ANTITRUST DEBATE. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 2, p. 649, 2014.

MANDORFF, Martin; SAHL, Johan. *The Role of the "Equally Efficient Competitor" in the Assessment of Abuse of Dominance*. , Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics., nº 2013:1. [S.l: s.n.], 2013. Disponível em: <http://www.konkurrensverket.se/en/publications-and-decisions/the-role-of-the-equally-efficient-competitor-in-the-assessment-of-abuse-of-dominance/>.

MEISEL, John B. The Law and Economics of Margin Squeezes in the US Versus the EU. *European Competition Journal*, v. 8, n. 2, p. 383–402, 1 ago. 2012. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.5235/ECJ.8.2.383>.

ORBACH, Barak Y. The Antitrust Consumer Welfare Paradox. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 1, p. 133–164, 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Policy Roundtables - Margin Squeeze - DAF/COMP(2009)36*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>. , 2009

OSTI, Cristoforo. Antitrust : a Heimlich manoeuvre. *European Competition Journal*, v. 11, n. 1, p. 221–264, 2015.

POSNER, Richard A. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, p. 925-, 1979.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Legal Theory of Economic Power: Implications for Social and Economic Development*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.

SIDAK, J Gregory. ABOLISHING THE PRICE SQUEEZE AS A THEORY OF ANTITRUST LIABILITY. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 4, n. 2, p. 279–309, 17 set. 2007. Disponível em: <http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhn018>.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Case COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica - Commission Decision*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38784/38784_311_10.pdf>. , 2007

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Deutsche Telekom AG v European Commission - Caso 280/08*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-280/08>. , 2010

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB, C-52/09 - Acórdão*. . Bruxelas: [s.n.]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5a311059dbe3e4db691e0f84bbafaf5f6.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSchj0?text=&docid=81796&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1397364>. , 2011

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities. - Caso T-201/04*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-201/04>. , 2007

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und*

Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. - Caso C-7/97. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-7/97>. , 1998

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Post Danmark A/S vs. Konkurrencerådet - Caso 209/10*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121061&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=704520>. , 2012

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Telefónica SA and Telefónica de España SAU v European Commission - Caso 295/12*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-295/12 P>. , 2014

WERDEN, Gregory J. The No Economic Sense Test for Exclusionary Conduct. *Journal of Corporate Law*, v. 31, n. 1, p. 293, 2005.

DAS ASSIMETRIAS DE INFORMAÇÃO ÀS ASSIMETRIAS DE CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE INFORMAÇÕES AO CRÉDITO DO BRASIL

Carlos Eduardo Vieira Ramos

Resumo: *Bureaux* de crédito desempenham um papel central no funcionamento de economias de mercado: atenuando assimetrias de informação, viabilizam soluções para dificuldades estruturais relacionados à disponibilidade de crédito, como altas taxas de juros e elevada inadimplência. O objetivo deste artigo é explicar como problemas concorrenciais nesse mercado de informações ao crédito são identificados, analisados e solucionados no Brasil. Para fazê-lo, é construído um paralelo entre seus pressupostos teóricos, na forma como concretizados na economia nacional, e a jurisprudência do CADE, propondo respostas à pergunta de como as singularidades do mercado de informações ao crédito repercutem na fundamentação de decisões regulatório-concorrenciais.

Palavras-chave: Mercados de crédito, assimetria de informações, mercados de informação, *bureaux* de crédito, direito da concorrência, CADE, jurisprudência administrativa, restrições horizontais, restrições verticais, cláusula de não-discriminação.

Keywords: Credit markets, information asymmetry, information markets, credit bureaux, competition Law, CADE, case Law, horizontal restraints, vertical restraints, non-discrimination clause.

1. Introdução

Em 09/11/2016, o Tribunal Administrativo do CADE aprovou a formação de uma *joint venture* entre Itaú, Santander, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Bradesco para organizar um serviço de compartilhamento de informações para a concessão de crédito, condicionando-a à celebração de um acordo em controle de concentrações[1]. Em síntese, a autorização viabilizou

[1] Ato de Concentração Ordinário (daqui em diante, ACO) nº 08700.002792/2016-47 [GIC], Docs. SEI nº 0267162 e 0264432. Todos os casos mencionados neste artigo

que as instituições financeiras estruturassem um *bureau* para fornecer ao mercado financeiro informações positivas e negativas sobre o histórico de adimplementos e inadimplementos de pessoas físicas e jurídicas, possibilitando, em tese, uma melhor tomada de decisão pelos agentes financeiros na concessão de crédito[2].

O caso, que foi acompanhado de perto por veículos econômicos especializados[3], ocasionou reações que foram desde a qualificação do negócio como um "*atentado contra a ordem econômica*" à iniciativa parlamentar articulada para inviabilizar a constituição do serviço[4]. A repercussão é compreensível: trata-se de um empreendimento que, posicionado em um mercado de 3 bilhões de reais[5], mobilizou as maiores instituições financeiras do país para modificar a forma como o crédito é precificado e concedido no

encontram-se sistematizados ao final do texto em ordem cronológica de julgamento (Anexo I).

[2] Cf., a respeito desse argumento e dos desdobramentos dessa aprovação, o comunicado ao mercado enviado pela Itaú Unibanco Holding S. A., noticiando que "firmou, nesta data [14.6.2017], os documentos definitivos necessários à constituição da Gestora de Inteligência de Crédito S.A. ('Companhia')", que "estará integralmente operacional em 2019" e objetiva "através de um conhecimento mais profundo do perfil das pessoas físicas e jurídicas, um significativo aperfeiçoamento dos processos de concessão, precificação e direcionamento de linhas de crédito realizados pelos entes participantes do Sistema Financeiro Nacional, resultando, assim, na melhoria do ambiente de crédito do país em uma perspectiva de médio e longo prazos". Disponível em <https://www.itau.com.br/_arquivosestaticos/RI/pdf/pt/Comunicado_ao_Mercado-Constituicao_da_Gestora_de_Inteligencia_de_Credito_por.pdf>, acesso em 14.9.2017.

[3] Cf., p. ex., Magalhães, L. Brazilian banks to form credit registry. The Wall Street Journal, 21.1.2016, disponível em <https://www.wsj.com/articles/brazilian-banks-to-form-credit-registry-1453415978>; Parra-Bernal, G. Brazil's top five banks to set up credit-scoring company. International Financing Review, 21.1.2016, disponível em <http://www.ifre.com/brazils-top-five-banks-to-set-up-credit-scoring-company/21232407.fullarticle>; Marchesini, L. Cade aprova com reservas união de bancos para criar bureau de crédito. Valor Econômico, 9.11.2016, disponível em <http://www.valor.com.br/financas/4771433/cade-aprova-com-reservas-uniao-de-bancos-para-criar-bureau-de-credito>. Acessos em 14.9.2017.

[4] Respectivamente, Martines, F. Empresas de restrição ao crédito querem que Cade imponha limites para concorrente. Conjur, disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-nov-09/empresas-restricao-credito-limites-concorrente>; e Campos, E. Russomano quer barrar birô de crédito de bancos. Valor Econômico, disponível em <http://www.valor.com.br/financas/4806289/russomanno-quer-barrar-biro-de-credito-de-bancos>. Acessos em 14.9.2017.

[5] ACO nº 08700.002792/2016-47 [GIC], Doc. SEI nº 0186656, p. 51.

Brasil[6]. Contrariamente às expectativas, entretanto, essa repercussão social não teve um paralelo no debate concorrencial: silente quanto à experiência antitruste brasileira na área, a dogmática do direito da concorrência teve um papel limitado no esclarecimento das vias regulatórias à disposição para identificar, analisar e solucionar problemas concorrenciais decorrentes desse movimento de mercado.

Esse descompasso entre impacto social e interesse analítico expõe uma lacuna na pesquisa jurídico-concorrencial: faltam análises que expliquem como o direito antitruste regula o mercado de informações ao crédito no Brasil[7]. Essa ausência – que, à primeira vista, poderia ser apenas um indicativo de que não há ali questões concorrenciais importantes – converte-se em um objeto de pesquisa na medida em que o mercado de informações ao crédito é percebido a partir de dois elementos que lhe são essenciais. Primeiro: uma vez que o crédito funciona como instrumento viabilizador da atividade econômica, os impactos de decisões concorrenciais no seu mercado relevante repercutem em todos os outros mercados relevantes da economia, que inevitavelmente dependem de uma estrutura de disponibilização de crédito competitiva para funcionar[8]. Por isso, lidar concorrencialmente com o mercado de informações ao crédito – e, por consequência, com o mercado de crédito – significa enfrentar questões econômicas estruturais, cuja compreensão impacta a análise concorrencial e, por isso, é condição da atuação regulatória consciente. Segundo: o mercado de informações ao crédito é espécie de um gênero mais amplo, que abrange os mercados de informações em geral. Dessa forma, mesmo que novos atos de concentração no âmbito informacional-creditício não estejam à vista, seu

[6] ACO nº 08700.002792/2016-47 [GIC], Doc. SEI nº 0263859.

[7] A análise de mercados de informações de crédito a partir do antitruste é tema de estudos no exterior há, pelo menos, uma década; cf., p. ex., OECD Competition Committee, Competition and Credit Rating Agencies, 5.10.2010, disponível em <https://www.oecd.org/competition/sectors/46825342.pdf>, acesso em 14.9.2017, e Becker, B., Milbourn, Reputation and Competition: Evidence from the credit rating industry. Harvard Business School – Harvard Business School Working Papers, 09-051, 2008.

[8] "While borrowing and repayment are far from problem-free, opportunities to borrow can enhance economic welfare by allowing smoother consumption paths over time. Economic progress has been associated with the expansion of credit markets alongside all other markets […]" (Bertola, G., Disney, R., Grant, C. The Economics of Consumer Credit Demand and Supply in id. (ed.) The Economics of Consumer Credit. MIT, 2006, p. 1); cf., ainda, a compreensão de que mercados de crédito otimizam a intermediação entre oferta e demanda de capitais, viabilizando a centralização de riscos nas instituições financeiras e diminuindo custos, como em Focarelli, D., Pozzolo, A. F. Banking Industry in Jones, G. (ed.) Banking Crises: Perspectives from The New Palgrave Dictionary. New York: Palgrave Macmillan, 2016, p. 25.

percurso jurisprudencial serve de norte para a análise de outros casos em que o acesso e o compartilhamento de informações tenham um papel importante na atuação concorrencial dos agentes econômicos[9], tornando sua sistematização algo prospectivamente útil.

O objetivo deste artigo é preencher essa lacuna: seu propósito é explicar como problemas concorrenciais do mercado de informações ao crédito são identificados, analisados e solucionados no Brasil. Em particular, sua intenção é entender – a partir de uma perspectiva que põe, lado a lado, as singularidades desse mercado e os casos em que o CADE identificou-o como o mercado relevante – de que forma as especificidades do mercado de informações ao crédito impactam no modo como ele é analisado pelo direito da concorrência.

O artigo está estruturado em quatro partes. A **Parte 2** estabelece uma base conceitual para a análise, identificando as singularidades teóricas do mercado de informações ao crédito, para, em seguida, concretizá-las a partir de sua contextualização na estrutura econômica brasileira. A **Parte 3** mapeia a experiência jurisprudencial de atos de concentrações em que o mercado relevante foi detectado como o de informações ao crédito, fazendo-o a partir da identificação de três fases decisórias (**3.1**, **3.2** e **3.3**), distinguíveis de acordo com o impacto que as particularidades desse mercado tiveram na fundamentação mobilizada pelo CADE para analisá-los. Na **Parte 4**, os elementos conceituais da **Parte 2** são conjugados com a análise jurisprudencial da **Parte 3**, concatenando os resultados obtidos e oferecendo perspectivas de uma agenda de pesquisa sobre o tema.

2. O problema econômico: as assimetrias de informação e os mercados de informação sobre o crédito

Por que existem empresas dedicadas a obtenção, sistematização e fornecimento de dados sobre o histórico de crédito das pessoas físicas e jurídicas? A resposta a essa pergunta está nos impactos que as assimetrias informacionais têm nos mercados de crédito. *Mercados de créditos*[10] são

[9] Cf., p. ex., o Inquérito Administrativo nº 08700.003211/2016-94, e os Processos Administrativos nº 08012.010483/2011-94, 08700.009082/2013-03 e 08700.005694/2013-19, em que condutas de direcionamento e/ou manipulação de informações são imputadas ao Google.

[10] Pearce, D. W., Shaw, R. (ed.) The MIT Dictionary of Modern Economics. Cambridge: MIT Press, 1992, pp. 89 ["credit"], 287-289 ["money market"]; Keown, A., Martin, J., Petty, J. Foundations of Finance: The Logic and Practice of Financial Management. Edinburgh Gate: Pearson, 2017, p. 48.

estruturas de alocação de capital escasso que viabilizam o fluxo de recursos de agentes superavitários para tomadores deficitários pelo intermédio de agentes financeiros. Seu meio fundamental de atuação são operações de crédito, construídas a partir de ajustes entre, de um lado, agentes que demandam capital e, de outro, instituições que o disponibilizam mediante a mútua aceitação de um preço[11]. Esse custo do capital – expresso em uma taxa de juros – é constituído não só pela posição de equilíbrio entre oferta e demanda de crédito, mas, dentre outros fatores, pelo risco de crédito, uma variável que depende essencialmente da possibilidade de inadimplemento do tomador: em regra, uma maior possibilidade de inadimplemento ocasiona taxas de juros mais elevadas[12].

Esse mercado tem um tipo específico de problema. As *assimetrias de informação* – situações em que uma das partes de um ajuste econômico detém informações relevantes à sua constituição e/ou desenvolvimento que a outra ignora[13] – manifestam-se nos mercados de crédito porque, via de regra, os agentes que disponibilizam o capital detêm menos dados do que os tomadores a respeito, primeiro, da disposição que o mutuário tem para honrar seu compromisso; e, segundo, das escolhas que o tomador fará, após o empréstimo, para obter a capacidade econômica suficiente para pagá-lo. Dessas diferentes versões do problema – denominadas, respectivamente, de risco moral e seleção adversa[14] – surgem resultados estruturalmente indesejáveis, como o racionamento de crédito – situação em que mutuários recebem menos capital do que precisam, mesmo que sejam adimplentes, dispostos a pagar a taxa de juros do mercado e, estruturalmente, essa disponibilização gere efeitos positivos à economia[15]. *Empresas de captação e fornecimento de dados sobre*

[11] Cf. Bebczuk, R. Asymetric Information in Financial Markets: Introduction and Applications. Cambridge University Press, 2000, p. 3.

[12] Hubbard, G., O'Brien, A. Money, Banking and the Financial System. Edinburgh Gate: Pearson, 2012, pp. 52/53.

[13] Macho-Stadler, I., Pérez-Castrillo, J. An introduction to the economics of information: incentives and contracts. Oxford University Press, 1995, pp. 6-7; Nicholson, W., Snyder, C. Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions. South-Western, 2008, pp. 641-642.

[14] Macho-Stadler, I., Pérez-Castrillo, J. An introduction to the economics of information: incentives and contracts. Oxford University Press, 1995, pp. 35 e 103, respectivamente; cf. Stiglitz, J. E., Weiss, A. Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. The American Economic Review, 71 (3), 1981, pp. 393/394.

[15] "[…] it may not be profitable to raise the interest rate or collateral requirements when a bank has excess demand for credit; instead banks deny loans to borrowers who are observationally indistinguishable from those who receive loans" (Stiglitz, J. E., Weiss, A. Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. The American Economic

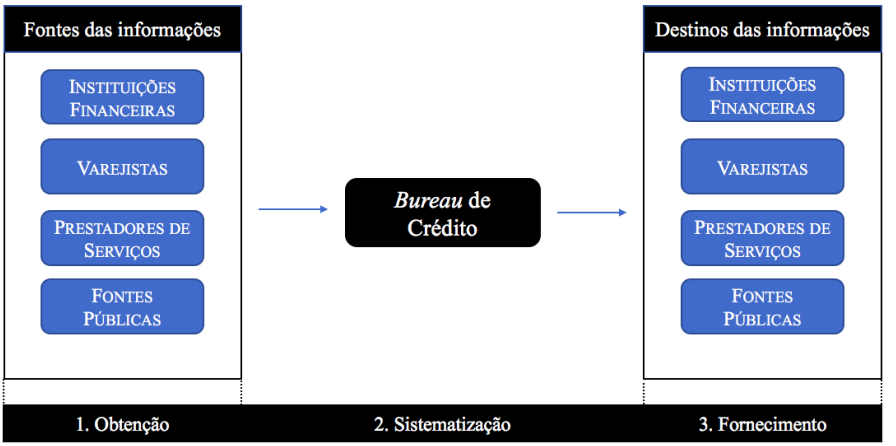
o crédito, por sua vez, são empreendimentos que minimizam esse tipo de problema com mecanismos que sistematizam informações relevantes sobre os mutuários – como as relativas ao histórico de adimplementos e inadimplementos[16] –, construindo avaliações quanto ao risco de crédito de um agente econômico. São formas de compensação informacional no mercado de crédito, pelas quais os agentes financeiros tentam reequilibrar a balança de conhecimento a seu favor com mecanismos que determinam quais são as chances de que um potencial mutuário venha a inadimplir. Com isso, viabilizam-se uma avaliação de riscos mais precisa e, por consequência, melhores decisões na concessão de crédito[17], por uma estrutura de negócio que pode ser entendida a partir do seguinte esquema[18]:

Review, 71 (3), 1981, p. 394); cf. Macho-Stadler, I., Pérez-Castrillo, J. An introduction to the economics of information: incentives and contracts. Oxford University Press, 1995, p. 72 e Hodgman, D. Credit Risk and Credit Rationing. Quarterly Journal of Economics, 74 (2), 1960, p. 258.

[16] Para captar os traços essenciais do papel estrutural desse tipo de mercado, optou-se por tomar como cerne sua principal atividade, mas há outras a ela conexas, como a de gestão e recuperação de crédito. Cf. ACOs nº 08012.006726/2011-90 [Boa Vista-Equifax], p. 129 e 08012.009089/2011-11 [SPC-Serasa], p. 1.337.

[17] "By providing timely information about the characteristics and behavior of potential borrowers, credit bureaus mitigate adverse selection and moral hazard problems" (Hunt, R. M. Development and Regulation of Consumer Credit in the United States in Bertola, G., Disney, R., Grant, C. (ed.) The Economics of Consumer Credit. MIT, 2006, p. 303); cf. Jentzsch, N. An economic analysis of China's credit information monopoly. China Economic Review, 19 (4), 2008, pp. 537/550, citado no ACO nº 08012.009089/2011-11 [SPC-Serasa], p. 400, nota nº 2.

[18] Elaboração própria, a partir do que consta no ACO nº 08700.002792/2016-47 [GIC], Doc. SEI nº 0263859.



No Brasil, a importância do fornecimento confiável desse tipo de informação precisa ser concretizada a partir das especificidades do mercado de crédito nacional[19]. Há um diagnóstico generalizado no sentido de que o crédito no Brasil é escasso e caro, consequências, ao menos em parte, da alta taxa de inadimplência[20]. Com isso, abre-se um âmbito discursivo pelo qual o mercado de informações ao crédito se coloca como a solução de um problema estrutural da economia brasileira: marcada pela escassez de crédito, altas taxas de juros e elevada inadimplência, ela se beneficiaria da equalização do nível informacional entre as partes[21] e do consequente aumento de eficiência na

19 Para um reconhecimento desse ponto pelos agentes concorrenciais, cf. ACO nº 08012.009089/2011-11 [SPC-Serasa], p. 400, item 2 ("Quanto mais abrangentes os mercados de crédito, maiores os incentivos para que se desenvolva um sistema eficiente e abrangente de informações de crédito, de forma a diminuir as assimetrias informacionais que existem nesse ramo da economia").

20 Castelar, A., Cabral, C. C. Mercado de Crédito no Brasil: O Papel do Judiciário e de Outras Instituições. Ensaios BNDES, 9, 1998, pp. 8, 17/18, em específico as tabelas nº 9 e 10.

21 ACO nº 08700.002792/2016-47 [GIC], Doc. SEI nº 0186656, p. 30; cf., para outros exemplos dessa mesma linha de raciocínio, ACOs nº 08012.009089/2011-11 [SPC-Serasa], pp. 36, 156, 923 e 08012.006726/2011-90 [Boa Vista-Equifax], pp. 12/13; para uma análise geral, cf. OECD. Facilitating access to finance: discussion paper on credit information sharing, p. 3, item 1.2, disponível em <http://www.oecd.org/globalrelations/45370071.pdf>, acesso em 27.09.2017; para as experiências estadunidense e europeia, cf., respectivamente, Hunt, R. M. The Development and Regulation of Consumer Credit Reporting in America. Working Papers: Research Department – Federal Reserve Bank of Philadelphia, 2002, pp. 7/8 e Jappelli, T., Pagano, M. Information Sharing in Credit Markets: The European Experience in Miller, M. Credit Reporting Systems and the International Economy.

disponibilização de recursos.

Em síntese: mercados de crédito são estruturas de alocação de capital em que são característicos problemas de assimetrias de informação, porque os agentes financeiros não têm acesso a dados essenciais para a composição de diagnósticos de risco de crédito de seus mutuários. Para solucionar esse problema, empresas de obtenção e fornecimento de informações sobre o crédito disponibilizam históricos de adimplemento e inadimplemento, justificando-se como instrumentos de melhor tomada de decisão e viabilizando – em específico nos mercados como o brasileiro, em que o crédito é escasso e caro – um menor risco de crédito, reduzindo os níveis de inadimplência e gerando, por consequência, juros mais baratos e inclusão financeira.

3. Da economia ao antitruste: a experiência do direito concorrencial nos mercados de informação de crédito

No Brasil, questões concorrenciais do mercado de informações ao crédito foram levadas à análise do CADE em seis casos, abaixo identificados como Equifax-Protector I (08012.006720/1998-39), Equifax-Protector II (08012.002893/2002-71), Experian-Serasa (08012.009810/2007-89), Boa Vista-Equifax (08012.006726/2011-90), SPC-Serasa (08012.009089/2011-11) e GIC (08700.002792/2016-47). O objetivo desta seção é analisa-los sob a hipótese de que a experiência concorrencial brasileira na área é construída a partir de três fases sequenciais, distinguíveis de acordo com a forma com a qual o julgamento do CADE foi impactado pelas especificidades desse mercado: primeiro, sem apreendê-las; segundo, justificando a aprovação de concentrações horizontais a partir do modo particular como ele opera; e, terceiro, restringindo um movimento de concentração vertical com um acordo em controle de concentrações que se fundamentou na função desempenhada pelo mercado de informações de crédito na estrutura econômica nacional.

3.1. Fase 1: o mercado sem especificidades

Os primeiros contatos do CADE com o mercado de informações ao crédito brasileiro remontam às décadas de 1990 e 2000, nos casos Equifax-Protector I, Equifax-Protector II e Experian-Serasa.

No caso Equifax-Protector I, foram submetidas ao CADE sucessivas operações societárias que redundaram na aquisição, pelo Grupo Equifax, de 80% das ações da Protector, que atuava "no setor de administração de serviços

Cambridge: MIT Press, 2003.

de proteção ao crédito"[22]. Dividindo o mercado relevante em dois segmentos, de "informações sobre pessoa física e o de prestação de informações sobre pessoa jurídica", o Conselheiro-Relator acolheu os pareceres da SEAE, SDE e Procuradoria do CADE no sentido de que "a operação sob consulta não alterou o grau de concentração em nenhum dos mercados relevantes" e "não existe a possibilidade que esta operação possa limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços", motivos pelos quais decidiu pela a aprovação da operação, seguido à unanimidade pelo Plenário.

O caso Equifax-Protector II, por sua vez, estruturou-se como uma continuação do Equifax-Protector I, expondo-se ao CADE a aquisição das quotas remanescentes da Protector pela Equifax. Como esperado, o ato de concentração não levantou divergências concorrenciais: também considerando "como mercado relevante da operação o mercado de prestação de serviços de informações financeiras para proteção ao crédito", argumentou-se tratar de "mera alteração de comando na Equifax do Brasil Ltda", aprovando-a à unanimidade, vez que "a operação em tela não irá causar qualquer dano ao mercado ou à livre concorrência"[23].

Por fim, no caso Experian-Serasa, submeteu-se ao CADE operação semelhante às dos atos de concentração Equifax-Protector I e II: o caso teve como cerne a aquisição de 65% do capital social da Serasa – empresa que "atua na prestação de serviços de fornecimentos de informações sobre crédito de pessoas físicas e jurídicas" e, por isso, era a principal concorrente da Equifax – pela Experian, controladora de grupo internacional dedicado a prestar "serviços de informação e de análises a empresas e consumidores"[24]. Pela terceira vez, repetiu-se a consideração de que se tratava apenas da "substituição de um agente econômico por outro"[25], aprovando-se a operação em votação unânime, sob o fundamento comum de que "não há [...] sobreposição horizontal entre as atividades exercidas pelas participantes do ato notificado"[26].

Em comum aos três casos, tem-se que (a) não há solicitações de informações complementares de relevo às partes, satisfazendo-se o CADE com o que fora trazido nos pedidos iniciais; (b) não há menção em nenhum deles às especificidades dos mercados de informações ao crédito, construindo-se análises concorrenciais generalistas; e (c) não há divergências decisórias sobre a matéria de fundo, tanto entre os órgãos técnicos do Tribunal e os conselheiros,

22 ACO nº 08012.005720/1998-39 [Equifax-Protector I], p. 2.

23 ACO nº 08012.002893/2002-71 [Equifax-Protector II], pp. 250/251.

24 ACO nº 08012.009810/2007-89 [Experian-Serasa], p. 451.

25 ACO nº 08012.009810/2007-89 [Experian-Serasa], p. 466.

26 ACO nº 08012.009810/2007-89 [Experian-Serasa], p. 474.

quanto entre os conselheiros em si, que se limitaram, quanto ao mérito, a ratificar as manifestações da SEAE, SDE e Procuradoria Federal do CADE.

Dessa forma, o que confere unidade a essa primeira fase da análise concorrencial do mercado de crédito no Brasil é um atuar discreto do CADE, que – à vista da reorganização societária de um mercado ainda em formação no Brasil – limitou-se a chancelar aquisições societárias de agentes nacionais por conglomerados estrangeiros. Não há, portanto, uma análise das especificidades desse mercado – que, por permanecerem ocultas à regulação, não impactaram na forma como o direito concorrencial foi aplicado.

3.2. Fase 2: do mercado sem especificidades às concentrações horizontais

Cronologicamente, seguiram-se às análises da FASE 1 outros dois atos de concentração, ambos em 2011: os casos Boa Vista-Equifax e SPC-Serasa.

No caso Boa Vista-Equifax, submeteu-se ao CADE a união das operações da Equifax do Brasil Ltda. – que, na FASE 1, consolidara sua posição no mercado com a aquisição da Protector – e da Boa Vista Serviços S. A., ambas atuantes "*no setor de serviços de informação para proteção do crédito*". Concorrencialmente, a operação foi posicionada a partir de uma segmentação do mercado relevante nas áreas de informações ao crédito sobre pessoas físicas – na qual "*a presença da Equifax do Brasil é praticamente inexistente*"[27] – e pessoas jurídicas – em que a sobreposição de mercado viabilizaria a concorrência ao principal agente econômico, a Serasa-Experian. A partir desses argumentos sustentou-se a aprovação da operação sem restrições – posicionamento que, encampado pela SAE e pela SDE, prevaleceu por unanimidade no Plenário.

Por sua vez, no caso SPC-Serasa, o CADE analisou um acordo de cooperação entre SPC Brasil e Serasa Experian – empresa que resultou do caso Experian-Serasa, da FASE 1. O ajuste teve por "*objeto o acesso recíproco pela SPC Brasil/CNDL e Serasa Experian às informações ao crédito constantes em suas respectivas bases de dados*", ocasionando um compartilhamento dos registros de crédito construídos por ambos agentes econômicos. Também dividindo o mercado relevante nos segmentos pessoas físicas e jurídicas, a operação foi justificada pelas partes como uma forma de o SPC obter acesso às "*informações creditícias oriundas de empresas dos Estados de São Paulo e Paraná, e das cidades de Rio de Janeiro/RJ e Porto Alegre/RS, por conta do desfazimento da RENIC*"[28] – convênio anteriormente mantido com o SCPC,

27 ACO nº 08012.006726/2011-90 [Boa Vista-Equifax], p. 3.

28 ACO nº 08012.009089/2011-11 [SPC-Serasa], pp. 4 e 6.

que controlava as informações nessas praças. Como nos casos anteriores, houve aprovação unânime e sem restrições.

As semelhanças de resultado entre os casos das FASES 1 e 2 – todos foram aprovados por unanimidade – ocultam importantes alterações na forma como o mercado de informações ao crédito é abordado pelo CADE a partir dos casos Boa Vista-Equifax e SPC-Serasa. Ambos compartilham de um contexto de reorganização do mercado de informações ao crédito no Brasil: até 2010, SCPC e SPC – dois dos principais agentes do mercado – eram parte de um convênio, o RENIC, pelo qual administravam um mesmo banco de dados de informações ao crédito sobre pessoas físicas. No segundo semestre de 2010, a junção das controladoras do SCPC com um fundo de investimentos gerou a Boa Vista Serviços, que decidiu encerrar o acordo. Com isso, Boa Vista (ex-SCPC) e SPC – detentores de informações ao crédito sobre pessoas físicas – resolveram jungir suas operações com, respectivamente, Equifax (Caso Boa Vista-Equifax) e Serasa (Caso SPC-Serasa), companhias com extensos bancos de dados sobre pessoas jurídicas. Assim, formaram-se conglomerados de informações para abranger ambos os segmentos do mercado, gerando, segundo o CADE, "*como resultado dessa movimentação, ocorrida no último ano,* [...] *um cenário de considerável aumento da concentração, passando de quatro grandes agentes para três, sendo que dois desses três agentes compartilham seus bancos de dados*"[29].

Foi essa reorganização de agentes econômicos que atraiu a atenção do CADE e transformou a análise concorrencial de mercados de informações ao crédito no Brasil. Se, na FASE 1, o órgão se limitou a emitir chancelas regulatórias, na FASE 2 vê-se – em razão desse movimento de reestruturação simultânea entre os principais *players* – o surgimento de uma expressa preocupação do órgão com o nível de concentração horizontal. Como consequência, constatam-se densificações instrutórias – em ambos os casos há diversas solicitações de esclarecimentos, dirigidas aos requerentes e a outros agentes de mercados correlatos – e argumentativas – as operações foram perscrutadas no detalhe pelos conselheiros – que inauguraram um novo patamar do debate concorrencial sobre os mercados de informações ao crédito no Brasil. A marca desse novo momento é um claro avanço do CADE na direção de entender os detalhes de sua forma de operar, questionando-se em que medida essas especificidades justificariam um grau maior de concentração horizontal.

Assim, no caso Boa Vista-Equifax, o que era um mercado como qualquer outro na FASE 1 passa a ser identificado como "*tendente ao oligopólio, já que é de interesse dos consumidores desses serviços que as empresas detenham um banco de dados de grande porte*", motivo pelo qual "*a análise*

29 ACO nº 08012.006726/2011-90 [Boa Vista-Equifax], p. 172.

que se seguirá [no voto] *deverá considerar as peculiaridades desse mercado, ponderando se tais características são capazes de compensar o aumento de concentração resultante desta operação*"[30]. Da mesma forma, no caso SPC-Serasa, ponderou-se que "*dadas as características do mercado, onde dominam forças concentradoras, é de se esperar que o mercado de* bureaus *seja concentrado e assim é observado tanto na configuração da atividade no Brasil como na experiência comparada*"; por isso, "*uma análise antitruste tradicional poderia considerar que o Convênio Operacional prejudica o ambiente competitivo ao inserir regras de coordenação entre a Serasa e as entidades vinculadas ao SPC Brasil*", mas "*as particularidades da estrutura e das condições de mercado e características dos produtos ofertados impõem que nos afastemos desta análise convencional*"[31].

Concretamente, portanto, o CADE seguiu por dois passos: primeiro, foram identificadas as particularidades do mercado de informações ao crédito, a partir das quais constatou, no caso Boa Vista-Equifax, que (*i*) a entrada de um novo agente nesse mercado é improvável, (*ii*) há nível de rivalidade suficiente para coibir o exercício unilateral de poder de mercado e (*iii*) a probabilidade de exercício de poder coordenado é baixa; e, no caso SPC-Serasa, que (*iv*) "*se trata de uma indústria com exigências de escala bastante superiores ao normal"*[32] e (*v*) há elementos para sustentar uma rivalização entre os agentes desse mercado, mesmo após a concentração, em razão das "*características dos produtos ofertados e estrutura econômica: produtos diferenciados e com importante dimensão de inovação (as chamadas soluções de informação crédito); economias de renda gerando grandes benefícios de ganho de parcelas de mercado; estrutura de custos com custos marginais próximos a zero;* [e] *flexibilidade de escala comum a sistemas de informação e preços opacos*"[33]. Segundo, apoiando-se nessas especificidades, o CADE justificou a superveniência de um nível maior de concentração horizontal no mercado, aprovando as operações.

Na FASE 2 o CADE empreende uma análise concorrencial do mercado de informações ao crédito que justifica uma maior concentração horizontal – ocasionada pela reorganização societária simultânea de seus principais agentes – a partir de um entendimento sobre como esse tipo de mercado opera. Assim, seguindo a metodologia da FASE 1, os julgados dessa fase se caracterizam por (*a*) várias solicitações de informações complementares às partes e a terceiros, pluralizando o debate quanto à realidade do setor; (*b*)

30 ACO nº 08012.006726/2011-90 [Boa Vista-Equifax], pp. 171/172.

31 ACO nº 08012.009089/2011-11 [SPC-Serasa], p. 1.467.

32 ACO nº 08012.009089/2011-11 [SPC-Serasa], pp. 1.467 e 1.471.

33 ACO nº 08012.009089/2011-11 [SPC-Serasa], pp. 1.467 e 1.474.

recorrente menção às especificidades dos mercados de informações ao crédito, tomando-as como justificativas para a aprovação dos atos de concentração e fazendo delas, portanto, elemento central no processo decisório; mas, ainda assim, (*c*) ausência de divergência noticiada dos órgãos técnicos do Tribunal com os conselheiros e dos conselheiros entre si.

3.3. Fase 3: das concentrações horizontais às concentrações verticais

O caso GIC – a mais recente manifestação do CADE sobre os mercados de informações ao crédito – é o membro único dessa última fase. Em síntese, o objeto da atuação do CADE foi a formação de uma *joint venture* entre Bradesco, Banco do Brasil, Santander, Caixa Econômica Federal e Itaú para constituir um *bureau* de crédito que desenvolvesse "*atividades relacionadas ao risco financeiro de pessoas físicas e jurídicas, processando e armazenando seus dados cadastrais e financeiros*"[34].

Em linha com as modificações implementadas na experiência concorrencial brasileira durante a FASE 2, a instrução do procedimento foi caracterizada por pedidos de informações complementares, às partes e a terceiros, e por preocupações quanto à possibilidade de colusão horizontal, solucionadas a partir de análises sobre como esse tipo de mercado opera. Entretanto, assim como ocorreu com a reorganização societária simultânea dos agentes econômicos na FASE 2, também no caso GIC há um dado fático que levou a uma mudança de paradigma na análise concorrencial: a *joint venture* foi proposta pelos principais agentes econômicos do mercado de crédito, exatamente aquele em que o mercado de informações de crédito atua. Essa coincidência entre os *players* de ambos os mercados chamou a atenção do CADE, ocasionando – como na fase anterior – densificações instrutórias e argumentativas, dessa vez direcionadas a identificar se subsistiria, no ato de concentração, uma colusão vertical com efeitos concorrenciais deletérios.

Diferente da FASE 2, entretanto, esse debate quanto à existência de elementos que justificassem a operação não se deu no nível de como o mercado de informações ao crédito opera. Tratando-se de um caso de possível concentração vertical, a exigência de se fazer uma análise de ambos os mercados envolvidos significou, para o CADE, a necessidade de um avanço interpretativo em questões econômico-estruturais: foi preciso entender a função que o mercado de informações ao crédito exerce em uma economia de mercado – tal como a brasileira –, elevando a análise concorrencial a um outro patamar. Com isso, as conclusões econômicas introduzidos na **Parte 2** foram incorporadas como razões de argumentar e decidir no repertório concorrencial

34 ACO nº 08700.002792/2016-47 [GIC], Doc. SEI nº 0186656.

mobilizado para justificar a aprovação condicionada da operação.

Concretamente, as partes se preocuparam em manifestar, nas primeiras páginas do Formulário de Notificação do Ato de Concentrações, que "*Diante das características estruturais e das cautelas adotadas pelas Partes e seu Parceiro, descartam-se quaisquer preocupações concorrenciais relacionadas a eventual fechamento de mercado*" – antevendo, portanto, o foco do CADE na possibilidade de colusão vertical –, e que a "*constituição da GIC representará um passo importante para o desenvolvimento do sistema financeiro nacional e, consequentemente, para o desenvolvimento social e econômico do país, na medida em que melhores informações sobre a situação financeira dos consumidores e empresas tende a levar à redução do custo de crédito no país"* [35] – também antecipando o tipo de razão que seria necessário mobilizar para aprovar a operação.

Nesse sentido, essas são exatamente as justificativas que, elaboradas na **Parte 2**, explicam a posição de um mercado de informações ao crédito em economias de crédito caro e escasso, como o Brasil. Sua mobilização como razão persuasória – conjuntamente com a viabilidade de se implementar um cadastro positivo, modalidade de informação de crédito em que o consumidor consente que registros positivos sejam captados pelo *bureau*, ensejando uma avaliação mais precisa[36] – indicam esse passo além na análise concorrencial que a complexidade do caso exigiu e que, refletido no âmbito decisório, resultou em um evento inédito na história jurisprudencial do CADE: pela primeira vez, um caso de mercado de informações ao crédito foi solucionado com um acordo em controle de concentrações que posicionou cláusulas restritivas ao movimento pretendido pelo mercado. O cerne do ajuste foi, nas palavras do relator[37], uma "*cláusula geral de não discriminação*", que orienta o restante do ajuste no sentido de garantir o cumprimento das seguintes obrigações:

> II.1. Em virtude do ACC, as Compromissárias obrigam-se a implementar as medidas descritas na presente cláusula, com a finalidade de garantir que: (i) as Compromissárias atuarão de forma isonômica e não discriminatória no seu relacionamento com a GIC e os demais bureaux de crédito; (ii) a GIC atuará de forma isonômica e não discriminatória no seu relacionamento com as Compromissárias e demais consulentes dos bureaux, bancários e não bancários; e (iii) as Compromissárias não utilizarão a GIC como instrumento de coordenação de suas atividades e troca de

35 ACO nº 08700.002792/2016-47 [GIC], Doc. SEI nº 0186656; cf. supra, nota nº 21.

36 Cf. Lei nº 12.414, de 09/06/2017, artigos 3º, caput ("Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei") e 4º, caput ("A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada"), g. n.

37 ACO nº 08700.002792/2016-47 [GIC], Doc. SEI nº 0267162.

informações sensíveis, conforme vedado pela Lei 12.529/2011.

Além de expor os cenários que, para o CADE, eram preocupantes sob a perspectiva da concentração vertical, a redação da cláusula demonstra esse aprofundamento na análise concorrencial: é possível entende-la como a decorrência de uma interpretação – mesmo que não expressa – sobre a função economicamente estrutural de um mercado de informações ao crédito. Isso porque se a justificativa para que se tenha um mercado de informações sobre o crédito é minimizar os efeitos indesejáveis da assimetria de informações, então esse benefício não pode ficar restrito apenas a uma parte do mercado de crédito, sob pena de reproduzir, em outro nível, o problema que se propôs a resolver. Consolidado o banco de dados da GIC, se ela se estabelece como um agente que atende apenas a uma parte do mercado de crédito, então o que era um problema generalizado de assimetria de informações se torna uma questão localizada entre aqueles que não têm acesso ao *bureau* e, por isso, passam a deter uma desvantagem concorrencial em relação àqueles que fazem parte da *joint venture*. Por isso é preciso uma cláusula de não-discriminação[38]: sua função estrutural não é impedir, por si só, um exercício de poder de controle entre mercados, mas assegurar que o mercado de informações ao crédito continue desempenhando seu papel econômico estrutural, reduzindo assimetrias de informações e viabilizando menores taxas de juros e de inadimplência, sem que isso se traduza em produzir assimetrias concorrenciais e deletérias no mercado de crédito.

Portanto, na FASE 3, o CADE se engaja em uma análise concorrencial do mercado de informações ao crédito. Por meio dela, justifica uma maior concentração vertical – ocasionada pela formação de uma *joint venture* entre os principais agentes do mercado de crédito – fazendo-o com um entendimento sobre qual é a função que esse mercado tem em uma estrutura econômica que dependa do crédito para funcionar. Ao adentrar esse debate, o colegiado gerou, pela primeira vez, em um caso de mercado de informações ao crédito – e mantidos os itens (*a*) e (*b*) da FASE 2 –, (*c*) um acordo em controle de concentrações norteado por uma cláusula de não discriminação, que, ao garantir a disponibilização das informações obtidas pela GIC a todos os agentes econômicos, assegurou que o mercado de crédito não fosse das assimetrias de informação às assimetrias de concorrência.

38 Isso não significa que há apenas um fundamento para se estabelecer uma cláusula de não-discriminação, mas sim que esse é um ponto central do argumento que a justifica, sem o qual não é possível compreendê-la em toda sua complexidade.

4. Conclusão

O propósito desse artigo foi explicar como problemas concorrenciais do mercado de informações ao crédito são identificados, analisados e solucionados no Brasil. Metodologicamente, isso significou estruturar suas especificidades, concretizando-as na realidade brasileira (**Parte 2**) para, em seguida, reconstruir o percurso da jurisprudência administrativa do CADE, a partir de casos em que ele foi identificado como o mercado relevante em atos de concentrações (**Parte 3**).

Como resultado, distinguiram-se três fases da análise concorrencial, caracterizadas a partir do grau em que as características desse tipo de mercado influíram nas razões de decidir do CADE. Na primeira fase, não há essa influência; na segunda, ela se mostra presente a partir de um contexto de reorganização societária de seus principais agentes econômicos, em que a possibilidade de uma colusão horizontal com efeitos concorrenciais deletérios foi afastada a partir de uma análise sobre como opera o mercado de informações ao crédito. Na terceira fase, essa relação entre as características do mercado e a forma de decidir do CADE mostrou-se no contexto da constituição de uma *joint venture* com os principais agentes econômicos do mercado de crédito. Presente controvérsia se havia ou não concentração vertical no caso, o ponto exigiu do órgão regulatório um passo além na análise concorrencial: fez-se necessário entender a função exercida por um mercado de informações ao crédito em uma economia que dependa de uma estrutura competitiva de crédito para funcionar, o que gerou uma atuação concorrencial positiva, afastando-se os riscos colusivos verticais a partir de uma cláusula de não-discriminação capaz de assegurar que a redução das assimetrias informacionais não se fizesse à custa da emergência de assimetrias concorrenciais no mercado de crédito

Em conclusão – e como agenda de continuidade – esses são resultados que apenas inicialmente ficam adstritos ao mercado de informações ao crédito. Por um lado, é evidente que eles esclarecem os mecanismos argumentativos por trás de casos concorrenciais complexos, expondo o modo como o CADE transformou qualitativamente sua forma de analisar um mercado ao enfrentar problemas de possíveis colusões horizontais (**3.2**) e verticais (**3.3**). Por outro, essa é uma forma de decidir que certamente será levada pelo CADE para outras análises concorrenciais, em específico nos casos que envolvam mercados de informação ou situações em que o acesso e o compartilhamento de informações tenham um papel importante na concorrência entre os agentes econômicos. Nesses casos, os passos argumentativos aqui reconstruídos não serão mais objeto de sistematização – mas novos pontos de partida da jurisprudência concorrencial que está por vir.

5. Referências

BEBCZUK, R. Asymetric Information in Financial Markets: Introduction and Applications. Cambridge University Press, 2000, p. 3.

BECKER, B., MILBOURN, Reputation and Competition: Evidence from the credit rating industry. Harvard Business School – Harvard Business School Working Papers, 09-051, 2008.

BERTOLA, G., DISNEY, R., GRANT, C. The Economics of Consumer Credit Demand and Supply in id. (ed.) The Economics of Consumer Credit. MIT, 2006, p. 1.

CAMPOS, E. Russomano quer barrar birô de crédito de bancos. Valor Econômico, disponível em <http://www.valor.com.br/financas/4806289/russomanno-quer-barrar-biro-de-credito-de-bancos>, acesso em 14.9.2017.

CASTELAR, A., CABRAL, C. C. Mercado de Crédito no Brasil: O Papel do Judiciário e de Outras Instituições. Ensaios BNDES, 9, 1998, pp. 8, 17/18.

FOCARELLI, D., POZZOLO, A. F. Banking Industry in JONES, G. (ed.) Banking Crises: Perspectives from The New Palgrave Dictionary. New York: Palgrave Macmillan, 2016, p. 25.

HUBBARD, G., O'BRIEN, A. Money, Banking and the Financial System. Edinburgh Gate: Pearson, 2012, pp. 52/53.

HUNT, R. M. Development and Regulation of Consumer Credit in the United States in BERTOLA, G., DISNEY, R., GRANT, C. (ed.) The Economics of Consumer Credit. MIT, 2006, p. 303.

HUNT, R. M. The Development and Regulation of Consumer Credit Reporting in America. Working Papers: Research Department – Federal Reserve Bank of Philadelphia, 2002, pp. 7/8.

ITAÚ UNIBANCO HOLDING S. A., Comunicado ao Mercado – Constituição da Gestora de Inteligência de Crédito, Disponível em <https://www.itau.com.br/_arquivosestaticos/RI/pdf/pt/Comunicado_ao_Mercado-Constituicao_da_Gestora_de_Inteligencia_de_Credito_por.pdf>, acesso em 14.9.2017.

JAPPELLI, T., PAGANO, M. Information Sharing in Credit Markets: The European Experience in MILLER, M. Credit Reporting Systems and the International Economy. Cambridge: MIT Press, 2003.

JENTZSCH, N. An economic analysis of China's credit information monopoly. China Economic Review, 19 (4), 2008, pp. 537/550

KEOWN, A., MARTIN, J., PETTY, J. Foundations of Finance: The Logic and Practice of Financial Management. Edinburgh Gate: Pearson, 2017, p. 48.

BRASIL. Lei nº 12.414, de 09/06/2017, artigos 3º, caput, e 4º, caput.

MACHO-STADLER, I., PÉREZ-CASTRILLO, J. An introduction to the economics of information: incentives and contracts. Oxford University Press, 1995, pp. 6-7, 35, 72 e 103.

HODGMAN, D. Credit Risk and Credit Rationing. Quarterly Journal of Economics, 74 (2), 1960, p. 258.

MAGALHÃES, L. Brazilian banks to form credit registry. The Wall Street Journal, 21.1.2016, disponível em <https://www.wsj.com/articles/brazilian-banks-to-form-credit-registry-1453415978>, acesso em 14.9.2017.

MARCHESINI, L. Cade aprova com reservas união de bancos para criar bureau de crédito. Valor Econômico, 9.11.2016, disponível em <http://www.valor.com.br/financas/4771433/cade-aprova-com-reservas-uniao-de-bancos-para-criar-bureau-de-credito>, acesso em 14.9.2017.

MARTINES, F. Empresas de restrição ao crédito querem que Cade imponha limites para concorrente. Conjur, disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-nov-09/empresas-restricao-credito-limites-concorrente>, acesso em 14.9.2017.

NICHOLSON, W., SNYDER, C. Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions. South-Western, 2008, pp. 641-642.

OECD COMPETITION COMMITTEE, Competition and Credit Rating Agencies, 5.10.2010, disponível em <https://www.oecd.org/competition/sectors/46825342.pdf>, acesso em 14.9.2017.

OECD. Facilitating access to finance: discussion paper on credit information sharing, p. 3, item 1.2, disponível em <http://www.oecd.org/globalrelations/45370071.pdf>, acesso em 14.9.2017.

PARRA-BERNAL, G. Brazil's top five banks to set up credit-scoring company. International Financing Review, 21.1.2016, disponível em <http://www.ifre.com/brazils-top-five-banks-to-set-up-credit-scoring-company/21232407.fullarticle>, acesso em 14.9.2017.

PEARCE, D. W., SHAW, R. (ed.) The MIT Dictionary of Modern Economics. Cambridge: MIT Press, 1992, pp. 89 ["credit"], 287-289 ["money market"].

STIGLITZ, J. E., WEISS, A. Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. The American Economic Review, 71 (3), 1981, pp. 393/394.

Casos citados em que o mercado relevante é o de informações ao crédito		
Processo	Ano de Julgamento	Resultado
08012.006720/1998-39 [Equifax-Protector I]	1999	Aprovado por unanimidade.
08012.002893/2002-71 [Equifax-Protector II]	2002	Aprovado por unanimidade.
08012.009810/2007-89 [Experian-Serasa]	2007	Aprovado por unanimidade.
08012.006726/2011-90 [Boa Vista-Equifax]	2012	Aprovado por unanimidade.
08012.009089/2011-11 [SPC-Serasa]	2013	Aprovado por unanimidade.
08700.002792/2016-47 [GIC]	2016	Aprovado por maioria e condicionado a acordo em controle de concentração.
Casos citados em que o mercado relevante não é o de informações ao crédito		
Processo	Ano de Julgamento	Resultado
08700.003211/2016-94	-	-
08012.010483/2011-94	-	-
08700.009082/2013-03	-	-
08700.005694/2013-19	-	-

A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS INTERESSADOS NO CONTROLE DE ESTRUTURAS: TEORIA E PRÁTICA À LUZ DA EXPERIÊNCIA DO CADE

Fernanda Garibaldi Barreto de Oliveira

Guilherme Teno Castilho Misale

Resumo: O presente artigo aborda o instituto da intervenção de terceiros interessados no âmbito do controle de estruturas, situando-o do ponto de vista prático-teórico. Inicialmente, o artigo explora o fundamento teórico desse instituto, identificando sua previsão na legislação concorrencial, ao mesmo tempo em que levanta questões para reflexão. O artigo também apresenta um recorte estatístico desse instituto e traça um quadro específico sobre dois casos apreciados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A investigação empreendida se revela oportuna para jogar luz sobre uma temática importante, mas relativamente ainda pouco explorada na literatura nacional.

Palavras-chave: Terceiros interessados – Intervenção – Controle de estruturas – Lei nº 12.529/11 – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Teoria e Prática

Keywords: Interested third parties – Intervention – Merger Control – Law No. 12,529 of 2011 – Administrative Council for Economic Defense – Theory and Practice

1. Introdução[1]

Passados mais de 50 anos da criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), um valioso legado para a política concorrencial brasileira foi construído e sedimentado. Sem dúvidas, nessa trajetória uma série de acontecimentos influiu para a maturação do CADE.[2] Simplificadamente,

[1] As informações contidas neste artigo são exclusivamente baseadas em dados públicos, não havendo qualquer conflito ou informação privilegiada.

[2] Sobre o histórico dos 50 anos do CADE, ver: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos. CARVALHO, Vinicius Marques de; RAGAZZO; Carlos Emmanuel Joppert (org.). Brasília: CADE, 2013.

vislumbramos os principais acontecimentos agrupados sob dois vetores normativos: (i) a Lei n° 8.884/94, de 11 de junho de 1994, que concebeu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ("SBDC") e impulsionou o direito concorrencial no Brasil, e (ii) a Lei nº 12.529/11, de 30 de novembro de 2011, que reformulou estrutural e materialmente o SBDC, propiciando alterações significativas sob o ângulo do controle de condutas e estruturas.[3] Ao longo dessa trajetória de rico aprendizado institucional, verificou-se também, como consequência de uma atuação técnica e efetiva,[4] visibilidade e reconhecimento – nacional e internacional – da política antitruste brasileira.[5]

Sob o ponto de vista substantivo, em particular, a principal alteração nos últimos tempos se deu no âmbito do controle de estruturas.[6] Diferentemente do que prescrevia a Lei n° 8.884/94, a Lei n° 12.529/11 estabelece a análise prévia[7] de atos de concentração.[8] Via de regra, o negócio só pode ser concluído, ou melhor, consumado, mediante a aprovação definitiva do CADE, sob risco

[3] Para um quadro evolutivo do direito concorrencial no Brasil, bem como uma detalhada visão da Lei 12.529/11, ver, dentre outros: FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 8ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiana Nogueira da Cruz. A nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. Publicações da Escola da AGU. A Nova Lei do CADE. Brasília, n. 19, jul. 2012; MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos – De acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

[4] Ver: CARVALHO, Vinicius Marques de. Por que o Cade foi parar em Davos?. Valor Econômico, 23 fev. 2017; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Um brinde à tecnocracia. O Estado de São Paulo, 20 abr. 2017; ANDERS, Eduardo Caminati; MISSALI, Guilherme Teno Castilho. Os 5 anos da lei de defesa da concorrência: 'quo vadis'?. O Estado de São Paulo, 29 maio. 2017. Acesso em 30 set. 2017.

[5] O CADE vem acumulando prêmios e destaques internacionais. A autoridade foi considerada a melhor agência das Américas em 2016 pela Global Competition Review – GCR, uma revista britânica especializada em defesa da concorrência. Foi a segunda vez que o CADE ganhou esse prêmio. Em 2017, pelo quinto ano consecutivo, o CADE recebeu quatro estrelas no ranking realizado anualmente pela GCR.

[6] SCHAPIRO, Mario Gomes, BACHI, Fabiana Mesquita. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE. In: CARVALHO, Vinícius Marques de; SCHAPIRO, Mário Gomes. Direito Econômico Concorrencial. São Paulo: Saraiva – Série GV Law, 2012.

[7] Cf. art. 88, §2º, da Lei nº 12.529/11, e art. 147, caput, do Regimento Interno do CADE.

[8] Para a definição legal de ato de concentração e os critérios de notificação, ver: art. 88, incisos I e II (valores alterados de acordo com a Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012), combinado com art. 90, da Lei nº 12.529/11.

de violação legal.[9-10]

Especialmente nesse contexto, um debate de enorme importância e que, em geral, vem passando ao largo do exame acadêmico no Brasil diz respeito ao instituto do terceiro interessado, mola propulsora deste artigo. Essa temática vem ganhando destaque na dinâmica empresarial, mormente em vista de uma série de precedentes do CADE em que se verificou concretamente a participação de terceiros interessados, amplificando os centros de atenção da análise concorrencial.

Nessa linha, o propósito deste artigo consiste em delinear questões gerais referentes à participação de terceiros interessados no bojo de atos de concentração, chamando a atenção para a experiência prática do CADE à luz de casos recentemente apreciados pela autoridade concorrencial. Com essa abordagem, intencionamos transcender a fronteira teórica e aportar uma análise prático-objetiva ao trabalho, de utilidade para pesquisas e investigações futuras.

Grosso modo, a presença do terceiro interessado no âmbito de atos de concentração oportuniza a vocalização de contrapontos, esclarecimentos e opiniões complementares, antagônicas ou diversas à narrativa de mercado e ao racional jurídico-econômico apresentado pelas partes enredadas na operação (requerentes). Usualmente, os terceiros interessados pontuam e esmiúçam algum tipo de preocupação, desconforto ou efeito concorrencial adverso que seria potencializado pelo ato de concentração à vista de um direito/interesse afetado.[11]

A decisão do CADE sobre a aprovação de um dado ato de concentração poderá levar em conta os aspectos suscitados pelo terceiro

---

[9] Ver: art. 88, §§ 3º e 4º, da Lei nº 12.529/11, e art. 147, § 2º e art. 152, do Regimento Interno do CADE. Também, ver: CADE. Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em 30 set. 2017.

[10] O regime de análise prévia de atos de concentração segue em consonância com o padrão das principais jurisdições mundiais. Com efeito, mais de 110 jurisdições adotam regime de análise, conforme assinalam Franceschini e Bagnoli ao referenciarem para dados da International Competition Network – ICN. Ver: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente, p. 803. In: CARVALHOSA, Modesto. Tratado de Direito Empresarial – Direito Concorrencial, v. VII. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

[11] Importante a ressalva de que o terceiro interessado não se confunde com o agente que é oficiado ao longo da instrução processual para responder a ofícios formulados pela autoridade no contexto dos "testes de mercado". Muito embora este também colabore (reativamente) com a autoridade, tal colaboração tende a ser limitada e não se compara com as prerrogativas legais conferidas ao terceiro formalmente habilitado.

supostamente afetado pela operação, cotejando seus argumentos em face da estrutura do mercado e dos efeitos líquidos do negócio. Noutras palavras, juntamente com uma miríade de variáveis que orbita a análise antitruste, a manifestação do terceiro pode introduzir elementos oportunos (e eventualmente inexplorados e até decisivos) quando da instrução do processo, colaborando para que a autoridade avalie a operação em suas nuanças e forme seu juízo de valor de maneira mais transparente, dialogal, completa e efetiva.[12]

Sob esse pano de fundo, infere-se que a temática está longe de ser de menor importância. Avaliar a participação de terceiros interessados em atos de concentração importa, em síntese, averiguar, numa primeira etapa, os requisitos formais estabelecidos em Lei para a habilitação do terceiro no processo, cotejando, subsequentemente, se a autoridade competente irá recepcionar as manifestações desse terceiro *vis-à-vis* supostos interesses afetados pela operação. Em seguida, a análise se volta a investigar como a autoridade confronta, dimensiona e incorpora as informações trazidas pelo terceiro, especialmente para aperfeiçoar a compreensão do caso e colaborar na análise de mérito.[13]

Postos esses lineamentos introdutórios, o presente artigo encontra-se estruturado da seguinte forma: após esta Introdução, o Capítulo II situa o fundamento do instituto do terceiro interessado em pormenor, jogando luz para a seara do direito concorrencial, mapeando os dispositivos legais que versam sobre o assunto. Ato contínuo, o Capítulo III apresenta um panorama sintetizado das estatísticas envolvendo terceiros interessados no bojo de atos de concentração e o Capítulo IV ilustra 2 (dois) casos emblemáticos que contaram com a participação de terceiros. Na conclusão, faremos um balanço sintetizado e apontaremos possíveis perspectivas futuras para o instituto do terceiro interessado.

---

[12] Não é desarrazoado supor hipótese na qual o terceiro traga a lume questões eventualmente imperceptíveis para a autoridade em um primeiro momento (e que se não fosse esse terceiro, em específico, poderiam sequer ter sido aventadas) e que, ao final, se mostram relevantes para a construção do entendimento do regulador em seu juízo decisório. O contrário também é verdadeiro: é possível que o terceiro interessado ventile questões não robustas o suficiente para atestar os problemas concorrenciais alegadamente originados de um dado negócio, cabendo à autoridade equacionar esse filtro quando da avaliação da pertinência técnica das manifestações. Esse ponto será retomado adiante.

[13] Subsidiariamente a esse exame, é importante ressaltar que a efetividade (e inclusive a legitimidade) das decisões do CADE no controle de estruturas guarda vínculo estreito com a apreciação do plexo de informações apresentado pelas requerentes, assim como em vista do cotejamento de eventuais argumentos postos pelos terceiros interessados (e eventuais outros agentes).

2. O instituto do terceiro interessado

2.1. Aproximação ao tema

Inicialmente, é válido tecer breves considerações a justificar a intervenção do terceiro no bojo de um processo administrativo. O instituto da intervenção de terceiros é originário do processo civil e empresta sua conceituação para o campo do processo administrativo.

Sob o enfoque processual, considera-se terceiro todo aquele que não é parte direta na ação, isto é, que não figura na qualidade de autor (parte ativa) ou réu (parte passiva) no processo, mas que pode vir a intervir na lide a fim de assistir a parte, se opor ao direito disputado, ser chamado por ser corresponsável pelo resultado da ação, ou, ainda, quando é nomeado ou chamado ao processo para responder sobre o direito que se versa.[14]

Na seara concorrencial, ao contrário do processo civil que prevê diferentes formas de ingresso na lide,[15] em teoria, é permitido que o terceiro que tenha conexão com a relação jurídica sob análise (i.e., direito/interesse afetado) ingresse formalmente em dado ato de concentração ou processo administrativo (sentido estrito)[16] mediante requisição do próprio terceiro (ato de volição própria que deve ser obrigatoriamente apreciado pela autoridade).

Para o escopo deste artigo, calcado na esfera do direito concorrencial, sob o postulado do direito administrativo, interessa-nos especificamente a lente

---

[14] Com efeito, o interesse jurídico a fundamentar o ingresso do terceiro no processo pode ser multifário, podendo ser conceituado, simplificadamente, como a oportunidade legalmente concedida à pessoa não (diretamente) participante de determinada relação jurídica para nela atuar ou ser convocado a atuar, na defesa de interesses jurídicos próprios.

[15] Nesse sentido, vale notar que o novo Código de Processo Civil (2015) inovou ao permitir o ingresso do terceiro interessado em qualquer tipo de processo, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, que apenas admitia o ingresso no bojo de um processo de conhecimento de procedimento comum ordinário, havendo restrições no procedimento comum sumário, nos procedimentos especiais e na execução. O novo CPC também criou duas novas modalidades de intervenção: (i) a modalidade incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o amicus curiae.

[16] Não é o foco deste artigo tratar do eventual terceiro interessado no bojo de processos administrativos (sentido estrito), ou seja, processos decorrentes de investigações anticompetitivas. De toda sorte, de se apontar que a sua regulação também se lastreia sob o mesmo dispositivo genérico que abarca o terceiro em ato de concentração (art. 50 da Lei nº 12.529/11), mas, nessa vertente, o Regimento Interno do CADE é silente quanto a um prazo específico para se habilitar nos autos, diferentemente do que se verifica para as hipóteses de terceiros em atos de concentração.

do controle de estruturas, particularmente sob o ponto focal do terceiro habilitado nos autos. Na essência, trata-se da intervenção do terceiro com o condão de confrontar, isto é, por algum motivo se opor ao negócio sob análise, lastreado por argumentos técnicos (de natureza jurídica e econômica), por meio dos quais procura evidenciar ao ente julgador o(s) impacto(s) e malefício(s) do ato de concentração sobre a ordem econômica. Via de regra, referido terceiro objeta o ato pleiteando ao regulador a imposição de condicionantes para a aprovação da operação, ou ainda a completa reprovação do ato de concentração, sob a alegação de prejuízos irremediáveis (para além da ausência de eficiências) decorrentes da operação.

Um desdobramento materialmente relevante que daqui emerge reside no leque dos interesses afetados pelo ato de concentração. À primeira vista, ao conceito de *interesses afetados* subjaz um senso plurívoco. No caso, os interesses em questão devem necessariamente transcender o aspecto individual, vez que norteados por pretensões privadas, para se irradiarem sobre a esfera do coletivo/difuso, que se volta para a ordem econômica e a toma como o bem jurídico tutelado. Tecnicamente falando, entende-se que o fato gerador que engendra a oposição do terceiro deve vir radicado nas consequências adversas do ato de concentração sobre o bem-estar econômico e sobre a coletividade (e do terceiro dentro dessa comunidade), posto que há um interesse público a ser preservado e que justifica a possibilidade franqueada pela autoridade para que outros sujeitos não imediatamente ligados ao negócio, mas de alguma forma por ele afetado, ingressem no processo para sobre ele se manifestar.[17]

Com base nessa assertiva, norteados por uma interpretação teleológica da legislação concorrencial, parece-nos claro que o instituto da intervenção não se presta para o potencial terceiro que intenciona se insurgir contra o ato de concentração em virtude de pretensões privadas, como se transpondo o instituto do terceiro para um foro de lide privada.[18]

---

[17] Como uma espécie de alerta para o CADE não confundir seus papeis e acabar por "advogar pelos interesses de terceiros interessados", ver excerto do voto da Conselheira-Relatora no Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 (BM&FBovespa S/A – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros e Cetip S/A – Mercados Organizados), ao dispor que " (...) os remédios contemplados no item 10 deste Voto precisam endereçar as "amarras" em ambos os mercados. Caso contrário, o Cade pode parecer que está advogando pelos interesses dos terceiros interessados apenas, pois são eles quem estão "reclamando incessantemente" no âmbito deste AC. Cabe ao Cade observar, preservar e fomentar a concorrência em qualquer segmento que seja e não aquele onde está ocorrendo a reclamação!". (grifos nossos).

[18] Aliás, se o terceiro se utilizar do instituto da intervenção como artifício voltado à resolução de lide privada nada obsta, a nosso ver, que o CADE não apenas indefira o pedido de intervenção desse terceiro (se assim for possível identificar de plano), como

2.2. Fundamento legal do instituto do terceiro interessado sob a égide da legislação concorrencial

A Lei n° 12.529/11 traz uma abordagem genérica, estabelecendo concisamente que a Superintendência-Geral ("SG") ou o Conselheiro-Relator podem admitir a intervenção no processo administrativo[19] de "terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada".[20]

O Regimento Interno do CADE (RICADE),[21] por sua vez, adiciona o limite temporal para o "pedido de intervenção de terceiros interessados cujos interesses possam ser afetados pelo ato de concentração econômica".[22] O citado dispositivo estipula prazo de 15 (quinze) dias da publicação do edital do ato de concentração para o terceiro interessado se habilitar formalmente nos autos do processo.[23]

Vemos duas questões emergindo com mais força nessa seara: a primeira delas reside na hipótese de a análise concorrencial ser de tal modo eficiente que em menos de 15 (quinze) dias da publicação do edital o ato de concentração venha a ser aprovado.[24] Como ficam os eventuais terceiros com interesses em ingressar no processo e que ainda não o fizeram? Para atos de concentração processados sob procedimento sumário, se verificada a hipótese

também imponha eventual medida administrativa, que, a depender do caso concreto, tenderia a desbordar para litigância de má-fé, por analogia ao disposto no art. 65, §3° da Lei n° 12.529/11 (também se poderia cogitar, em certos casos, eventual intervenção moldada por animus protelatório).

[19] Sem qualificar se ato de concentração ou processo administrativo em sentido estrito.

20 Cf. art. 50, inciso I. O inciso II amplia esse rol ao dispor que os legitimados para a propositura de ação civil pública também poderão ser admitidos para efeitos de intervenção no processo.

[21] Aprovado pela Resolução nº 20, de 7 de junho de 2017 (alterado pela Emenda Regimental nº 1, de 20 de setembro de 2017).

[22] Art. 158, caput, do Regimento Interno do CADE.

[23] Segundo o art. 158, §§1º e 4º, do Regimento Interno do CADE, o pedido de intervenção do terceiro deverá conter todos os documentos e pareceres necessários para comprovação de suas alegações, pontuando que, a critério da SG ou do Presidente, conforme o caso, poderá ser concedida dilação de mais 15 (quinze) dias ao prazo inicial quando estritamente necessário para apresentação dos documentos e pareceres que comprovam a alegação.

[24] Essa hipótese é relativamente comum na prática à vista de operações processadas sob o procedimento sumário, valendo registrar, nesse tocante, a Resolução CADE nº 16/16, que, sob o mote da eficiência, prevê, no art. 1º, §2º, que "[A] Superintendência Geral deve observar o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda, para decidir os atos de concentração enquadrados em Procedimento Sumário e que não sejam reclassificados para análise em Procedimento Ordinário."

ora enunciada, o pedido de intervenção poderá ser dirigido diretamente ao Presidente do Tribunal, observado o prazo de 15 (quinze) dias da publicação do edital para tanto.[25] Para atos de concentração processados sob procedimento não-sumário (ordinário), tal questão é improvável de se vislumbrar na prática.

A segunda questão, de cunho mais teórico-reflexivo, diz respeito à eventual existência de constrição de direito à vista da limitação temporal para a habilitação do terceiro. Isso porque, como visto, a Lei nº 12.529/11 foi silente a esse respeito, ao passo que o RICADE estabeleceu um limitador. Eventualmente, caberia ponderação (em tom constitucional) no sentido de assegurar a participação ampla e democrática no processo para aqueles que tenham direitos e interesses afetados pela operação *vis-à-vis* possível constrição que a delimitação temporal traria a esse direito. Inobstante, a nossa leitura é que o pretenso conflito seria meramente aparente e, de fato, a abordagem aduzida pelo RICADE faz sentido dentro da teleologia que arquitetura o sistema de defesa da concorrência, considerando, em especial, a racionalização visada.[26]

E claro, a despeito de eventual intempestividade na habilitação como terceiro interessado, nada obsta que esse agente seja ouvido pelo CADE, não na qualidade de terceiro formalmente habilitado e que goza das prerrogativas legais, mas sim na qualidade de *amicus curiae*, por exemplo, tomando de empréstimo o instituto do processo civil.[27-28] Destarte, a preocupação quanto à eventual violação de direito restaria diminuída, a menos sob esse ponto de vista, ainda que possam haver discussões legítimas.

---

[25] Art. 158, §§2º e 3º, do Regimento Interno do CADE.

[26] Há uma lógica que justifica essa sistematização, em particular em prol da eficiência na análise do regulador, conforme espírito que norteia o controle de estruturas. A propósito, em benefício da segurança jurídica, o processo não deve se estender ad aeternum.

[27] Como exemplo, à luz do Ato de Concentração nº 08700.002155/2017-51 (Companhia Ultragaz S.A. e Liquigás Distribuidora S.A. – em análise quando da conclusão deste artigo), não obstante a intempestividade do pedido de ingresso como terceiro interessado nos autos por parte de um sindicato, conforme reconhecido pela Conselheira-Relatora, em despacho ela admitiu a intervenção desse sindicato na qualidade específica de amicus curiae.

[28] Vale pontuar ato de concentração no qual o potencial terceiro ingressou intempestivamente com o pedido de habilitação nos autos. Nesse caso, o CADE indeferiu o ingresso, mas notou que esse agente poderia acessar os autos públicos e receber e responder ofícios, contribuindo para a instrução do processo. O CADE denotou, assim, uma abordagem de abertura e receptividade, no melhor interesse da instrução processual (Ato de Concentração nº 08700.002398/2017-90: Requerentes: Hotelaria Accor Brasil S/A, GPCP4-Fundo de Investimento em Participações, L.A.-Fundo de Investimento em Participações).

Em termos materiais/substanciais, há uma aparente compreensão difusa daquilo que se entende por "interesses que podem ser afetados pelo ato de concentração". Com efeito, há uma miríade de hipóteses interpretativas que influi nesse cotejo. Contudo, em termos objetivos, a nossa opinião é que os interesses afetados devem necessariamente guardar relação com aqueles interesses ligados ao bem jurídico tutelado, qual seja, a defesa da concorrência. Nesse particular, de se sublinhar os interesses de concorrentes diretos e/ou indiretos, bem como de *players* atuantes em mercados verticalmente relacionados ou complementares. Outro núcleo de interessados pode decorrer de associações comerciais e sindicatos, vez que esses agentes estariam a vocalizar os interesses de determinada categoria/setor que representam.[29]

Nesses termos, infere-se uma linha relativamente permissiva na avaliação do CADE quanto ao critério de legitimidade para a admissibilidade de terceiros.

De toda maneira, sob um juízo de conveniência e oportunidade, como parte de seu poder discricionário, espera-se que o CADE somente admita nos autos aqueles agentes que efetivamente, da perspectiva do interesse público vinculado à defesa da concorrência, possam ser afetados pelo ato de concentração.[30] É válido realçar, como derivação lógica da discricionariedade do regulador, que o CADE não está adstrito aos argumentos ventilados pelos terceiros. Não há previsão legal que estipule, nem mesmo aponte o ônus argumentativo da autoridade no sentido de acatar, afastar, justificar ou enfrentar

[29] Adicionalmente, notamos que, em teoria, não apenas agentes econômicos podem figurar na qualidade de terceiros interessados, muito embora tal seja a hipótese mais recorrente, sendo igualmente possível que agências reguladoras ingressem nessa qualidade visando pontuar questões que guardem nexo com sua matriz de atuação. De todo modo, do que se depreende dos autos do CADE, agências reguladoras normalmente não atuam na qualidade específica de terceiro interessado, mas sim colaboram com a autoridade por meio de respostas a ofícios e pareceres, apresentando informações técnicas do setor e posicionamentos a respeito da operação. A esse respeito, válido assinalar o Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (Requerentes: AT&T Corp. e Time Warner Inc. – caso sob análise do CADE). O CADE oficiou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL na esteira dos seus testes de mercado. A ANATEL consignou em sua resposta que o CADE seria o órgão competente para apreciar os aspectos concorrenciais da operação, inclusive com a adoção de remédios para mitigar os problemas concorrenciais identificados, bem como notou que, se aprovada a operação pelo CADE, a Superintendência de Competição (SCP) deveria iniciar processo específico com o objetivo de apurar se o arranjo societário envolto na operação contraria a Lei do SeAC e os dispositivos regulatórios de competência da ANATEL.

[30] Respeitado o limite temporal para tanto, bem como demonstrados os impactos da operação sobre a ordem econômica.

o possível manancial de considerações enunciado pelo terceiro interessado.[31]

3. Estatísticas de terceiros interessados em atos de concentração e as primeiras sinalizações

Antes de buscarmos uma aproximação à experiência prática do CADE em vista de 2 (dois) casos selecionados para estudo, convém traçar um quadro panorâmico acerca das estatísticas envolvendo terceiros no arcabouço concorrencial brasileiro. Sob um recorte metodológico que compreende todo o ano de 2014 até 31 de julho de 2017,[32] 42 atos de concentração apreciados pelo CADE – seja no âmbito da SG ou do Tribunal – contaram com a solicitação de intervenção por parte de terceiros interessados.[33] Considerando que, neste mesmo período, foram notificados mais de 1300 atos de concentração,[34] a primeira constatação é de que, dada a ordem de grandeza, esse instrumento representa uma parcela ínfima em face do controle de estruturas.

Essa colocação, porém, deve ser lida sob perspectiva, vez que a maior parte dos casos analisados pelo CADE é processado sob procedimento sumário,

---

[31] Um potencial risco que se antevê aqui diz respeito ao eventual esvaziamento do instituto da intervenção do terceiro, pois a participação desses atores poderia, teoricamente, ficar relegada a segundo plano, sob um jaez proforma, sem influir e/ou colaborar na tomada de decisão da autoridade, na visão desses terceiros. Acreditamos que esse potencial risco é um não risco na realidade. Isso porque essa racionalidade faz parte da lógica decisória-normativa que vem atrelada ao juízo de discricionariedade (e também de economicidade da análise). Nesse contexto, deve ser pressuposto aos terceiros a discricionariedade do regulador, da mesma maneira que devem ter em mente que se a manifestação objetivar atrapalhar a análise, sobretudo numa linha de oportunismo e de argumentos infundados, medidas administrativas em desfavor desse terceiro poderão ser tomadas. Na prática, o que se infere é que quando argumentos abalizados são postulados por terceiros, o CADE, em linhas gerais, tende a pontuá-los em suas avaliações. Mesmo quando não demonstrado explicitamente pelo CADE, isso não significa que os argumentos do terceiro não foram sopesados pela autoridade ao longo da instrução.

[32] Conforme informações disponibilizadas pelo CADE por meio da Lei de Acesso à Informação.

[33] Esse número se refere aos atos de concentração cujos pedidos de habilitação foram deferidos pelo CADE.

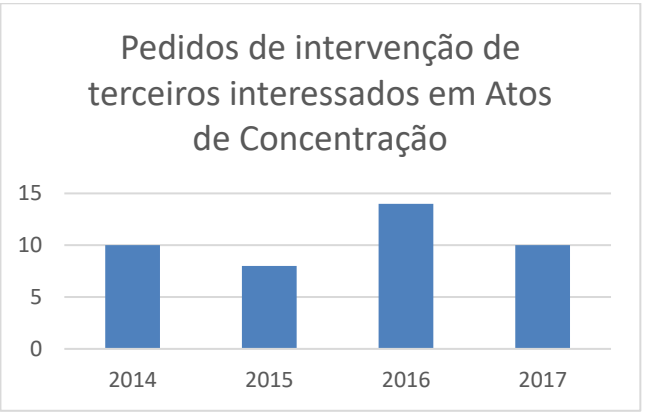
[34] De acordo com o "Balanço de Gestão da Superintendência-Geral (2014 – 2017)", no intervalo de 2014 a 27 de junho de 2017, um total de 1385 atos de concentração foi notificado ao CADE. Disponível em <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-mandato-sg-2014-2017.pdf>. Acesso em 28 ago. 2017.

isto é, quando não se visualizam preocupações de ordem concorrencial.[35] Por corolário lógico, a intervenção de terceiros tende a se concentrar na minoria dos casos apreciados pela autoridade, (i.e., aqueles atos que efetivamente implicam algum grau de complexidade sob a lupa concorrencial, tais como operações envolvendo agentes que já dominam parcelas significativas de determinados mercados, operações de magnitude suficientemente elevadas para alterar e/ou distorcer a dinâmica competitiva e as estruturas de um setor, a valer, exemplificativamente, questões envolvendo barreiras, rivalidade, coordenação etc.).

Portanto, não é mero acaso que a intervenção de terceiros ocorra nas operações mais densas e intrincadas sob a ótica concorrencial: em princípio, é justamente nestes casos que a opinião técnica e o conhecimento de mercado de agentes externos à operação se fazem sentir de maneira mais premente, de sorte a auxiliar a compreensão do(s) mercado(s) pelo regulador, notadamente em virtude da assimetria informacional existente. Dessa feita, para além dos ofícios expedidos pelo regulador para os *players* do mercado dentro de escopo dos testes, o terceiro que se habilita nos autos tem o potencial de ir além e desempenhar um papel mais assertivo para o desfecho do processo (i.e., postura proativa do terceiro interessado *versus* postura reativa do terceiro oficiado), mormente com vistas a agregar considerações que, ao fim e ao cabo, podem sensibilizar mais diretamente a autoridade.

Feita a necessária ressalva, é válido apontar que nos últimos 4 (quatro) anos verificou-se uma tendência de crescimento no que se refere ao número de casos que contaram com solicitação de intervenção de terceiros. Conforme demonstra o gráfico a seguir, considerando somente os pedidos de intervenção apresentados entre 2014 e 31 de julho de 2017, tem-se que o ano de 2017 já se iguala à totalidade de pedidos de intervenção apresentados em 2014:

[35] A título de referência, no intervalo entre os anos de 2012 e 2016, o índice de aprovação sem restrições de atos de concentração (sob vigência da Lei nº 12.529/11) por parte da SG foi de 95,8%. Tal dado pode ser um primeiro indicativo de que, majoritariamente, o CADE se depara com operações que não apresentam maiores riscos concorrenciais. Informações disponibilizadas no Balanço do CADE referente ao ano de 2016. Disponível em <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf>. Acesso em 28 ago. 2017.



Fonte: Elaboração própria a partir de informação fornecida pelo CADE.

Disso tudo, uma hipótese não irrealista é que parte dos agentes de mercado tem se mostrado paulatinamente mais inclinados (e também mais seguros e confortáveis)[36] em intervir em atos de concentração na condição específica de terceiros interessados, e isso pode ser reflexo, dentre outros, de operações concorrencialmente mais sensíveis e que implicam maiores efeitos sobre a ordem econômica, da legitimidade que esse instituto granjeou no compasso de uma internalização mais efetiva da cultura concorrência junto à sociedade etc.[37]

[36] De toda maneira, não seria desarrazoado supor que alguns agentes ponderam o custo/benefício de intervir formalmente como terceiro interessado na operação de concorrentes, clientes, contrapartes etc., mesmo com claros interesses afetados, tendo em vista o risco de eventual retaliação, boicote etc., que poderia minar uma sólida relação comercial, de sorte que preferem apenas responder a ofícios do CADE, sem maior exposição no processo.

[37] Um aspecto interessante a se considerar diz respeito ao perfil destes terceiros intervenientes. A esse respeito, os pedidos de intervenção no intervalo de 2014 a 31 de julho de 2017 revelam que concorrentes são os principais agentes externos que buscam o CADE para habilitação na qualidade de terceiros interessados (24 casos), seguidos por associações comerciais, sindicatos e federações relacionadas aos mercados afetados – e que podem representar desde empresas até trabalhadores do setor – (16 casos), agentes econômicos verticalmente relacionados às requerentes por se reconhecerem como clientes (11 casos) ou fornecedores (3 casos), e ainda agentes econômicos com vínculos societários aos requerentes (3 casos) e associações de consumidores como o PROCON (1 caso).

4. Casos práticos envolvendo terceiros interessados

O instituto da intervenção de terceiros alçou notoriedade em vista de importantes casos apreciados pelo CADE nos últimos tempos.38 Para fins deste artigo, selecionamos 2 (dois) casos emblemáticos para explicitar a postura da autoridade ante a intervenção de terceiros. Os casos selecionados foram (i) Ato de Concentração Ipiranga/Alesat, para exemplificar a sensibilização da autoridade à luz dos argumentos levantados pelos terceiros interessados, e, (ii) Ato de Concentração Ternium/Thyssenkrupp CSA, para efeitos de contraste.

4.1 Ato de concentração n° 08700.006444/2016-49 entre Ipiranga e Alesat

O Ato de Concentração versou sobre a pretendida aquisição pela Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. ("Ipiranga") das ações representativas da integralidade do capital social da Alesat Combustíveis S.A. ("Alesat"), sua concorrente no mercado de revenda e distribuição de combustíveis automotivos líquidos. No âmbito do referido Ato de Concentração, se habilitaram como terceiros interessados 3 (três) agentes atuantes e/ou interessados no mercado de combustíveis.[39]

---

[38] A título de exemplo, citamos os seguintes casos já julgados em que a participação do(s) terceiro(s) foi, por alguma razão, digna de destaque: (i) Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21 (Requerentes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda.); (ii) Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56 (Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A.); (iii) Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49 (Requerentes: Alesat Combustíveis S.A. e Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.); (iv) Ato de Concentração 08700.002997/2017-11 (Requerentes: Ternium S.A. e Thyssenkrupp CSA Siderúrgica do Atlântico Ltda); (v) Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 (Requerentes: BM&FBovespa S/A – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros e da Cetip S/A – Mercados Organizados); (vi) Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61 (Requerentes: The Dow Chemical Company e E.I Du Pont de Nemours and Company); (vii) Ato de Concentração nº 08700.002432/2016-45 (Requerentes: Ambev S.A. e Brasil Kirin Bebidas Ltda.).

[39] Conforme "Despacho SG 1242/2016", publicado no Diário Oficial da União em 13.10.2016, foram admitidos como terceiros interessados: (i) Raízen Combustíveis S.A., (ii) Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A., e (iii) Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes. A Raízen Combustíveis não se levantou contra a operação, alegando, ao contrário, que a Alesat não expressaria uma posição significativa no mercado de combustíveis e que existiriam postos revendedores regionais que suprириam sua importância em quase todo o país, caso a distribuidora viesse a se fundir com a Ipiranga. Assim, propugnou a aplicação de remédios, mas não se opôs à aprovação do Ato de Concentração. Mais incisiva, a Fecombustíveis

Em 01 de fevereiro de 2017, a SG emitiu o Parecer 01/2017, por meio do qual sustentou que a operação geraria preocupações concorrenciais, recomendando a impugnação perante o Tribunal Administrativo do CADE para a aplicação de remédios antitruste, se cabíveis.[40] Pontue-se que a SG formou seu entendimento considerando, em parte, o arrazoado argumentativo trazido pelos terceiros interessados, consoante se deduz do excerto abaixo.[41-42]

> Não por acaso, a taxa de saída e entrada de postos na rede da Alesat é maior que a das outras três nacionais, conforme comprovado pelas Requerentes. Nessa linha, constatou-se também que o percentual de postos da Ipiranga sob o modelo de locação/sublocação é **(ACESSO RESTRITO CADE E REQUERENTES)** maior que o da Alesat. (...) Por fim, a Fecombustíveis repassou a esta SG as reclamações de seus associados (sindicatos de postos

sustentou, logo em seu pedido de habilitação, que a operação levaria a Ipiranga a ampliar seu domínio em quase todos os mercados relevantes em que atuava, reforçando sua posição dominante. A Refinaria Manguinhos, única terceira interessada que chegou a levantar a hipótese da reprovação da operação, sustentou a tese de que a aprovação geraria prejuízos à concorrência entre postos embandeirados e postos bandeira branca, e que as consequências negativas da operação se revelariam não só pelo aumento da concentração em si, mas, em especial, pela redução da rivalidade.

[40] A SG chegou a alegar em seu Parecer que as preocupações concorrenciais seriam de tal monta que haveria uma impossibilidade de aplicação de remédios antitruste capazes de mitigar os riscos levantados caso fosse aprovada.

[41] "Novamente, a SG percebe que as empresas menores são mais atingidas. Corroborando esse ponto, a terceira interessada Refinaria Manguinhos opina que: "A demanda das distribuidoras regionais dessas localidades é atendida principalmente pela Petrobras. No entanto, esta empresa já declarou posição comercial no sentido de retirar os subsídios para o transporte de combustíveis para os terminais das regiões Norte e Nordeste, e, inclusive, encerrar essas mesmas atividades de transporte, repassando-as aos distribuidores regionais que dela adquirem combustíveis. Porém, os distribuidores regionais possuem limitado poder econômico, não podendo arcar com os custos de transporte, o que fará com que um grande número de atuais concorrentes das requerentes, na etapa de revenda, saiam do mercado, elevando assim os referencias de concentração por elas apresentados. (Petição SEI nº 0250964, p. 3)." (PARECER 1 da Superintendência-Geral do CADE, publicado em 01 fevereiro 2017 – grifos nossos).

[42] "Caso o posto tenha débitos com a distribuidora, seja em volume ou em pagamento diferido, a escolha envolve esse custo adicional temporário, o que pode incentivar a renovação do contrato. Outro custo que pode ser relevante mencionado pela Fecombustíveis é o fato de que "por ser detentora dos equipamentos, a distribuidora costuma dificultar ou procrastinar os procedimentos de devolução desses equipamentos, atrasando o posto de contratar com outra companhia ou passar a operar sem bandeira." (PARECER 1 da Superintendência-Geral do CADE, publicado em 01 fevereiro 2017 – grifos nossos).

> revendedores) de que a Ipiranga forma seu preço a partir do preço final de revenda para capturar margem dos seus bandeirados e uniformizar os preços de fornecimento, ameaçando guerra de preços em caso de alguma indisciplina. (Fonte: PARECER 1 da Superintendência-Geral do CADE, publicado em 01 fevereiro 2017 – grifos nossos).
>
> Outro fator a ser considerado é a possibilidade de a operação retirar do mercado não só uma concorrente efetiva, mas também um agente cujo perfil diferenciado o coloca como possível disciplinador, dotado de incentivos nem sempre alinhados aos das três líderes. As terceiras interessadas Fecombustíveis e Refinaria Manguinhos enfatizam esse ponto. (Fonte: PARECER 1 da Superintendência-Geral do CADE, publicado em 01 fevereiro 2017 – grifos nossos).

O Tribunal julgou a operação em 02 de agosto de 2017 e entendeu, em suma, que as eficiências apresentadas pelas requerentes, bem como os remédios antitruste negociados não seriam suficientes para contrabalançar as preocupações concorrenciais advindas da operação. É possível verificar referência expressa aos terceiros interessados no voto do Conselheiro Relator, João Paulo de Resende, conforme se nota do excerto abaixo, e no voto vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.[43] Ao final, todos os Conselheiros votaram nos termos do voto relator, sugerindo unanimemente a reprovação da operação.

> A Fecombustíveis, associação dos postos revendedores habilitada como terceiro interessado no processo, e quem então representaria os consumidores nesse mercado de distribuição, chegou a sugerir por meio de petição protocolada em outubro de 2016 soluções também focadas no mercado de revenda, sendo elas:
>
> (...)
>
> Grande parte dessas sugestões também foram apresentadas pela terceira interessada Refinaria Manguinhos (SEI 0367567), que de antemão reconhece que todas essas possíveis soluções são imperfeitas, com alta probabilidade de eficácia limitada, seja por dificuldades no desenho, na

[43] "Atesto ainda que as bases primárias e secundárias são detidas e/ou compartilhadas sobretudo pelos maiores players do mercado, o que fortalece o impacto sobre poder coordenado. A terceira interessada Fecombustíveis também destaca esse problema: "Quais as barreiras de infraestrutura mencionadas? Devido às dificuldades impostas pelas legislações estaduais e ainda pela escassez e alto custo dos imóveis próximos às refinarias, é prática corrente que, as 4 grandes distribuidoras, que detêm mais de 70% do mercado, somente compartilham espaço entre elas, com raríssimas exceções criando assim as barreiras mencionadas" (Resposta da Fecombustíveis ao Ofício 6208/2016, SEI 0295982)." (Voto-Vogal, publicado em 08 agosto 2017, Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo – grifos nossos).

> execução ou no monitoramento. (Fonte: Voto do Conselheiro Relator: João Paulo de Resende publicado em 08 agosto 2017 – grifos nossos).

Como provocação/indagação, trazemos questionamento acerca do desfecho do Ato de Concentração em tela no caso de ausência de terceiros interessados. O resultado seria o mesmo? Nossa hipótese é que o desfecho poderia não ser exatamente igual. A quantidade de referências às argumentações dos terceiros, conforme constou das decisões da SG (parecer técnico) e do Tribunal (votos), sugere que os pontos desses agentes contribuíram efetiva e materialmente para a *ratio decidendi* da autoridade.

4.2 Ato de concentração n° 08700.002997/2017-11 entre Ternium e Thyssenkrupp CSA

A título de contraponto, citamos a operação de aquisição pela Ternium S.A. ("Ternium"), uma fabricante de aço carbono pertencente ao Grupo Techint, da empresa Thyssenkrupp CSA Siderúrgica do Atlântico Ltda. ("CSA"), do grupo Thyssenkrupp, que contou com a intervenção da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN como terceira interessada.

O Ato de Concentração em referência não gerava sobreposição entre as atividades das requerentes, fabricantes integradas de aços planos ao carbono, mas reforçava uma integração vertical na fabricação de placas de aço carbono, feita pela CSA e a produção de aços planos ao carbono, realizada por outras empresas do Grupo Techint.[44]

No âmbito de seu pedido de habilitação como terceira interessada, a CSN se mostrou contundente no sentido de que a operação aumentaria significativamente o "já amplo poder de mercado do agente integrado", gerando graves riscos à concorrência em razão de potencial restrição do acesso dos fabricantes de aços planos localizados no Brasil a um insumo essencial a seu processo produtivo – as placas de aço ao carbono. Apesar da ampla argumentação apresentada pela CSN,[45] em 31 de julho de 2017 a SG proferiu

[44] Nesse particular, vale ressaltar que a Ternium (empresa do grupo Techint e requerente) também integra o grupo controlador das Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. ("Usiminas"), companhia brasileira que também atua no segmento de produtos laminados de aço ao carbono.

[45] A CSN argumentou ainda que, embora ela própria fosse um agente verticalmente integrado, isso não tornaria ilegítima ou infundada sua preocupação com a operação, e que a aprovação da aquisição pretendida pela Ternium deveria endereçar algum tipo de remédio antitruste que permitisse o acesso dos concorrentes às placas de aço carbono produzidas pela CSA. Sustentou, ainda, que as requerentes não teriam demonstrado as reais eficiências da operação.

sua decisão desconsiderando as hipóteses ventiladas pela terceira interessada, aprovando a operação sem restrições. Embora o CADE não possua o dever de refutar o arrazoado dos terceiros interessados no bojo de atos de concentração, o Parecer da SG assim o fez em certos aspectos.[46]

Não satisfeita com o Parecer da SG, a CSN interpôs recurso perante o Tribunal do CADE, em 16 de agosto de 2017, mais uma vez se posicionando contrariamente à aprovação da operação sem restrições.[47] Em 06 de setembro de 2017, o Tribunal sedimentou as discussões ao votar unanimemente pela aprovação da operação sem restrições, desconsiderando qualquer das hipóteses aventadas pela CSN.[48]

Em particular, mencione-se manifestação do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia, que se valeu da inteligência do art. 65, §3°, da Lei n° 12.529/11, para alertar que o Tribunal não aceitaria recursos infundados de terceiros em face da decisão da SG,[49] sendo necessário que os Conselheiros

[46] Por exemplo: "Cabe retomar o argumento da CSN de que, em momentos de pico de demanda por aços planos ao carbono ou parada da produção de placas por alguma empresa devido à manutenção dos altos-fornos, é essencial que haja possibilidade de adquirir placas de aço ao carbono de outros fornecedores para que se dê continuidade à fabricação de aços planos ao carbono e, assim, denotar-se-ia a importância da CSA para a indústria brasileira. No entanto, pelo cenário estabelecido na Tabela 11, a utilização das capacidades ociosas das empresas brasileiras já seria capaz de mais do que dobrar a quantidade do volume total de vendas de placas de aço carbono atual da CSA no mercado brasileiro, não podendo prevalecer tal argumento da terceira interessada." (FONTE: PARECER N°17, publicado em 31 julho 2017 – grifos nossos).

[47] A CSN sustentou, em suma, que a integração vertical preexistente entre a fabricação de placas de aço carbono e a produção de aços planos ao carbono geraria preocupações concorrências relevantes. Nesse sentido, não se poderia deixar de notar a posição dominante da CSA no mercado de placas, o argumento de que a operação facilitaria práticas exclusionárias das requerentes e que a análise da capacidade ociosa realizada pela SG seria imprecisa e insuficiente, deixando de levar em consideração a retração do mercado, decorrente da crise na siderurgia brasileira.

[48] "Pelo exposto, após ter conhecido do recurso lhe nego provimento, reiterando integralmente os termos do Parecer e Despacho da SG-CADE, votando pela aprovação do ato de concentração sem restrições. Em tempo, rejeito ainda pedido da terceira interessada para aplicação de remédios comportamentais por impertinentes e desnecessários." (VOTO, publicado em 08 setembro 2017, Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo – grifos nossos).

[49] No prazo de 15 (quinze) dias da publicação da decisão da SG que aprova o ato de concentração, terceiros interessados (ou agências reguladoras no caso de mercados regulados) poderão interpor recurso ao Tribunal aduzindo "os motivos pelos quais o ato aprovado poderá implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e

afiram a boa-fé do terceiro, a bem de se evitar eventuais excessos e manifestações infundadas, com intuito protelatório.[50] De fato, enxergamos risco em se admitir recurso de terceiros sem acervo documental que explicite novos contrapontos e/ou que justifique de maneira crível um desfecho diferente/alternativo para a operação. Em última análise, tanto os requerentes se veem prejudicados em razão do atraso na análise que a intervenção desse terceiro pode gerar ao movimentar a máquina estatal desnecessariamente, quanto a própria credibilidade do instituto pode ficar obscurecida.

5. Notas conclusivas

A intervenção de terceiros interessados em atos de concentração, observados os critérios temporal (tempestividade do pedido) e material (interesses afetados), é legítima e assegurada pela legislação concorrencial brasileira. Esse tipo de intervenção, em princípio, se traduz em predicado útil à instrução processual, notadamente com o objetivo de alcançar uma decisão mais robusta e organicamente completa, na medida em que se minora a assimetria informacional do regulador e se iluminam pontos e contrapontos para fortificar a análise.

Quanto ao aspecto temporal para intervenção de terceiros interessados, vimos que, em tese, poder-se-ia questionar eventual limitador de direito, mas concluímos neste primeiro momento que, na prática, o balizador temporal parece coerente à inteligência sistêmica do arcabouço concorrencial brasileiro.

Quanto à legitimidade material para admissão do pedido do terceiro,

---

serviços, e todos os documentos e pareceres indispensáveis à análise dos fatos alegados". (Cf. art. 162, inciso I e §1º, do Regimento Interno do CADE).

[50] Essa não foi a primeira vez que o recado foi dado pelo CADE. No julgamento do Ato de Concentração 08700.007629/2016-71 (Requerentes: General Electric e LM Wind Power Holding A/S.), o entendimento da maioria do Plenário foi no sentido de que eventuais recursos de terceiros interessados contra as decisões da SG deveriam apontar erros na análise da SG e indicar argumentos novos e diferentes daqueles analisados durante a instrução, particularmente em razão de uma "instrução insatisfatória". Nesse caso, o terceiro deve fundamentar o recurso com os materiais necessários para a análise dos Conselheiros do Tribunal, sob pena de não admissibilidade do recurso. Desse modo, o recurso não deve ser intencionado como instrumento para "revisitar matéria já apreciada na SG", posto que se assim o for tende a ser considerado infundado. Ainda, antes desse julgado, o CADE já havia se pronunciado no mesmo sentido, pontuando que não aceitaria recursos de terceiros se esses não trouxessem um contraponto crível, apto a justificar a revisão ou a mudança de entendimento (Ato de Concentração 08700.009559/2015-12 - Requerentes: Fedex Corporation e TNT Express N.V.).

notamos uma linha relativamente permissiva do CADE. A despeito disso, a autoridade concorrencial pode entender por bem não admitir a intervenção do terceiro na hipótese de não vislumbrar interesses afetados à vista do caso concreto, ainda que essa hipótese seja menos frequente na prática. Nesse particular, como proposição, seria oportuno que o CADE refinasse seus filtros para evitar oportunismos, como na hipótese de eventual má-fé do terceiro habilitado em sede de manifestações e recursos infundados e protelatórios ao longo do processo.

Ainda que não habilitado formalmente nos autos, nada impede que o CADE oportunize espaço para eventual agente expressar seus pontos de vista acerca de uma operação, sem assegurar para esse agente, entretanto, as prerrogativas específicas a que fazem jus o terceiro oficialmente habilitado. Outrossim, vale notar que o CADE não está adstrito aos argumentos ventilados por eventual terceiro interessado. A autoridade norteia-se por um juízo de discricionariedade, pautado pela conveniência e oportunidade, quando da apreciação dos argumentos suscitados pelos terceiros.

Em casos mais sensíveis e complexos do ponto de vista concorrencial, nossa leitura em termos de tendência prospectiva é que haja um gradual aumento de pedido de habilitação de terceiros. Especialmente, acreditamos que esse fenômeno é fruto da maior disseminação do direito concorrencial junto à sociedade e ao empresariado, do fortalecimento institucional do CADE, da tendência mundial de operações societárias e arranjos comerciais mais sofisticados (que podem traduzir reflexos concorrenciais com potencial de espraiar seus efeitos sobre agentes não imediatamente engajados na operação), entre outros.

Também acreditamos que uma "cultura" de terceiro interessado poderá ser forjada em maior substância no país, fazendo desse instituto um instrumento interessante e promissor para a autoridade no sentido de maior clareza e completude de sua decisão, contribuindo para proteger as estruturas de mercado. Nesse ambiente, natural também que as requerentes passem a considerar com mais cautela o risco da intervenção de terceiros, reforçando cenários, dados e eventuais remédios apresentados para a autoridade.

6. Referências

ANDERS, Eduardo Caminati; MISSALI, Guilherme Teno Castilho. *Os 5 anos da lei de defesa da concorrência: 'quo vadis'?*. O Estado de São Paulo, 29 maio. 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-5-anos-da-lei-de-defesa-da-concorrencia-quo-vadis/>. Acesso em 30 set. 2017.

CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiana Nogueira da Cruz. A nova

Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. *Publicações da Escola da AGU*. A Nova Lei do CADE. Brasília, n. 19, jul. 2012.

CARVALHO, Vinicius Marques de. *Por que o Cade foi parar em Davos?*. Valor Econômico, 23 fev. 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4878606/por-que-o-cade-foi-parar-em-davos>. Acesso em 30 set. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. CARVALHO, Vinicius Marques de; RAGAZZO; Carlos Emmanuel Joppert (org.). Brasília: CADE, 2013.

_____. *Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica*. Brasília, 2015.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente, p. 803. In: CARVALHOSA, Modesto. Tratado de Direito Empresarial – Direito Concorrencial, v. VII. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos – De acordo com o Código de Processo Civil de 2015***.** São Paulo: Editora Atlas, 2015.

SCHAPIRO, Mario Gomes, BACHI, Fabiana Mesquita. *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE*. In: CARVALHO, Vinícius Marques de; SCHAPIRO, Mário Gomes. Direito Econômico Concorrencial. São Paulo: Saraiva – Série GV Law, 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Um brinde à tecnocracia*. O Estado de São Paulo, 20 abr. 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/77561-2/>. Acesso em 30 set. 2017.

Precedentes consultados conforme autos públicos dos processos

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração nº 08700.009559/2015-12. Requerentes: Fedex Corporation e TNT Express N.V. Aprovado sem restrições pela SG/CADE em 02 fev. 2016. Recurso de terceiro para o Tribunal. Julgado em 30 mar. 2016. Aprovado por unanimidade do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21. Requerentes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda. Conselheira-relatora: Cristiane Alkmin Schimidt. Julgado em 11 mai. 2016. Aprovado com restrições pela maioria do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61. Requerentes: The

Dow Chemical Company e E.I Du Pont de Nemours and Company. Conselheiro-relator: Paulo Burnier da Silveira. Julgado em 17 mai. 2016. Aprovado com restrições por unanimidade do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.002432/2016-45. Requerentes: Ambev S.A. e Brasil Kirin Bebidas Ltda. Aprovado sem restrições pela SG/CADE em 06. jul. 2016.

_____. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBovespa S/A – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros e Cetip S/A. Conselheira-relatora: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Julgado em 22 mar. 2017. Aprovado com restrições pela maioria do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.007629/2016-71. Requerentes: General Electric e LM Wind Power Holding A/S. Aprovado sem restrições pela SG/CADE em 27 mar. 2017. Recurso de terceiro para o Tribunal. Julgado em 19 abr. 2017. Recurso não conhecido pela maioria.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A. Conselheira-relatora: Cristiane Alkmin Schimidt. Julgado em 28 jun. 2017. Reprovado por unanimidade do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.002398/2017-90. Requerentes: Hotelaria Accor Brasil S/A, GPCP4-Fundo de Investimento em Participações, L.A.-Fundo de Investimento em Participações. Aprovado sem restrições pela SG/CADE em 07 jul. 2017.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49. Requerentes: Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e Alesat Combustíveis S.A. Conselheiro-relator: João Paulo de Resende. Julgado em 02 ago. 2017. Reprovado por unanimidade do Conselho.

_____. Ato de Concentração n° 08700.002997/2017-11. Requerentes: Ternium S.A. e Thyssenkrupp CSA Siderúrgica do Atlântico Ltda. Aprovado sem restrições pela SG/CADE em 01 ago. 2017. Recurso de terceiro para o Tribunal. Julgado em 06 set. 2017. Aprovado sem restrições por unanimidade do Conselho.

_____. Ato de Concentração nº 08700.002155/2017-51. Requerentes Companhia Ultragaz S.A. e Liquigás Distribuidora S.A. Conselheira-relatora Cristiane Alkmin Schimidt. Pendente de decisão do Tribunal Administrativo do CADE em 30 set. 2017.

_____. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Corp. e Time Warner Inc. Conselheiro-relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Pendente de decisão do Tribunal Administrativo do CADE em 30 set. 2017.

UMA REGRA *PER SE* À BRASILEIRA? A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ILICITUDE PELO OBJETO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DO CADE[1]

Fernando Amorim Soares de Mello

Resumo: O presente artigo busca verificar os limites da atuação do Tribunal do Cade no processo administrativo sancionador no tocante à aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto. Partiu-se da hipótese de que a aplicação da teoria no processo administrativo sancionador antitruste no Brasil *antes* de consolidar o ambiente institucional poderia gerar uma ruptura capaz de gerar insegurança jurídica. Diante disso, o tema foi explorado inicialmente por meio da análise das particularidades de dois modelos tradicionais da análise antitruste: regra da razão e *per se*. Após o esclarecimento desses fundamentos, passou-se a analisar recente experiência judicante do Tribunal do Cade sobre a ilicitude pelo objeto. Por fim, concluiu-se que a função educativa da defesa da concorrência deverá ser antecipada à tarefa repressiva da autoridade antitruste, sob pena de lesão ao ambiente institicional protegido pelo Cade.

Palavras-chave: política da concorrência; regra da razão; regra *per se*; ilicitude pelo objeto; segurança jurídica.

Keywords: antitrust policy; restrictions of competition "by object"; rule of reason and *per se*; legal certainty.

1. Introdução

O objetivo central do artigo é analisar uma faceta particular da regra da razão: a ilicitude pelo objeto (ou ilegalidade pelo objeto). Sinteticamente, a ilicitude pelo objeto pode ser compreendida como um regime relativamente rigoroso em relação a outros modelos relativo aos padrões de prova na persecução por condutas anticompetitivas.[2]

[1] Artigo originalmente publicado na Revista de Defesa da Concorrência (ISSN 2318-2253), vol. 5, n. 2, nov./2017.

[2] Como atesta Amanda Athayde, trata-se de um regime contraposto aos tipos que presumem uma análise de ilicitude pelos seus efeitos com ônus probante à autoridade

Cinco anos após a vigência da Lei 12.529/2011, reconhece-se que, em que pesem as reformas institucionais visando a uma maior efetividade nas atividades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)[3], o regime positivo das infrações contra a ordem econômica não se alterou substancialmente – marco teórico institucional a partir do qual se inicia.

Ao se falar em instituições, são abrangidas, preliminarmente, as instituições em sua faceta formal[4], vinculantes no limite de suas delimitações – a Lei Antitruste é um exemplo. Outro lado da moeda são as instituições informais, compreendidas como noções gerais que, em alguma medida, norteiam o enfrentamento de problemas no contexto das instituições formais. É neste contexto que se encontra a pedra de toque da presente pesquisa, que trata de uma particularidade das instituições informais: os *standards* jurídico-analíticos no *enforcement* do Direito da Concorrência. Tais *standards* podem ser assimilados como arranjos mentais emanados pela inteligência dos aplicadores das normas concorrenciais, ou em outras palavras, modos de interpretação diante o caso concreto.[5]

Numa situação hipotética em que fossem ilimitados tanto o tempo quanto as assimetrias informacionais entre a autoridade e a outra parte, o *enforcement* antitruste seria rudimentar. Ciente de que isso não é uma realidade, a defesa da concorrência tende a adotar regras vazias a serem complementadas pelos *standards* supramencionados. Isto explica a gênese dos *standards* jurídicos como um instrumento para a redução das incertezas (e dos custos transacionais decorrentes) sobre a aplicação do direito positivo. Fala-se, no caso da aplicação da lei da concorrência, dos construtos das regras da "razão" e "*per*

antitruste. Cf. Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica. São Paulo: Singular, 2017, p.23. Também conferir: PEEPERKORN, Luc. Defining "by object" restrictions. Concurrences, n. 3, 2015.

[3] Para um detalhamento das alterações institucionais promovidas a partir da vigência da Lei 12.529, cf. CARVALHO, Vinicius Marques de. A política da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de. A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015, p. 21-28.

[4] Na lição de Douglass North, tais regras se configuram nas instituições, "constrições humanamente concebidas que estruturam a interação humana" que "definem a estrutura de incentivos das sociedades e, especificamente, das economias." (Desempenho econômico através do tempo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 255, set,-dez. 2010, p. 16).

[5] Nesse sentido, cf. CARVALHO, Vinícius Marques; SILVEIRA, Paulo Burnier da; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Vertical restraints: a look ahead. In: CARVALHO, Vinícius Marques. Defesa da Concorrência: estudos votos. São Paulo: Singular, 2015, p.93-101.

se", ambas de origem estadunidense e cujos contornos serão apresentados posteriormente. A relevância destas válvulas de escape é clarificada no momento em que a aplicação do direito antitruste passa a exigir certas regras para "nortear a verificação da licitude ou ilicitude de uma prática"[6].

Com influência do antitruste europeu, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) passou a se valer da noção da ilicitude pelo objeto como instrumento para fundamentar a condenação de Representadas por condutas anticompetitivas – especialmente condutas colusivas, mas isso se verificou também para práticas unilaterais. Isso ocorreu especialmente a partir da vigência da Lei 12.529/2011, e essa alteração representa uma visão distinta da preferência anterior pela regra da razão clássica (com o ônus probatório na autoridade para demostrar os possíveis efeitos anticompetitivos resultantes).

O problema central da pesquisa pode ser sintetizado pela insegurança jurídica decorrente pela aplicação de um instituto de origem estrangeira sem uma clareza sobre sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, partiu-se da hipótese de que a recente aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto no processo administrativo sancionador antitruste *antes* de consolidar o ambiente institucional poderia ser vista como uma ruptura parcial capaz de gerar insegurança jurídica.

Este artigo foi estruturado em cinco tópicos para esclarecer as inquietações propostas. Após esta introdução, o/a leitor/a poderá compreender o funcionamento da interpretação a partir de seus elementos, gênese e nuances. Nesse momento foram examinados dois modelos de *standards* de origem estadunidense: a regra da razão e *per se*. Em seguida, passou-se a delinear a estrutura do ilícito tanto no contexto do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia quanto o quadro normativo do direito sancionador antitruste da Lei 12.529/2011. Com isso foi possível esclarecer os elementos subjacentes à problemática dos contornos da aplicação da ilicitude pelo objeto na experiência no SBDC. Ato contínuo, passou-se analisar os fundamentos levantados pelo Tribunal do Cade ao aplicar a ilicitude pelo objeto em sua competência para compreender as limitações da aplicação da teoria em seu contexto institucional. Isso foi realizado por meio do enfrentamento entre elementos normativos e decisões paradigmáticas do Cade em que a autoridade se socorreu desse *standard*. Por fim, o artigo conclui com apontamentos críticos sobre o ambiente institucional pesquisado.

[6] Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.83. No mesmo sentido, cf. FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.194-199.

2. Regime dos padrões de prova no *enforcement* das condutas anticompetitivas: elementos da regra *per se* e regra da razão

Como enunciado introdutoriamente, os *standards* pesquisados identificam e colocam em evidência os pontos de vista sobre como proceder na análise antitruste, reduzindo a incerteza no *enforcement*. A opção metodológica proposta foi aplicar técnicas das comparística para verificar os aspectos convergentes e divergentes nos microssistemas examinados (EUA e União Européia), sempre atentando às particularidades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Esta metodologia proposta foi justificada pela ausência de experiência consolidada no antitruste brasileiro (como pode ser verificado em jurisdições mais tradicionais no tema[7]), bem como pela carência de uma literatura especializada no país no tema.

Cunhado no contexto do caso *Socony-Vacuum Oil* (1940), o termo *per se* nomeou uma carga de significado[8] que já vinha sendo aplicada pelas cortes[9]. Com essa opção, uma conduta pode ser considerada ilícita independentemente do contexto em que foi praticada[10], de modo que não será necessário analisar a estrutura do mercado, sequer "o poder econômico do agente, que pode ser nenhum" [11]. Da mesma maneira, "o acusado não tem o direito de aduzir em sua defesa quer os bons efeitos econômicos da prática incriminada, quer sua inofensividade, pela ausência de quantidade de poder suficiente para influir nos preços de mercado"[12]. Em síntese, aqui a presunção da ilicitude prescinde de uma análise aprofundada do mercado em questão,

[7] Nas palavras de Shieber, o "direito antitruste norte-americano é como um armazém de matéria-prima sobre problenas antitruste" (Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.15).

[8] Por exemplo, no caso Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co. (1911) a Corte não se valeu, expressamente, dos termos "per se" ou "regra da razão", ainda sua decisão de proibir a fixação de preços de revenda tenha colocado a conduta na categoria da presunção absoluta da ilicitude da regra per se.

[9] Cf. SOKOL, Daniel. The transformation of vertical restraints: per se illegality, the rule of reason, and per se legality. Antitrust Law Journal, n.3, 2014, p.1009.

[10] "This means that there is no need for a court to examine whether the behavior in question unreasonably restrains trade or harms competition and consumers: the mere existence of the behavior will be enough to fall within the prohibition" (DABBAH, Maher M. International and comparative competition law. Cambridge: University Press, 2010, p.241.)

[11] BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.154.

[12] Idem.

reduzindo os custos da investigação[13].

A regra da razão, por sua vez, pode ser compreendida como a institucionalização de modelos mentais de interpretação, o que somente pode ser realizado a partir de uma meditação sobre o corpo jurisprudencial sobre determinados tipos normativos ao longo do tempo. Com efeito, as origens da regra da razão são encontradas na decisão no caso Standard Oil Co. of New Jersey v. United States (1911)[14].

Com a influência dos ideais da Escola de Chicago a partir da década de 1970, o teste *per se* passou a ser limitado, como se pode notar quando condutas foram retiradas do catálogo das práticas ilícitas e passaram a ser pesadas através das lentes da regra da razão.[15] Isso se tornou mais claro nas restrições verticais, quando as presunções formuladas na decisão no caso Schwinn[16] foram revertidas pela própria Corte no caso Sylvania[17].

Caso determinada conduta seja analisada à regra da razão, abre-se a possibilidade da utilização dos argumentos sobre eventuais ganhos de eficiência, bem como a ausência de efeitos negativos à concorrência. Por isso é possível afirmar, com acerto, que a "regra da razão é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma 'não razoável'"[18], posto que a análise da conduta é restringida pelo prisma de seus efeitos nos mercados afetados.

A síntese de AREEDA e HOVENKAMP é que "a regra da razão é uma forma de presunção de legalidade, no sentido de que o representado, a não ser que a representante apresente provas sobre efeitos efetivos ou potenciais

[13] Cf. GONÇALVES, Priscila Brólio. Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais. São Paulo: Singular, 2002, p.130.

[14] Cf. KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. Journal of Economic Perspectives, vol. 14, n.1, 2000, p. 46ss.

[15] Cf. BESCHLE, Donald L. What, Never? Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per se Antitrust Illegality. Hastings Law Journal, v.38, 1987, p.493.

[16] United States v. Arnold, Schwinn & Co. (1967).

[17] Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc. (1977). Sobre o tema, cf. KHAN, Lina; Vaheesan; SANDEEP. Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents. Harvard Law & Policy Review, vol. 11, 2017, p. 273.

[18] FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.196. No mesmo sentido, cf. DABBAH, Maher M. International and comparative competition law. Cambridge: University Press, 2010, p.240.

nocivos"[19]. Para tanto, o primeiro passo é a determinação do mercado relevante (material e geográfico) para inferir o poder de mercado do agente que praticou a conduta. Seria, aos autores mencionados, a prova elementar para que a conduta possa ser capaz de gerar efeitos anticompetitivos.

Uma regra da razão rigorosa que leve em consideração cada pormenor das condutas geraria grandes custos às expensas da autoridade antitruste. Nesse contexto, PITOFSKY sugere uma abordagem em que uma regra *per se* poderia ser mantida até no caso de condutas unilaterais (especialmente no caso da fixação de preços de revenda), desde que determinadas defesas possam ser levantadas[20]. Esta regra *per se* pitofskyiana solucionaria o problema dos custos da investigação, já que caberia à defesa provar as eficiências alegadas[21], bem como as disfunções próprias a *standards* muito rígidos. Como se verá em seguinte, trata-se de proposta semelhante à ilicitude pelo objeto formulada pela experiência europeia.

3. Condutas anticoncorrenciais no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e no direito sancionador na Lei 12.529/2011

3.1 A estrutura do ilícito antitruste no TFUE

Nos termos do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), são proibidos "todos os acordos entre empresas, decisões por parte de associações de empresas e práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os países da União Europeia (UE)". O *caput* segue: "e que tenham **por objetivo** ou **efeito** impedir, restringir ou falsear a concorrência" (grifos nossos).

Tomando um acordo hipotético para restringir a concorrência[22], o

[19] "The typical rule of reason is a form of presumptive legality in the sense that the defendant prevails unless the plaintiff offers some proof of harmful effects or tendencies. Speaking generally, the typical plaintiff must show that the challenged conduct limits competition and that it does so significantly." (AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers, 2003, p.329.)

20 Cf. PITOFSKY, Robert. Why Dr. Miles Was Right. AEI Journal on Government and Society, jan-fev, 1984, p.30.

[21] Para Herbert Hovenkamp, o combate do free riding seria, virtualmente, o único argumento pela aceitação da prática. Cf. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. In: PITOFSKY, Robert (org). How the Chicago School Overshot the Mark. Oxford University Press, 2008, p.111.

[22] A Comissão Europeia emite orientações substanciais para garantir a clareza dos tipos

primeiro passo evidente é avaliar se foi efetivamente realizado. Caso não se trate de acordo que não incida nos objetos delimitados pelas orientações, o segundo passo será desempenhado caso se conclua que restringe a concorrência não pelo objeto, mas pelos efeitos praticados, aferindo se os benefícios do ato tenham compensados os efeitos negativos à concorrência.

O mesmo artigo também prevê certas exceções às proibições mencionadas em seu número 3 que poderiam ser levadas em consideração na tomada de decisão: a) ganhos de eficiência; b) ganhos aos consumidores; c) o caráter indispensável da restrição; e d) não eliminação da concorrência. Tais condições são cumulativas, sendo que os acordos mencionados no artigo 1 serão proibidos a menos que comprovem os requisitos do 101(3).

A priori, todos os atos seriam capazes de fazer prova das quatro condições para incidir nas exceções, mas é evidente que, tratando de conduta prevista como ilícita nas orientações pelo objeto, dificilmente será capaz de comprovar as quatro condições do 101(3). A ilicitude pelo objeto, portanto, é um regime rigoroso de presunções em que será penoso ao agente denunciado demostrar a ausência de efeitos anticompetitivos.

Os acordos com objeto de restringir a concorrência são automaticamente presumidamente ilícitos pela autoridade antitruste, restando delinear quais seriam as condutas que entrariam nessa categoria.[23] Para tanto, parte-se de uma similitude da natureza do ato e da experiência jurisprudencial sobre ela para concluir se incidiria nas categorias de ilicitude.[24]

No mesmo passo, e especialmente no tocante ao conteúdo do artigo 101 (1), o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que a proibição não seria aplicável nos casos em que os efeitos do acordo para a concorrência entre os Estados-Membros fossem insignificantes. Com isso a Comissão Europeia delimitou padrões mínimos para a configuração da insignificância referida, sendo que um acordo abarcado pela regra "minimis" seria amparado pela

jurídicos que se enquadraria na proibição. Caso não se trate de acordos que não incidam nos objetos das orientações, "não seria necessário examinar eventuais benefícios resultantes do acordo". (Comissão Europeia. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE (antigo n.º 3 do artigo 81.º do TCE).

[23] "[B]oth the object and the effect assessment share a single conception of restricted competition and both methods of assessment require that a restriction of competition be established. However, the approaches are distinct in the manner by which restricted competition is established." (ODUDU, Okeoghene.Restrictions of Competition by Object: what's the beef? Competition Law Journal, v.9, n.1, 2009, p.13.)

[24] NAGY, Csongor István. The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis? World Competition vol. 36, n. 4, 2013, p.544 ss.

Comissão, que não iniciaria processo para sua apuração.[25]

A Comissão ressalta que o "porto seguro" garantido pela regra minimis não é aplicado para "restrições *hardcore*", ou seja, condutas consideradas graves e submetidas ao regime geral de ilicitude próprio às restrições pelo objeto.[26] Em síntese, o modelo do Tratado lista uma categoria de contratos presumidamente ilícitos pelo seu próprio objeto. Se determinado contrato não estiver classificado como restrição *hardcore* será presumidamente lícito. Levando em consideração o TFUE, caso não esteja abarcado no porto seguro da regra *minimis* as decisões possíveis serão:

I – Contrato/Ato fora do catálogo de restrições *hardcore*					
Presunção		**Ônus da prova**	**Efeitos do art. 101(1)**	**Exceções do art. 101(3)**	**Decisão**
A	Licitude	Autoridade	Não	-	Não confronta o artigo 101. Licitude é confirmada
B	Licitude	Autoridade	Sim	Sim	Confronta o artigo 101(1), mas incide nas exceções do 101(3). Licitude é confirmada
C	Licitude	Representantes e representada	Sim	Não	Ilicitude pelos efeitos: condenação
II – Contrato/Ato mencionado no catálogo de restrições *hardcore*					
Presunção		**Ônus da prova**	**Objeto confirmado**	**Exceções do art. 101(3)**	**Decisão**
A	Ilicitude	Autoridade (da prática) Representada (das exceções)	Sim	Sim	Ilicitude afastada pelas exceções do art. 101(3)
B	Ilicitude	Autoridade (da prática) Representada (das exceções)	Sim	Não	Ilicitude pelo objeto confirmada por falta de comprovação das exceções: condenação.

[25] "Se a quota de mercado agregada das partes no acordo não ultrapassar 10 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando o acordo for concluído entre empresas que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre concorrentes); b) Se a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassar 15 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando este for concluído entre empresas que não sejam concorrentes efetivos nem potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre não concorrentes)." (COMISSÃO Europeia. Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice).

[26] Como a fixação de preços de revenda, a limitação da produção ou das vendas e a divisão de mercados ou clientes, por exemplo.

Fonte: elaboração própria.

O *standard* da regra da razão, entendida como parte de um eixo de presunções nas limitações da experiência norte-americana, talvez fosse incompatível com o sistema comunitário. Mas como aponta COLINO, no caso Métropole Télévision vs. European Commission (2001) o Tribunal de Primeira Instância equiparou a regra da razão norte-americana ao número 3 do artigo 101[27], mas ressaltando que se trataria de uma regra da razão limitada pela própria lei (em oposição à versão do sistema norte-americano em que suas limitações seriam delimitadas pelo tomador de decisão).[28]

A título de remate, não é possível compreender a ilicitude pelo objeto como uma faceta de uma regra que *prescinde* de efeitos líquidos para condenar determinadas condutas sem análise (como seria notado na aplicação do *standard* da regra *per se*). Na verdade, conclui-se que o *objeto* anticompetitivo já está imbuído dos efeitos anticompetitivos, refutando a ideia de condenação nem comprovação dos efeitos. A ilicitude pelo objeto tem sido uma tendência na análise antitruste promovida pelo Cade em determinadas práticas, o que será demostrada empiricamente por meio da análise de decisões recentes do Tribunal do Cade e esclarecida a partir das funções e competências da atividade da autoridade brasileira da defesa da concorrência.

3.2 A estrutura do ilícito no processo administrativo sancionador na Lei 12.529

No Brasil não há categorias objetivas positivadas de condutas anticompetitivas, apenas os exemplos de condutas elencadas pelo lei antitruste cuja ilicitude seria uma moldura a ser preenchida pela *praxis*. Como aponta MARRARA, "a lei contém dois grupos de infrações administrativas. O primeiro abrange condutas que causam dano efetivo à ordem econômica; o segundo depende da mera constatação do perigo de dano"[29]. São os termos da Lei 12.529/2011:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de

[27] "No que concerne ao carácter objectivamente necessário de uma restrição, [...] a existência de uma «rule of reason» em direito comunitário da concorrência não pode ser admitida, seria errado interpretar, no âmbito da qualificação das restrições acessórias, a condição da necessidade objectiva como implicando uma ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de um acordo. Com efeito, é apenas no âmbito específico do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado que uma tal análise pode ter lugar."

[28] COLINO, Sandra Marco. Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes. Portland: Hart Publishing, 2010, p.93.

[29] MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, p.209

> 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. (grifos nossos)

Com influência determinante europeia, a lei brasileira não menciona o ilícito *per se*, sendo que as condutas devem ser compreendidas a partir de seus efeitos líquidos.[30] Em que pesem as semelhanças, a ilicitude pelo objeto não pode ser entendida como idêntica à regra *per se*. Essa presunção *iuris tantum não pode ser compreendida com o pressuposto iure et de iure* da regra per se, *que não admite prova contrária de eficiências. Como já observado, a ilicitude pelo objeto é uma faceta da regra da razão.*

Como demostra SHIEBER, não é tarefa simples aplicar a regra da razão para "deteminar a licitude de um acordo em restrição da concorrência, pois requer um aprofundamento tanto nos fatores econômicos de que resultou o acordo". Mas – segue o autor – "se o ajuste ou acordo é do tipo a que é aplicável a regra da razão, o levantamento minucioso dos fatores econômicos faz-se necessário. Só por meio deste levantamento distinguem-se as restrições lícitas das ilícitas".[31] Trata-se de uma condicional que pode, numa só palavra, limitar os *standards* de interpretação na aplicação da lei antitruste.

O artigo primeiro da Lei 12.529/2011 fixa que o diploma dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. O artigo 36, como já ressaltado, elenca os elementos das infrações. Hierarquicamente, viu-se que o artigo 173 da Constituição Federal, em seu §4, menciona que a lei (no caso, a Lei 12.529/2011), "**reprimirá** o abuso do poder econômico que **vise** à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (grifos nossos). Com isso, conclui-se que as infrações passíveis de repressão são aquelas que tenham a intuito de "visar a", "objetivar"[32].

Encontra-se um possível conflito sobre a responsabilidade objetiva[33]

---

[30] FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133.

[31] SHIEBER, Benjamin M. Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.93.

[32] Cf. Idem, p.102. Conferir também SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 128.

[33] Repisada também na Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013, sancionada pela Presidenta Dilma Roussef:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de

preconizada pela Lei 12.529/2011 e a necessidade de intuito para a repressão do abuso de poder econômico constitucionalmente prevista. Diante disso, retorna-se aos termos do artigo 36, agora de forma estruturada em suas orações organizadas em seus níveis sintáticos:

1 Constituem infração da ordem econômica
3A independentemente de culpa
2 os atos sob qualquer forma manifestados
3B que tenham *por objeto ou possam produzir* os seguintes *efeitos*
4 ainda que não sejam alcançados

Longe de conferir um fator poético na repressão das infrações à ordem econômica, um elemento visual-sintático pode ser interessante para ressaltar as relações implicadas no texto, bem como suas consequências. Esclarecendo a visão a partir dos níveis indicados em negrito supra, chega-se às seguintes relações entre as orações:

1 ⇨ **2**: Ação de constituir os sujeitos[34] e sua qualificação passiva (qualquer forma)
2 ⇨ **1** ⇨ **3A**: os atos (2) são infrações (1) independentemente de culpa (3A)
2 ⇨ **3B**: Sujeito (atos) implicando sua qualificação ativa (possibilidade de produzir efeitos OU ter como objeto (produzir os efeitos);
4 ⇨ **3B**: Ausência de condicional (independe do êxito: repisa a responsabilidade objetiva)

---

pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º - As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

[34] "[P]ara que determinada prática seja caracterizada como infração da ordem econômica, é necessário que seja identificado na conduta do agente um potencial anticoncorrencial, ou seja, realizável, ainda que não pretendido ou buscado pelo agente." (DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. Comentários à nova lei de defesa da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.126.)

ou
2 define os sujeitos de **1** ("quem?")
3A e **3B** qualificam ⇨ **2**
4 condiciona a qualidade de **3B**
3A condiciona a qualidade de **1**

A conjunção alternativa "ou" deixa uma ambiguidade sutil. Está-se falando em duas categorias dos atos mencionados no *caput*: a) atos que possam produzir os efeitos anticompetitivos mencionados nos incisos subsequentes e, em contrapartida, b) atos cujo objeto possa produzir os efeitos deletérios à concorrência.

A primeira categoria se refere a atos abstratos e que, sem nenhuma presunção de ilicitude, podem se enquadrar como anticompetitivas caso produzam os efeitos mencionados. Cabe ao órgão regulador, com auxílio das partes envolvidas e sem prejuízo de diligências próprias, declarar a (i)licitude a partir dos efeitos produzidos (ou não).

Sobre a segunda categoria, por sua vez, entende-se que está subentendida na primeira. Uma perpectiva diferente sobre o próprio objeto tridimensional, dando a noção de que se trataria de coisas distintas. Retornando ao exemplo prático dos termos da lei, pode-se falar em "{atos que tenham [(**por objeto) ou (possam produzir** os seguintes **efeitos**)]}". Explica-se. Isso exemplificaria a dicotomia entre condutas "pelo objeto" ou "pelos efeitos", uma vez que essa interpretação colocaria as condutas e categorias entre colchetes, explicadas pelos parênteses.

Entende-se que talvez não seja uma perspectiva absoluta ou óbvia. O que se propõe é outra interpretação, nestes termos:

[atos que tenham (por objeto ou possam produzir) os seguintes efeitos]

A consequência talvez não seja tão evidente, mas pode impactar o *enforcement* antitruste. Explica-se. A suposta dicotomia "por objeto"/"efeitos" poderia ser compreendida como a face de um grande pressuposto: efeitos potenciais, pouco importando o seu objeto ou nível do risco à concorrência. Afinal, a análise do "objeto" já estaria presumindo a potencialidade de efeitos[35], elemento suficiente para atrair a necessidade de análise antitruste.

[35] Nas palavras de Calixto Salomão, "A regra da razão tem duas partes distintas e duas justificativas específicas que não podem ser dissociadas do direito antitruste moderno, por uma razão muito simples. São elas que garantem a possibilidade de produção defeitos anticoncorrenciais; e, portanto, só em ausência delas é possível presumir um objetivo anconcorrencial. A regra da razão é, portanto, uma garantia fundamental de legalidade da punição administrativa." (SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da

O efeito prático disso é que, para analisar um ato pelo seu objeto, a autoridade terá uma grande caixa de ferramentas prévia para concluir sobre a eventual ilicitude. Dito de outro modo, há uma necessidade de elementos *ex ante* sobre a conduta para ser colocada sob escrutínio concorrencial. Esses elementos podem ser encontrados por soluções institucionais na jurisprudência consolidada do órgão sobre a prática (súmulas), ou atividades na função educativa da autoridade (por exemplo, por meio de guias de análise). O que se defende é que essa configuração não pode ser realizada no âmbito do processo administrativo sancionador – em nosso ver, a medida mais gravosa ao administrado.

Como mencionado há pouco, historicamente as leis de defesa da concorrência não mencionaram a existência de ilícitos *per se*. Nesse sentido é a percepção de CORDOVIL:

> Anos de aplicação da Lei 8.884/1994, sedimentou-se que o direito concorrencial brasileiro observa a regra da razão (*rule of reason*), que se opõe à regra *per se*. Segundo a regra da razão, as infrações (seja as elencadas no §3º do art. 36, seja outras não elencadas no rol exemplificativo) não são condenáveis em si, ou seja, não é a mera prática dos dizeres da lei, ou a mera conduta das empresas, capaz de provocar os efeitos deletérios à concorrência. [...] No Brasil, diz-se que não se pode considerar uma conduta como ilícita sem antes estudar sua racionalidade, sem antes averiguar e sopesar os benefícios e desvantagens ao mercado[36]

Essa constação sobre a sedimentação promovida pelo passar dos anos, porém, deixa uma dúvida sobre os limites dessa suposta estabilidade. Na ausência de uma jurisdição administrativa, isto é, com todos os atos praticados pelo Cade podendo ser revisados pelo Poder Judiciário[37], não se encontra um

atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.81). Conferir, por semelhança, TAUFICK, Roberto Domingos. A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência. São Paulo: Método, 2012, p.151.

[36] CORDOVIL, Leonor. Comentários ao Título V – Das infrações da ordem econômica. In: CORDOVIL, Leonor [et al.]. Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.108. No mesmo sentido, "[a] dominação de mercado relevante de bens ou serviços não constitui um ilícito per se se esta é resultante de processo natural, justificado pela eficiência do agente econômico." (DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. Comentários à nova lei de defesa da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.120)

[37] Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013,

dever de solidificar a cultura das práticas institucionais.

No âmbito do Cade, a Resolução n. 20 de 09 de junho de 1999, procurou editar um guia com sugestão de alguns parâmetros que poderiam ajudar a lidar com restrições verticais no âmbito do Colegiado. O anexo I definiu e classificou algumas destas práticas e o seu anexo II previu critérios básicos sugestivos para a análise dessas práticas restritivas.

A Resolução 20/99 foi bastante influenciada pela Escola de Chicago, e o foco, desta forma, era análise dos efeitos de condutas horizontais, relegando-se ao segundo plano a análise das condutas unilaterais ou das práticas verticais entre agentes com atuação parlamentar. Sob a influência dessa Escola, as práticas verticais passaram a ser quase que automaticamente associadas a eficiência decorrentes de economia, bem como à redução de problemas informacionais e de custos de transação, o que acabou apontando para um ambiente no qual as autoridades antitruste deveriam "fazer prova da ilicitude da prática"[38].

No entendimento do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo em seu voto no caso SKF (a ser delimitado em seguida), é possível afirmar que a Resolução n.20/99 e os respectivos anexos são apenas sugestões de encaminhamento, e não havia sido adotada na maior parte dos efetivos julgamentos dos casos que tenham envolvido restrições verticais *hardcore* baseadas em preços, como no caso da fixação de preços de revenda (FPR).[39]

4. A ilicitude do objeto na experiência do Tribunal do Cade

A ilicitude pelo objeto, expressamente ou não, tem sido utilizada na última década pelo Cade. Carteis, tabelamento de preços em associações e sindicatos e fixação de preços mínimos de revenda são alguns exemplos de condutas que foram analizadas pelo *standard* pelo Tribunal.

É reputado ao ex-Conselheiro Luis Fernando Schuartz os primeiros debates sobre a ilicitude pelo objeto no âmbito do Cade. Como Relator, teve a oportunidade de analisar pelo menos duas condutas em que, em sua perspectiva, haveria legalidade em condenar agentes econômicos reputando que o objetos das condutas em análise eram intrinsecamente ilícitas. O Cartel dos

p. 106.

[38] Fls. 1723 dos autos do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013.

[39] Fls. 1725 dos autos do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013.

Frigoríficos[40] e o caso COOPANEST[41], ambos de sua relatoria, são dois precedentes em que, incidentalmente, os *standards* interpretativos foram ponderados. Para o relator, há duas maneiras para aferir se determinada conduta pode ser configurada como infração. Nas palavras do Voto,

> A primeira é retroceder ao tempo da conduta e questionar-se a respeito do "propósito" perseguido pelo agente com a mesma. Se a resposta for que o "propósito" teria sido, por exemplo, "prejudicar a concorrência", então, supondo que, ao tempo da decisão, as condições objetivas eram tais que a conduta não poderia ser tratada como meio "absolutamente ineficaz" para a produção de um prejuízo à concorrência, ela terá sido uma infração.[42]

O voto traz três hipóteses de análise e as respectivas consequências. A primeira hipótese traz a responsabilidade subjetiva de um agente hipotéico que, em seu íntimo, efetivamente buscou causar dano à concorrência, mas não obteve êxito. Nessa situação, a autoridade deverá demostrar se houve, de fato, efetivamente essa intenção, isto é, o elemento probatório restará na intenção específica do agente. No contexto da regra da razão clássica, caberá à autoridade confrontar as provas diretas a hipóteses alternativas (ou seja, o não interesse em causar dano). Com o resultado dessa análise, a autoridade poderá sopesar as racionalidades econômicas dessas alternativas. Na ausência dessa racionalidade econômica, o agente será condenado. Na segunda hipótese, o mesmo agente se empenhou para efetuar o dano e teve sucesso. Aqui, a autoridade deverá provar o dano alegado. Por fim, cita-se um caso de responsabilidade objetiva, quando o agente não quis causar dano, mas a sua conduta efetivamente gerou efeitos anticompetitivos. Assim, considerando a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei antitruste, o agente deverá ser igualmente condenado.

Sob a ilicitude pelo objetivo, a autoridade irá indagar: no momento da conduta era plausível esperar que a conduta iria gerar efeitos anticompetitivos? Ou foi só uma contingência não esperada? A resposta dependerá da gravidade da conduta historicamente considerada. Caso se estiver diante de uma conduta cujo objeto é presumidamente ilícito, o objeto da conduta prevalecerá ante à intenção e resultado, isto é, o "elemento de intencionalidade" não será considerado pela autoridade.

---

[40] Processo Administrativo n° 08012.002493/2005-16, julgado em 28 de novembro de 2007. Mesma argumentação jurídica foi apresentada no Processo Administrativo n° 08012.005669/2002-31 (MPF/RS x ANTV), julgado em 28 de novembro de 2007.

[41] Processo Administrativo n° 08012.007042/2001-33, julgado em 26 de abril de 2006.

[42] Processo Administrativo n° 08012.002493/2005-16, p.13 do voto (fl. 4714 dos autos).

Várias condutas passaram a ser consideradas como ilícitas pelo objeto recentemente na experiência do Cade. Como demostrado anteriormente, isso representa uma inversão de ônus probatório. Nas palavras do ex-Conselheiro Marco Veríssimo,

> a ilicitude pelo objeto da prática, a mesma apenas pode ser afastada (i) caso os Representados consigam demonstrar, à vista das circunstâncias concretas e por sua própria conta, que a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços [...](ii) que, independentemente da ilicitude pelo próprio objeto, incidem no caso eficiências do tipo especificamente disciplinado pelos artigos 54 da Lei n. 8.884/94 e art. 88, §6o, da Lei n. 12.529/11, sendo ônus específico de quem alega esse tipo de defesa prová-la.[43]

O mesmo ex-Conselheiro apresentou a mesma lógica no Caso ABAV, quando afirmou que a "sugestão de preços e práticas uniformes capazes, direta ou indiretamente, de afetar a livre determinação de preços, por parte de associações comerciais. sujeita-se, no Brasil, a um regime razoavelmente rígido de presunção de ilegalidade"[44].

Em sentido semelhante, em 2015 a ex-Conselheira Ana Frazão acompanhou o teor no caso das "Placas". Para ela,

> a jurisprudência do Cade tem entendido que acordos explícitos entre concorrentes que tenham por objeto a fixação de preços ou a divisão do mercado consistem em condutas ilícitas pelo objeto e submetem-se a um regime de presunção relativa de ilegalidade. [...][O] Cade tem salientado que a potencialidade lesiva da conduta – e aqui se fala de perigo concreto e não apenas abstrato - sobre a ordem concorrencial decorre diretamente das provas da materialidade do conluio. Trata-se de conduta anticoncorrencial pelo seu objeto, motivo pelo qual a análise de efeitos, pelo menos como regra, é desnecessária para lastrear a condenação. [45]

A ilicitude pelo objeto também foi um instrumento para análise em

[43] Voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo 08012.007301/2000-38 (Caso Sindpetro/PI), julgado em 06 de março de 2013.

[44] Processo Administrativo 08012.006923/2002-18, julgado em 20 de fevereiro de 2013.

[45] Processo Administrativo 08012.006764/2010-61. SDE (ex officio) x Sindicato dos Fabricantes e Vendedores de Placas de Sinalização de Trânsito e Veiculares do Estado da Bahia – SINPLAVB e outros. Ementa: Processo Administrativo. Cartel. Tabelas de preços. Divisão de mercado. Mercado de fabricação de placas e tarjetas de veículos automotores no Estado da Bahia. Julgado em 23-04-2015.

restrições verticais, especialmente a fixação de preços de revenda. No bojo do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44 (PROCON-SP x SKF Brasil) o ex-Conselheiro Marcos Veríssimo pontuou que não há, no Brasil, "testes e padrões mais detalhados para definir quando os efeitos líquidos de uma restrição vertical específica seriam considerados negativos a ponto de caracterizar a conduta como ilegal"[46]. E como pontuado pelo relator, e em que pese seja argumentado que o Cade preze pela regra da razão em suas decisões, isso não diz muito sobre a caracterização da fixação de preços de revenda como ilícita ou lícita, bem como os elementos de prova referentes.

Como síntese da problematização, a fixação de preços de revenda foi examinada, pelo Cade, por 15 anos nos termos do *leading case* julgado em 1997. A decisão no caso SKF alterou o entendimento sob a alegação de que a condenação representaria uma espécie de sinalização ao mercado. A decisão se valeu da teoria da ilicitude pelo próprio objeto para a condenação – bem verdade que uma teoria modificada, vez que o sistema europeu parte de orientações prévias[47], ausentes no sistema brasileiro.

Reconhece-se que a decisão não foi absolutamente contrária aos entendimentos substantivos sobre a conduta – como aconteceria num sistema em que a fixação de preços mínimos de revenda era vista como ilícita *per se* e torna-se *lícita per se* –, mas sim sobre o método de análise, isto é, os *standards* de prova. Nas palavras do voto do então Presidente do Cade, Vinícius Marques de Carvalho:

> No caso concreto, a prática de FPR está devidamente comprovada. Por enquanto, salvo melhor juízo, a postura europeia, que versa sobre uma ilicitude pelo objeto parece ser mais adequada. Isto se dá porque a postura europeia é mais cautelosa e conservadora, já que, ao mesmo tempo que reconhece a possibilidade de existir eficiência associadas a esta conduta vertical, também não representa uma mudança tão abrupta sobre a matéria, sem que se reflita, minimamente, com a sociedade a respeito deste tema.[48]

Corroborando a tese, o ex-Conselheiro Veríssimo ressaltou que

> ficou registrada acima minha opinião no sentido de que a presunção de

[46] Voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013

[47] A Comissão Europeia emite orientações substanciais para garantir a clareza dos tipos jurídicos que se enquadraria na proibição. Cf. Comissão Europeia. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l26114>. Acesso: 05.09.2015.).

[48] Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44 julgado em 30.01.2013.

> ilegalidade poderia ser afastada, com ônus probatório do próprio investigado, caso ele conseguisse demonstrar, em primeiro lugar, a inviabilidade completa da produção de dano concorrencial por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado. Contudo, o ponto fundamental é que tal exame é excepcional e depende fundamentalmente de o próprio acusado ser capaz, de provar, por sua conta, que tais eficiências são plausíveis, presentes e não poderiam ter sido obtidas de outro meio.[49]

A partir desses precedentes paragmáticos, a teoria da ilicitude pelo objeto tem sido aplicada de forma constante, especialmente em caso envolvendo condutas colusivas (como o cartel). Assim também asseverou Vinícius Marques de Carvalho, no Voto-Vista no caso ABRINQ:

> O que se alega, no entanto, é que houve influência à adoção de conduta uniforme. Se a conduta é uniforme, conforme reiterado entendimento desse Conselho, o ilícito é por objeto, ou seja, não é preciso nem que efetivamente se consiga a divisão de mercado, nem que haja dano ao consumidor, nem mesmo que qualquer das empresas concorde com a adoção da prática, são suficientes o objetivo e a capacidade de que o efeito se concretize potencialmente. Em outras palavras, no caso de ilícito por objeto, não só a verificação de efeitos é dispensável, sendo suficiente a potencialidade em produzi-los, como a intenção da parte ao praticar a conduta é irrelevante.[50]

Para o Conselheiro, Gilvandro Araújo, ao mencionar a aplicação da ilicitude pelo objeto, ao analisar uma conduta realizada por uma entidade de classe, afirmou que

> [a] presunção legal de irrazoabilidade funciona como um mecanismo de desoneração da Administração Pública na tutela de direitos constitucionais de extrema importância. Além disso, serve à consolidação da experiência institucional da autoridade na investigação e punição de infrações concorrenciais, especialmente em razão da reconhecida – tanto histórica quanto jurisprudencialmente – inevitabilidade de consequências deletérias de determinadas práticas.[51]

---

[49] Voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44 julgado em 30.01.2013.

[50] Processo Administrativo nº 08012.009462/2006-69. Representante: Mattel do Brasil Ltda. Representados: ABRINQ – Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos e Synésio Batista da Costa. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Voto-vista: Presidente Vinicius Marques de Carvalho. Julgado em 29 de junho de 2015.

[51] Processo Administrativo nº 08012.000643/2010-14. Representante: SDE ex officio. Representados: Conselho Federal de Contabilidade – CFC. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Decisão em 10 de junho de 2015.

Indo além, o Conselheiro Gilvandro Araújo elencou precedentes judiciais para justificar a legitimidade da ilicitude pelo objeto:

> A tipificação de ilícitos pelo próprio objeto inclusive já teve sua constitucionalidade analisada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento de medida cautelar no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1094-8, de relatoria do Ministro Carlos Velloso:
> "Abrindo o debate, esclareça-se que a ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do artigo 170 da CF. Um desses princípios, por isso mesmo, viga mestre da defesa econômica, é o da livre concorrência. Quer dizer, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição. Bem por isso, essa mesma Constituição, no § 4º do art. 173, dispõe que "a lei reprimira o abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Posta assim a questão, não me parece, pelo menos ao primeiro exame, que seria atentatório à Constituição estabelecer a lei que, independentemente de culpa, seriam consideradas infrações da ordem econômica os atos que tenham por objetivo produzir os efeitos enumerados nos incisos I a IV do art. 20, dado que tais objetivos prejudicam a livre concorrência ou livre iniciativa". (STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1094-8. Julgado em 21/09/1995)" [52]

O também Conselheiro Paulo Burnier também adotou a doutrina em caso de cartel clássico (*hard core*):

> O presente caso enquadra-se na suposta hipótese do ilícito pelo objeto, uma vez que se trata de cartel clássico, também conhecido como hard core, por causa da sua gravidade. Esse tipo de cartel se caracteriza pela estruturação institucionalizada e permanente, que visa à manutenção e à durabilidade do acordo por meio de mecanismos de controle e coordenação entre os participantes. Dessa forma, para efeitos de condenação, seria necessária a comprovação do suposto cartel denunciado pelos meios de prova elencados na instrução processual, isto é, pelos áudios, pelos documentos encontrados na inspeção e pelas oitivas e declarações constantes na prova testemunhal.[53]

---

[52] Processo Administrativo nº 08012.008847/2006-17. Representante: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Representados: Alex Oliveira Bourguignon e outros. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Voto-vogal: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Voto de 20/05/2015.

[53] Processo Administrativo 08012.001600/2006-61. Representante: Secretaria de

E o tema tem sido abordado recorrentemente, principalmente em processos relatados pelo ex-Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, atual Superintendente-Geral do Cade:

> Na regra per se tal presunção é absoluta, significa dizer, não admite prova em contrário. Não à toa os magistrados daquela jurisdição já afirmaram ser impertinente discutir em casos de cartel tópicos como poder de mercado, potencial de causar danos, regra de minimis, eficiências e até mesmo se houve ou não atos de exteriorização do conteúdo do acordo. A única discussão possível é acerca da existência ou não do acordo com fim diretamente anticompetitivos (naked), sendo presumidos os efeitos deletérios a partir simplesmente desta conduta. Do ponto de vista estritamente jurídico cuida-se de uma infração puramente formal, categoria que no direito penal seria classificada como crime de perigo abstrato.[54]

Cordeiro ainda afirmou, em Voto condenatório em 2016 acompanhado com os pares do Plenário no caso cargas e contêineres no Porto de Santos, que

> [a] presunção nas infrações pelo objeto decorre do fato de que, a princípio, já sabemos de antemão que os efeitos são lesivos à sociedade, tendo em vista as restrições à concorrência e suas consequências negativas, desprovidas de eficiências compensatórias. Dessa forma, basta a comprovação da sua ocorrência para a condenação, liberando a autoridade concorrencial de fazer uma análise econômica mais aprofundada, visto que desnecessária. Já no caso das condutas pelos efeitos, potenciais ou efetivos, há dúvidas sobre se os efeitos líquidos para a sociedade são positivos ou negativos, de forma que é necessário aprofundar a análise.[55]

Por fim, em abril de 2017 assim esclareceu a sua percepção no caso HAPVIDA:

> a negociação coletiva de pequenos players pode ter o condão de gerar eficiências, e entendo que isso deve ser considerado pela autoridade antitruste, utilizando-se, pois, de uma métrica mais flexível dentro de uma escala de presunção de ilegalidade. Entendo que a persecução administrativa

---

Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF. Representados: Sinto Brasil Produtos Ltda. (SINTO) e outras. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto de 17/03/2016.

[54] Processo Administrativo 08012.000030/2011-50. Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Representados: Scar Rio Peças e Serviços Ltda. e outros. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Voto de 14/12/2015.

[55] Processo nº 08700.001020/2014-26. SINDCON e outros. Rel. Alexandre Cordeiro Macedo. Voto de 11.04.2017.

> não deve considerar tais casos como ilícito por objeto nem tampouco regra da razão pura, mas sim algo intermediário em uma escala de presunção, aproximando do que os americanos chamam de "quick look".[56]

Esta pesquisa demostrou um indício de que a ilicitude pelo objeto está sendo aplicado em várias situações da atuação do Tribunal do Cade, especialmente em caso envolvendo condutas horizontais/colusivas.[57] Nesses casos, o Cade tem considerado que "de condutas tendentes à coordenação, como cartéis e assemelhadas, dificilmente poderia advir qualquer efeito positivo. Nesse sentido, salvo situações excepcionais, cartel é uma conduta definida pelo seu objeto ilícito, bastando a prova da sua existência"[58].

5. Síntese: o alcance da discricionariedade administrativa no contexto institucional da ilicitude pelo objeto no processo sancionador antitruste

A estabilidade das relações entre os agentes econômicos no mercado pressupõe, na atividade do Cade, não apenas a certeza a respeito da licitude ou ilicitude da prática (ou seja, a existência de normas antitruste, instituições formais), mas também os raciocínios lógicos na subsunção do fato às normas antitruste pelas autoridades. Isto é, a aplicação do direito concorrencial engendra decisões administrativas que não se resumem à mera imposição de restrições de direitos. Mais do que uma mera interpretação cujos efeitos se

[56] Processo Administrativo 08012.007011/2006-97. HAPVIDA Assistência Médica Ltda e outros. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data do Voto: 24.04.2017. Os mesmos fundamentos foram utilizados também nos casos Scar Rio Peças e Serviços (Processo Administrativo 08012.000030/2011-50. Rel. Alexandre Cordeiro Macedo. Julgado: 14.12.2015).

[57] Cf. também os seguintes processos: Processo Administrativo 08012.009645/2008-46. Representantes: CMW Saúde e Tecnologia Importação e Exportação Ltda. Representados: Support Produtos Nutricionais Ltda. e outras. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo; Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26. Interessado(s): Conselho de Autoridade Portuária - Porto de Santos e outros. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Voto: 11/04/2017; Processo Administrativo nº 08012.009885/2009-21. Representante: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) Representados: SAENGE Engenharia de Saneamento e Edificações Ltda. e outras. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Voto: 16/04/2015; Processo Administrativo nº 08012.002874/2004-14 Interessado(s): Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - CIEFAS e outras. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Voto: 03/02/2017.

[58] Anexo da Nota Técnica nº 59/2017/CGAA7/SGA2/SG/Cade no Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12. SDE (ex officio) x AU Optronics e outros. Nota Técnica datada de 14 de julho de 2017.

encerram no caso concreto, trata-se de uma sinalização de que, em casos semelhantes, o órgão será capaz de decidir de forma coerente, permitindo o cálculo da governança dos agentes econômicos[59].

Acata-se o conceito de "ordem jurídica" como um quadro normativo que, nas palavras de BANDEIRA DE MELLO, "enseja às pessoas a possibilidade de ser orientarem graças à ciência que, de antemão, lhes é dada sobre o que devem ou o que podem fazer"[60]. DI PIETRO, em outra análise, menciona os dois significados para o princípio da segurança jurídica: "o sentido objetivo, que se relaciona com a estabilidade no direito; e o sentido subjetivo, que protege a confiança do administrado nos atos do poder público"[61].

A garantia da segurança jurídica, na forma de previsibilidade e clareza em todo o processo decisório antitruste, é fator essencial para garantir a legitimidade da intervenção do Cade sobre o domínio econômico, contribuindo à estabilidade do ambiente institucional própria ao desenvolvimento nacional. Portanto, entende-se que são necessários instrumentos visando à garantia de segurança nas relações jurídicas, cumprindo aos formuladores das políticas de defesa da concorrência o poder-dever de elaborar técnicas para reduzir as imprevisibilidades na tomada de suas decisões sobre a fixação de preços de revenda.

A segurança jurídica, portanto, não se resume a uma situação fática, mas também a um "complexo normativo de exigências"[62] relacionadas às normas (formais ou informais) vigentes. A consequência evidente é enunciada por FORGIONI: "quanto maior o grau de segurança e previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo das relações econômicas".[63] Além disso, a garantia da segurança jurídica no ambiente institucional da atividade da autoridade demanda "o imperativo de formulação clara e precisa

---

[59] Cf. BURINI, Bruno Corrêa. Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 267.

[60] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O direito e a segurança jurídica. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p.11.

[61] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (org.). Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2012, p.14.

[62] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da "segurança" nacional à "insegurança" jurisdicional: uma reflexão sobre segurança jurídica. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Direito, entre o futuro e o passado. São Paulo: Noeses, 2014, p.115.

[63] Teoria Geral do Contratos Empresariais. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.75.

da normas jurídicas; a conservação da situações jurídicas constituídas; o carácter estrito das condições de retroactividade e de alteração das situações estabelecidas; e a exclusão da eficácia rectroactiva das normas".[64]

De fato, entende-se que um dos papeis do Cade é criar um ambiente institucional fundado em sólidas bases de segurança jurídica e previsibilidade. No caso da noção da ilicitude pelo objeto, um dos grandes desafios será modular as condutas apresentadas para, no longo prazo, garantir um regime geral de presunções que trará mais garantias ao Conselho, na medida de garantir a confirmação de suas decisões.[65]

Em suma, os poderes conferidos ao Cade para realizar atos administrativos na forma de jurisprudência administrativa não abarcam a hipótese de uma estabilidade institucional a qualquer custo. Isso porque há previsão do dever de implementação de medidas educativas, algo que não encontra paralelo na atividade jurisdicional do Poder Judiciário. Não obstante, a estabilidade institucional é um dos fatores a ser considerado na promoção da defesa da concorrência, seja por meio da função repressiva do Cade, seja em suas medidas de conscientização/*advocacy*. Porém, esse fator deve ser considerado no amplo contexto da relação entre os objetivos e fins da Administração Pública.

6. Conclusões

Neste artigo foi promovida uma comparação entre os *standards* interpretativos no antitruste estadunidense e europeu visando a delimitar o alcance do ilícito antitruste na realidade do SBDC. Verificou-se que não há um quadro *ex ante* sobre práticas anticompetitivas absolutas no Brasil, à exceção dos precedentes administrativos engendrados pelo Cade na função "judicante" do Tribunal – uma atividade válida como orientações para casos semelhantes, mas possivelmente problemática em virtude por ser tratar de uma vinculação relativa.

A teoria da ilicitude pelo objeto, entendida como um *standard* interpretativo capaz de inverter o ônus probatório ao Administrado, não se confunde com a *regra per se* – que pode ser entendida como a ilicitude por sua própria essência. Assim, afasta-se a alegação de "condenação sem efeitos" no

[64] FREIRE, Paula Vaz. Direito Administrativo da Concorrência. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coords.). Tratado de Direito Administrativo Especial, vol. I, Coimbra: Almedina, 2009, p.480.

[65] Cf. AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário. São Paulo: Singular, 2014, p.24 ss.

caso de condutas ilícitas pelo objeto, já que teria sido a própria empresa condenada que não foi capaz de demonstrar que o objeto da prática era dotado de uma racionalidade econômica lícita. Portanto, concorda-se com a perspectiva de que a ilicitude pelo objeto é uma espécie do gênero "regra da razão", com legitimidade oriunda nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/2011.

Não obstante, os casos examinados neste trabalho indicam uma aplicação do *standard* da ilicitude pelo objeto pelo Cade distinta daquela que até então era aplicada pelo órgão acerca dos padrões analíticos sobre condutas anticompetitivas. Isso leva a uma indagação final: afinal, a função repressiva precede a educativa ou é o contrário?

Na ausência de uma jurisprudência consolidada, bem como de mecanismos de proteção ao ambiente institucional, entende-se que a opção de reprimir antes de educar pode ser configurada como ilegítima por quebra de confiança – um dos pilares do princípio da segurança jurídica. Isto é, acredita-se que medidas abruptas podem ser substituídas por uma ponderação prévia e institucionalizada sobre determinadas condutas potencialmente anticompetitivas e seus respectivos standards interpretativos.

Com efeito, a aproximação da autoridade à sociedade civil e demais órgãos correlatos à competência do Cade são passos necessários para a democratização do antitruste. A regulamentação do instituto da Consulta[66], por exemplo, é um exemplo de que há um domínio para uma função preventiva além do controle de estruturas de mercado. E numa análise sistêmica da defesa da concorrência, o Cade é competente para balizar a regra da razão no Brasil, da mesma forma que também é atribuição do Poder Judiciário chancelar as políticas formuladas pelo órgão antitruste – além de demarcar os limites da discricionariedade da autarquia. Por isso, entende-se que o alcance da aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto se confunde com os alcances e limites da discricionariedade do Tribunal do Cade no processo administrativo sancionador. Acredita-se que é nessa harmonia de poderes e funções que se atingirá o horizonte de estabilidade e segurança jurídica no ambiente institucional da defesa da concorrência no tema.

7. Referências

AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law*: an analysis of antitrust principles and their application. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers,

[66] Cf. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. In: As condutas unilaterais e o mecanismos das consultas administrativas ao Cade. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015, p.346-358.

2003.

ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.

AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O direito e a segurança jurídica. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BESCHLE, Donald L. What, Never? Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per se Antitrust Illegality. *Hastings Law Journal*, v.38, 1987.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial*: perspectiva instrumentalista. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CARVALHO, Vinicius Marques de. A política da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

_____ ; SILVEIRA, Paulo Burnier da; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Vertical restraints: a look ahead. In. CARVALHO, Vinícius Marques. *Defesa da Concorrência*: estudos votos. São Paulo: Singular, 2015.

COLINO, Sandra Marco. *Vertical Agreements and Competition Law*: A Comparative Study of the EU and US Regimes. Portland: Hart Publishing, 2010.

COMISSÃO Europeia. *Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice).* Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52014XC0830(01)>. Acesso: 05.09.2015.).

_____. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE* (antigo n.º 3 do artigo 81.º do TCE). Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l26114>. Acesso: 05.09.2015.).

CORDOVIL, Leonor. Comentários ao Título V – Das infrações da ordem econômica. In: CORDOVIL, Leonor [et al.]. *Nova Lei de Defesa da*

Concorrência comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da "segurança" nacional à "insegurança" jurisdicional: uma reflexão sobre segurança jurídica. In: _____. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.

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

_____. *Teoria Geral do Contratos Empresariais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREIRE, Paula Vaz. Direito Administrativo da Concorrência. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coords.). *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2009.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição*: análise dos aspectos concorrenciais. 2.ed. São Paulo: Singular, 2016.

HOVENKAMP, Herbert. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. In: PITOFSKY, Robert (org). *How the Chicago School Overshot the Mark*. New York: Oxford University Press, 2008.

KHAN, Lina; Vaheesan; SANDEEP. Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents. *Harvard Law & Policy Review*, vol. 11, 2017

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n.1, 2000.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência* – organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015.

NAGY, Csongor István. The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis? *World Competition*, vol. 36, n. 4, 2013.

NORTH, Douglass. Desempenho econômico através do tempo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.255, set-dez. 2010.

ODUDU, Okeoghene. Restrictions of Competition by Object: what's the beef? *Competition Law Journal*, v.9, n.1, 2009.

PEEPERKORN, Luc. Defining "by object" restrictions. Concurrences n. 3, 2015.

PITOFSKY, Robert. Why Dr. Miles Was Right. *AEI Journal On Government And Society*, jan-fev, 1984.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Regulação da atividade econômica*: princípios e fundamentos jurídicos. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

SOKOL, Daniel. The transformation of vertical restraints: per se illegality, the rule of reason, and per se legality. *Antitrust Law Journal*, n.3, 2014.

TAUFICK, Roberto Domingos. *A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. In: As condutas unilaterais e o mecanismo das consultas administrativas ao Cade. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

ECONOMIC GLOBALIZATION AND COMPETITION - INSTITUTIONAL RESPONSES

Glauco Avelino Sampaio Oliveira

Abstract: Global firms' strategies affect domestic and international competition; conversely, countries abide rules from transnational institutions to tackle externalities derived from globalization transactions. This essay debates the global governance of antitrust, the rise of competition aspects in the global economy and the institutional response. First, it discusses stylized facts regarding economic globalization and competition. Second, it investigates on the conceptual foundations of trade and competition policies. Finally, it suggests that, despite the lack of formal regimes, there is a global institutional convergence in competition practices, based on "order without formal law" and "competition advocacy".

Keywords: Globalization, competition, governance, institutions

Resumo: A estratégia global das firmas afeta a concorrência doméstica e internacional, similarmente, os países obedecem a regras de instituições internacionais a fim de lidar com as externalidades derivadas da globalização. Esse ensaio debate a governança global do antitruste: o surgimento de aspectos concorrenciais na economia global e a resposta institucional. Primeiro, discutem-se fatos estilizados relacionados à globalização e à concorrência. Em seguida, investiga-se os fundamentos institucionais das políticas de comércio e de concorrência. Finalmente, sugere-se que, apesar da ausência de regimes formais, há uma convergência institucional global em práticas de concorrência, baseada, em "ordem sem lei formal" e "advocacia da concorrência".

Palavras Chave: Globalização, concorrência, governança, instituições.

1. Introduction

Competition is instrumental to a more efficient and innovative economy, it enhances economic welfare and encourage a fairer income distribution. In an economy with sound competition, consumers have a variety of products at lower prices, higher production and employment levels, while productivity and innovation thrives. Competition policies aims at increasing the overall competition environment in a domestic economy. Antitrust policy, by its turn, relates to specific policies and legislations to curb "market power" of

monopolies and oligopolies.

Trade policy is a set of measures and actions that determine the degree of economic integration of a country with foreign markets, the depth of negotiated trade agreements, as well as the main instruments applied to trading partners. Trade policy increases the level of exposure of national firms and economic sectors to imports and it may spur investment and firm entry, thus, it has an impact on the domestic competition.

The capture of public policy by private interests is a phenomenon typical of representative political systems. In this sense, trade policy is subject to the action of interest groups pushing to increase exports and to reduce imports. Although beneficial for domestic firms, by enhancing the market power of domestic monopoles and oligopolies, these actions may reduce domestic economic efficiency and consumer welfare. Besides, policies increasing the market power of exporting firms in international markets may be detrimental to the trade partners´ domestic economy. International cooperation emerged after the Second World War to create multilateral institutions in order to curb the protectionist pressures of domestic groups in trade relations, under the negotiating rounds of the General Agreement on Trade and Tariffs (GATT), later the World Trade Organization (WTO). Competition issues, meanwhile, have not followed the same track: an agenda dealing with "beyond the border" measures is stalled at the WTO. This essay aims to debate the international political economy aspects of trade and antitrust policies in order to analyze the transnational institutional convergence in global competition. It seeks to explain the global governance that emerged in international competition issues.

After this introduction, section 02 debates economic globalization and competition, it discusses the lack of progress in negotiations about competition in the multilateral trade agenda, *vis-à-vis* changes in the productive processes of transnational corporations. Section 03 examines theories of trade and competition. It argues that comparative advantage theory has an international character, whereas the concepts of economic efficiency and welfare – common in antitrust practice – fit more properly to a domestic context. Globalization and dynamic aspects of trade policies add further complexity to these theoretical traditions. Section 04, remarks that, despite the absence of a formal multilateral regulatory framework, there is a trend toward informal convergence in the governance of competition, based on "soft law" and "order without law", culminating with the concept of "competition advocacy". Following from the discussions, the essay acknowledges that institutional and political approaches should be part of the analytic tools of antitrust specialists.

2. Economic Globalization and Competition

2.1. Globalization and governance

Globalization led to deeper economic interdependence among countries. National economies became so closely intertwined that the traditional dichotomy between domestic and foreign economic policies became less significant. Globalization is multi-dimensional phenomenon, involving the impact of financial globalization on domestic policymaking, including welfare policies (Bardhan, 2006), domestic and international collective action (Cerny, 1995) and the differences in returns from factors of production (Rodrik, 1997). The liberalization of trade and investment, the financial regulatory reforms and the rapid technological developments have changed fundamentally the conditions of competition. Markets have become more open and interconnected, transcending national borders. These trends also changed the characteristics of *trade restrictions*: previously levied by national governments, now firms impose and suffer them, as their role in global markets increased (Büthe, 2014; Pérez Motta, 2016).

Economic globalization intensified the interdependence between national economies and international markets; hence, it reinforced the tension between rules addressed at multilateral trade agreements and domestic policies. The weakening of national governments capacity to carry on autonomous policies lead to a natural shift toward transnational forms of governance. However, contrary to what happened in trade and finance, transnational forms of governance in competition issues did not developed. A possible conflict between building up of transnational institutions and the loss of national political power prevailed in antitrust issues culminating in a different institutional trajectory and a distinctive global governance structure (Djelic, 2005).

Some methodological issues are necessary at this point. First, it is important to conceptualize "governance" as the manner in which power is exercised in the management of economic and social resources and qualifies the use of political authority (Drezner, 2007). The Bretton Woods institutions form the governance structure of the international economic order in the second half of the 20th century. These institutions are, among others, the International Monetary Fund (IMF), the Bank of International Settlements (BIS), the World Bank, the General Agreement on Trade and Tariffs (GATT), later turned into the World Trade Organization (WTO).

In this context, multilateral economic institutions, such as the ones quoted above, emerged and consolidated as mechanisms of regulation of international markets and created minimum rules of coexistence between countries. The literature of international political economy (IPE), also known

as "open economy politics", discusses the rationale behind the upsurge of these forms of global governance and the expansion of "international regimes" - a set of rules aimed at improving forms of international governance in several issues areas, and not only on economic relations (Kahler and Lake 2003, Lake 2009). Broadly speaking, these institutions and regimes were designed to tackle negative externalities derived from unregulated international economic relations, such as financial flows, or domestic (protectionist) trade policies, that could weaken the international order itself. In international finance, for example, it is necessary to address short run international financial flows, which can undermine domestic monetary and fiscal stabilization policies. In competition policy, though, there is a void. The lack of headway regarding competition regimes is puzzling when one considers that the doomed 1947/49 Havana Charter for an International Trade Organization (ITO), which created the GATT, included rules concerning anticompetitive business practices, more than 50 years ago.

International trade has experienced the establishment of multilateral rules since the 1950s, leading to a piecemeal but significant reduction in import tariffs and other trade related agreements, such as on services (General Agreement on Services – GATS) and on intellectual property (Trade Related Intellectual Protection –TRIPS), up to the creation of the WTO. In global competition, however, despite attempts, there was virtually no advance. A more structured and formal effort within the multilateral framework happened when countries launched a working group on trade and competition policy (WGTCP) at the WTO Ministerial Conference in Singapore in 1996. This project failed, however, amid the difficulty to advance the Doha round itself (Hufbauer and Kim, 2008; Evenett and Jara, 2013; Büthe, 2014).

Parallel to the multilateral trade agreements, regional forms of economic integration also liberalized trade flows among country members. Several regional integration experiences since the 1950s, created preferential trade agreements, free trade areas, customs unions and common markets. The European experience evolved to an economic integration mechanism that embarked several disciplines, culminating into full monetary and economic union that erected institutions aimed at regulating markets. European Union member countries seek to adopt a common regulatory framework in order to expedite economic convergence and to tackle negative externalities associated with different levels of development and domestic governance among member countries. Therefore, a common competition policy regime, complementary to the national systems, not only curbed market power of firms, but it was instrumental to the advancement of European values in the regulation of markets and towards a single market. (Manganelli et al., 2010; Warlouzet, 2010).

2.2. Globalization, value chains and competition

Contemporary productive dynamics of firms have importance for competition issues, for instance, the trend towards vertical productive integration through global value chains, which, among other characteristics, splits the assembling line of a single product among different countries. The overall reduction in tariffs for inputs and intermediaries enabled firms to fragment their production lines in various locations in order to explore the comparative advantages of different countries and to add value in each production stage (Aldonas 2013). Besides, regional integration processes allow countries to take the lead in terms of supplying factors of production such as "capital", high skilled labor and/or high-end technologies, whereas other countries provide basic inputs or low skilled labor.

More open foreign direct investments regimes (FDI) enhances the global strategies of transnational firms, which, by establishing subsidiaries, pursue national comparative advantages and seeking new markets. With the reduction of tariffs on inputs, there is an incentive to allocate productive plants in different countries. In this process, they acquire assets and, consequently, there was an increase in the number of international mergers and acquisitions (*M&A*). These processes also follow business cycles of international markets and may ensue higher mark ups, abuse of dominant position and monopolization in the national markets (Ghosal, 2000). Additionally, the greater control over productive inputs due to vertical integration in the value chains, for instance, can foreclose markets to competitors (Sekkat, 2006). Therefore, the opening to foreign investment, one of the premises of globalization, does not exclude anti-competitive practices of private companies.

According to Wooton and François (2010), the liberalization of world tariffs in the tradable sector may not improve world welfare in the presence of imperfect competition market structures in the distribution channels of domestic markets. They sustain that the degree of market power exercised by distribution sectors can serve as an effective import barrier. In an empirical exercise, they perceived that large retail chains partially captured the rents created by the trade in textiles and apparel– under the Multi Fiber Agreement (MFA). Hence, a GATS based agreements may boost trade only if it addresses the issue of domestic competition. The lack of multilateral institutional antitrust framework is a setback to world trade liberalization (François and Horn, 2007).

Briefly, companies are promoting global strategies in production and services, seeking comparative advantages of different countries, setting up production standards, relocating productive factors and entering new markets through increased direct investments and subsidiaries. These international movements can have effects on competition, for example: cartels beyond national borders, agreements to exclude foreign competitors, abuse of dominant

position, mergers between companies in different countries, vertical markets foreclosure in regional trade blocks, among others. Contrary to what occurred in international trade, there was little advance of a legal framework for international competition in multilateral and regional agreements, with the exception of the European Union. Therefore, it is worth stressing the expansion of trade and foreign direct investment did not prevent the surge in anticompetitive practices.

2.3. Incentives and political economy in competition policy

Trade policy is international in nature and deals with the incentives and barriers imposed by national governments to foreign trade and investment. Diplomatic /trade, negotiations among nations evolve on "mercantilist" interests, that is, trade surpluses and the accumulation of foreign exchange is positive, while trade deficits are bad. To offset this mercantilist bias, the various GATT negotiating rounds ensured mutual “markets access" among trading partners. Therefore, the principle of "reciprocity" is a cornerstone in the GATT/WTO system, creating domestic incentives: in a practical sense, exporting groups supplying to world markets would benefit from “market access” and “reciprocity”, compensating for the possible losses from groups competing with imports. Thus, trade liberalization created important political economy incentives, toward integration with the international economy. Free trade is beneficial to sectors with relative comparative advantage; as it improves national income and welfare, thus, offsetting for the domestic losers. In short, domestic exporting interests were instrumental to advance international trade agreements.

Competition policy, in contrast, deals with measures to curb domestic market power, due to the action of private firms in monopolistic or oligopolistic industrial structures, which may or may not have international causes and consequences. Despite the existence of private anti-competitive practices perpetrated by firms on an international scale, the degree of convergence regarding this discipline among countries was much weaker than the traditional trade issues. In the recent round of WTO negotiations (Doha Round), this degree was inexistent, culminating with the leaving behind of the multilateral discussions about competition rules.

Competition policy originally is "domestic" in nature, referring mainly to the national economic (consumer) welfare, within the jurisdiction of a country. This type of regulation, ultimately, includes foreign firms and, in fact, economic globalization increased the cases of anti-competitive behavior with international effects. Domestic antitrust authorities have faced cases that go beyond their domestic borders. Both the U.S. and the E.U. competition

authorities have already condemned anticompetitive practices with effect in its territory, regardless where the restrictive conduct happened. "Extraterritoriality" refers to the argument made by some countries (particularly the United States) so that their antitrust laws apply in their jurisdiction, even if the alleged misbehavior occurred in another jurisdiction (Utton, 2006; Sokol, 2011).

Competition policy relates to national legislations and to the enforcement ability and incentive of each country, without any adjustment and/or effective international control, on foreign firms. This may cause conflicts regarding the sovereignty over the extraterritorial application of national legislation, but there is a trend toward institutional convergence (Sokol, 2011).

Due to political economy interests, the maintenance of a good competitive environment tends to be diffuse, in comparison to trade policy, which addresses localized interest groups. Although competition can be considered a "public good", as it generates non-rival and non-exclusive benefits to all participants in a market, there is no well-defined group willing to do push (*lobby*) for antitrust policy whereas there is in trade policy – where exporting and/or import-competition groups stand out. Collective action behind interest groups influences domestic trade policy agendas, when there are well-defined winners and losers in terms of policy outcomes. (Olson, 1969; Magee et. all, 1982).

The incentives to set up a competition institutional framework are peculiar to each country. The perception about the need for a good competitive environment – as well as the importance given to the antitrust law *vis-à-vis* other public policies tends to vary. Even assuming that countries value competition, in general, there are choices in economic policies, depending on the stage of economic development and maturity of the economy, as well as of political and institutional domestic factors (Weymouth 2015). Additionally, the adoption of competition rules involves other policy spheres that add complexity to that balance. A common conflict regards industrial and investment policies – for example, credit incentive or preference margins – which can favor domestic oligopolistic groups' vis-à-vis international competitors. Kowalski *et al* (2013) and Perez Motta (2016), for example, discuss the role of state-owned enterprises (SOEs) in trade policy and international economic relations, and the extent of their influence in domestic competition. It is worth stressing: besides exporting, many SOEs operate in imperfect competition structures.

The effects of anti-competitive practices from global suppliers and international private companies on domestic markets harm economic development. Therefore, the lack of the appropriate means to combat such practices may impose significant costs to developing countries (Tojo, 2002).

Hence, not to equip the country with an effective competition policy in order to protect (exporting) domestic actors, and to promote selective investment and industrial policies, can turn out into a flawed strategy and undermine the domestic economy, as it may make it easier for monopolistic and oligopolistic companies operating in the country, including foreign ones. In short, each country and society has its political option to contemplate competition, but given a globalized economy, the lack of doing so may be harmful to less advanced countries.

3. Political economy theories of trade and competition in global markets

Neoclassical economic theory supports that free markets create optimal allocation of scarce resources (production factors), bringing greater economic efficiency and social welfare. Competition is instrumental to achieve those aims. However, antitrust policy relies on less secure and transparent economic foundations than the traditional international trade theory because the perfect competition model can hardly explain what is seem both at international and domestic markets nowadays. Imperfect competition – that is, oligopolistic, monopolistic and monopolistic competition market structures, characterizes the modern economic order. Market power is progressively part of the international economic arena not addressed either by domestic antitrust institutions or by current international trade treaties. This section revises economic theory behind trade and competition policies.

3.1. Trade, comparative advantage and perfect competition

International trade theory relies on the concept of *comparative advantage*: countries have mutual benefits to specialize in what they are more capable to produce, then, engage in exchanges. There is an efficient allocation of resources and maximization of the returns from the productive factors (capital and labor), not only at the domestic, but also at the international level. The comparative advantage model assumes *perfect competition*, that is, the free flow of goods and factors of production in international and domestic markets, prices will equal marginal cost, and supply and demand will meet at equilibrium. Additionally, the *Heckscher-Ohlin* (*H-O*) model indicates that domestic sectors with comparative advantage - that use intensively the abundant production factor in the country - will benefit from free trade with world markets. Hence, such industries become competitive exporters, accruing more revenue and improving national income, thus, creating additional incentives to trade liberalization. Conversely, industries using intensively the scarce resource of the country compete with imported good, but since they are

less competitive relative to foreign rivals, even at the domestic market, these sectors will experience revenue loss and will oppose trade.

Economic welfare decreases in the presence of domestic tariffs - or their equivalents - here understood as the difference between the domestic and the international price of a good. The classical analysis indicate that import tariffs benefit the domestic producers and the government to the detriment of consumer. A negative net welfare effect ensues with the loss of consumer surplus, not offset by the increase in producer surplus and government revenue after protection. Krugman (1989) and Sacher (2005) shows that there are differences when the protection is set up as a quota instead of a tariff; due to monopole power, the former has a more pronounced impact on welfare, while, as long as, there is free entry, the later may be less harmful. The analysis is more complex when, in addition to tariffs, domestic monopolists apply trade defense mechanisms, such as antidumping.

This situation of welfare loss is detrimental when domestic producers have market power. Inefficiency will be greater, because the protected sector can exercise monopoly profits. All things equal, the profitability of domestic sellers correlates negatively with the ratio between imports and domestic consumption, especially if sector concentration is high (Schmalensee, 1989). Political economy logic shows that, despite the loss of domestic income, as long as import-competing sectors are able to organize and influence polices, they may be able to pass protectionist measures. Protectionist measures create negative externalities causing a decrease in global welfare.

As simple as the *perfect competition* model might be, its conceptual clarity provided a powerful justification to world trade liberalization. Therefore, despite domestic protectionist pressures in the period of crises, there has been a strong headway in trade liberalization in the last decades of the past century relied. The tariff reduction movement was particularly strong in primary and agricultural products, in which international markets approach the perfect competition model. However, this process had setbacks: the global financial crisis of 2008 brought about severe slump and protectionist measures, but the drop in trade flows was smaller if compared with the financial crush of the 1930s due to the building up of international institutions that attempted to mitigate the effects international crises (Evenett, 2010). Domestic protectionist measures were constrained by formal institutions that provided an international governance in trade issues, thus avoiding "*race to the bottom*" policies. The liberal institutionalist IPE literature discusses the creation of such institutions since the end of World War II: from an institutional perspective, multilateral trade agreements attempted to curb domestic protectionist backlash in order to sustain global welfare. International agreements – by compromising domestic support toward trade liberalization – tie the hands of policymakers and avoid

the return of restrictive policies in hard times. In short, global governance institutions are instrumental not only to advance tariff cuts and to curb protectionist pressures, limiting domestic market power in the tradable sectors, but also to spread a liberal ideology that prevailed in the international economic order.

3.2. Antitrust economics and imperfect competition

Antitrust policy aims to protect a competitive economic environment, to avoid market power and inefficiency and to increase consumer and general welfare. Additionally, antitrust wishes to ensure "free entry" to curb market power of incumbent firms. On the domestic market, such assessment depends on the overall analysis of the domestic antitrust agency, which may adopt a stringent approach regarding concentration, may emphasize consumer´s *vis-à-vis* producer´s interests and may use efficiency prerogatives. On the international market, these decisions, due to the lack of a multilateral consensus about global welfare and efficiency, are more difficult to reach.

Three dimensions raise the concern of antitrust authorities and justify the intervention in economic structures in order to reduce the risk of market power: collusion, mergers and abuse of dominant position. All these aspects are capable of causing an inefficient static balance, in which any monopolist, or group of companies, in the case of collusion, offers fewer products at higher prices. In a globalized economy, the operations of foreign companies abroad are likely to affect competition in other country's markets in all three mentioned aspects. Therefore, it is justified that national competition authorities worry about international aspects of antitrust.

Additionally, competition policy evolves in the context of other economic policies, such as industrial, investment, privatization and trade. Authors recognize the complementarity of these various public policies (Fox, 2011). There is a role for national governments in providing the correct incentives to facilitate adjustment to the process of economic globalization – which tends to increase competitive pressures - seeking synergies in these policies to promote economic growth. However, there are potential inconsistencies and tensions that emerged from recent developments in those policies. For example, a recent study from the OECD (2013) discusses the role of state owned enterprises (SOEs) in international trade: many are domestic monopoles, which expand their market power to foreign markets in (industrial) commodities – such as chemicals and minerals. Competition distortion may arise in international markets due to the role of these SOEs – even to the point of forming international cartels (Hoekman and Martin, 2012). The antitrust literature also expresses concern about how governmental interventions may

harm domestic competitive environment through regulations, granting of state and private monopolies, tariff and non-tariff measures (Abbott and Singham, 2013), but also due to special benefits to domestic firms in public procurement (Anderson and Kovacic 2009).

Economic models characterized by *imperfect competition*, with economies of scale, which require dynamic allocation of investments to provide economic returns are ubiquitous. "Strategic Trade Theory" adds elements of industrial organization to international trade theory in the direction that concentrated industries (oligopolies and monopolies) can promote economic efficiencies. Therefore, contemporary world trade may not easily fit traditional comparative advantage theory nor by traditional antitrust theory (Krugman, 1989). This dynamic aspect of international trade has been present in cases of mergers involving companies with high economies of scale and with pronounced learning curves for the maturating of investments in research and technology (R&D). In industries with high learning curves, markets do not encompass many participants and only a minority of companies will thrive. Therefore, "*first mover advantage*" policies that increase market power domestically – will help such companies in international markets. This process may increase national welfare in the end, but it may hamper competition domestically and, principally, abroad. François and Horn (2007), for instance, model how "*beggar-thy-neighbor*" competition policy, that is, the lax application of antitrust, can benefit domestic exporting firms.

Domestic government intervention can create "positive externalities" to other domestic sectors due to, for example, productive diversification. The potential benefits of economies of scale can be external or internal to firms. Internal economies of scale stem from high fixed costs of production. Whereas, external economies of scale exist when the best techniques of production of a firm can be quickly transmitted to another producer (learning-by-doing). Even when best techniques are protected by patents or by trade secrets, the competing firms generally benefit in some measure because the innovative companies cannot capture exclusively all the benefits of the technological breakthrough (positive externalities) (Bown and McCoullogh, 2013). Upon capturing foreign markets, this process leads to higher profits for the firms of the exporting country. A change in the domestic demand of the importing country toward the more competitive international supplier ensues, causing a loss of the domestic firm market share. a reduction in the scale of production and a fall of profitability.

On the international market, this process of domestic support may harm competition and be considered anticompetitive by antitrust authorities of other countries. For instance, in the case of mergers between international firms that have received subsidies and domestic protection. These firms may capture

markets abroad and create conditions for abuse of dominant position. These policies may spur antidumping appeals by trade partners at the WTO. Meanwhile, due to the lack of a multilateral international antitrust framework, the competitive aspects of such policies relate only to a bilateral basis, or the domestic antitrust agencies will address such mergers/conducts according to their national rules (*extraterritoriality*)

In short, despite the common conceptual background of international trade and antitrust policies (neoclassical economics), there is quite a difference in the application of theories to practical problems. The lack of institutional convergence toward transnational forms of regulation of anticompetitive practices amplify these divergences. The imperfect competition characteristics of international markets, in which governments act in favor of domestic companies, as well as the monopoly power of firms in foreign markets, highlights the conflict among these policies.

The lack of transnational institutional responses for the globalization of anticompetitive practices is a puzzle, when compared to other areas of international economic relations, where there is a minimal convergence in transnational regulations. Next, I discuss some alternative institutional explanations for the lack of such convergence in global competition.

4. Institutional responses to competition in international markets

Institutions are set of socially imposed constraints on individuals, shaping habits, cognitive experiences and references Institutional analysis wishes to untangle the causal mechanisms of a given economic phenomena, emphasizing the micro-macro relations between individuals and the society. Great emphasis is given by the actions and reasoning of agents as unit of analysis, such as countries and firms - under this social constrained environment. Institutions of economic governance are mechanisms to govern *common goods* (Ostrom, 1990). An open and liberal international economic order is a common good because, in addition to be non-rival and non-exclusive, it maximizes global welfare. Protectionist policies may create negative externalities and undermine that order. Hence, institutions that regulate and limit those policies bring stability to the system and preserve the order. Pagano (2011) discusses the complexity of institutions and the difficulty of implementing institutional changes in a context of interlocking complementarities, that is, stable and resilient institutional formats. His analogy with biology shows that “protectionism” and “subsidies” are common in nature and in institutional settings. Historical specificity matters because ‘past institutional choices open up some paths and foreclose others for future institutional development’ (Ostrom, 1990: 202).

Competition relates to cultural and social specificities of market transactions, long ingrained in domestic institutional settings within countries. Therefore, interlocked domestic institutions that protect national firms are difficult to change, to the detriment of the domestic and foreign competition environment. Industrial policies that support "national champions" may reduce competition domestically and abroad, decreasing global welfare. As discussed, transnational firms may act unilaterally taking advantage of domestic restrictive competition environments.

An alternative explanation for the lack of formal multilateral governance in competition regards the private provision of collective goods - the approach of *rules versus laws* (Ellickson, 1991). In that sense, national antitrust authorities and private parties might gather to decide on minimal rules without a formal biding legislation and an authority imposing them.

Therefore, the lack of formal framework to tackle competition challenges in global markets has brought about forms of alternative governance. Instead of formal bidding rules of international organizations, which often involve sanctions against deviant members – in international agreement´s parlance, "teeth" - *soft law* is an alternative to the *hard law*. This framework was possible due the emergence of an international competition community, which discusses antitrust issues and recommends policy directives on a non-binding basis, even though, according to some analysts, there is a process of homogenization of antitrust practices and rules under the influence of the U.S. antitrust. The International Competition Network (ICN) is an example of informal, non-bidding and networking organization (Djelic, 2010).

Furthermore, a bilateral agenda in antitrust issues also provides a basic governance framework. For example, the U.S. (Department of Justice and Federal Trade Commission) and European authorities (D.G. competition) established transatlantic ties in competition issues (Evenett *et al*, 2000). However, it is worth mentioning, mergers and anticompetitive conducts in knowledge intensive industries have often been causing divergence between authorities.

Institutions such as the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), the OECD, the World Bank, among others, developed directives in competition policy. Academics and epistemological communities proposed broad police guidelines to countries in order to provide them with minimum standards in several policy areas, including competition. Technical papers, studies, and policy recommendations on specific issue areas of competition enforcement help to spread such knowledge. (Sokol 2011; Fox, 2011).

The OECD, for example, lays down a series of guidelines in order to ensure competition concerns in the framework of broad public policies– the

Competition Assessment Toolkit (CAT) – suggesting their adoption by members and non-members countries (OECD, 2011). These guidelines relate to competition specific issues, such as public procurement and anti-cartel measures. That organization also attempts to gauge the overall effectiveness of the antitrust law, as well as the autonomy of the domestic antitrust authorities with a series of indicators (Alemani *et al*, 2013). Peer reviewed assessments of antitrust authorities and legislation circulate among member and non-member countries in order to evaluate the overall shape of competition institutions. In short, there has been an increase in the number of countries with competition legislations and authorities. Although there is no supranational body of antitrust practices, there is a process of institutional maturing of domestic competition authorities, which, due to the presence of a transnational networking is advancing a minimal set of rules.

One of the ideas these informal groups are advancing is "competition advocacy" - it is a mission for the competition authorities to advise other governmental agencies on the benefits of competition and to caution about the negative impacts of its lack. Evenett (2006) discusses the importance of competition advocacy, based on the economic theory of regulation, despite his skepticism about the enforcement ability of antitrust authorities in this area. The author acknowledges the importance of *competition advocacy*, which should not be an exclusive function of the antitrust authority, but part of several governmental policies.

In an international context in which countries refuse to create a formal competition regime in multilateral organizations and the international financial crises have increased governmental interventions, the approach of "competition advocacy" has gained popularity because its non-binding requirement and it had overall positive effects. The ICN defines competition advocacy as "actions taken by the competition authority related to the promotion of a competitive environment in the economic activities, through mechanisms unrelated to the legal mandate of competition law enforcement (non-enforcement), mainly through its relationship with other government entities in order to increase public awareness of the benefits of competition".[1]

Hence, competition advocacy is one of these issue specific areas of antitrust institutions that has reached a minimal consensus, due to the work of an international community. Cartel combat, in the intersection of trade and competition, is another example.

Despite potential productive efficiency effects, globalization brought about anticompetitive and collusive behavior among firms. In the past

[1] International Competition Network (ICN). http://www.internationalcompetitionnetwork.org/ (accessed 08/25/2017).

international cartels were ubiquitous up to the period between World Wars, when most national economies even supported them. In addition to acting in domestic markets, cartels channel their production to foreign markets. Export cartels motivated the adoption of anti-dumping legislation in many countries (Büthe, 2014). According to a "mercantilist" view of the economy, cartels with international operation may benefit a particular country to the extent that domestic cartelized producers extract economic rents from international consumers. Countries that are net exporters in cartelized sectors have incentives to pursue *beggar-thy-neighbor* competition policies - that is, a lax enforcement of domestic competition (François and Horn, 2007). International cartels in a given product amplify the problem, as there are (informal) agreements between firms from different countries, further decreasing world welfare. (Hoekman and Martin, 2012).

Despite the absence of formal international agreements, domestic and international cartels have been addressed effectively on a networking and co-operative basis, gathering domestic antitrust agencies and interested parts, under the auspices of ICN.[2] Hence, informal rules based on "cooperation" enforce cartel combat in countries that do not have the legal meanings to combat them.

Recent examples of cooperation among national authorities involve the alleged transnational cartel in the São Paulo´s metro system, which gathered several transport companies and multinational conglomerates from Spain, France, Germany, and Korea, among others. Brazilian – including the antitrust enforcement agency CADE – and foreign authorities joined forces to investigate and prosecute these companies. This cooperation advanced even considering that these firms operate in high-scale and high-end markets, characterized by imperfect competition. Many of them have thrived due to historical governmental support – in terms of subsidies, tax breaks and public procurement contracts- in their countries of origin.

Hence, this is an example on how cooperation in antitrust issues may arise, even when there are no formal multilateral agreement and in an imperfect competition market structure where political economy pressures are ubiquitous.

5. Conclusion

This essay discussed the relationship between international trade and competition in global markets. Due to global strategy of transnational firms, globalization affects competition in international markets. From a theoretical

[2] http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/cartel%20wg/icn_chapter_on_international_cooperation_and_information_sharing.pdf (accessed 09/01/2017).

perspective, neoclassical economics identifies *competition* as an element for maximizing welfare and efficiency in markets. Contemporary international economy developments, such as economic and productive globalization integrated national economies and firms worldwide and set the incentives for the creation of regulatory framework in international trade.

Despite the expansion of formal international institutions and agreements aimed at regulating trade relations, no such arrangements happened in competition issues, which followed a distinctive institutional trajectory. The integration of productive chains and the internationalization of firms has impacts on domestic and international markets, so domestic antitrust agencies act to curb the domestic market power of firms that operate abroad. Besides, it is visible the relationship between market power and international trade with the preeminence of imperfect competition structures in global markets. Imperfect competition may create different equilibrium, characterized by economic concentration, and, due to dynamic effects, it may enhance domestic welfare, but not necessarily, it improves global gains. A political economy logic shows that national governments support domestic firms in global markets.

Therefore, relying on a technical approach – be it legal or economic - in global antitrust governance should not exclude from the analysis the driving forces of anticompetitive behavior, that is, market power and political power. In fact, in the aftermath of the financial crisis of 2008, it should be obvious that political power, and not only market power, should be at the core of antitrust analysis (Ayal, 2013). Hence, the researchers dealing with competition policy, who have greatly benefited from the gathering of expertise due to networking and co-operation, would also benefit from an institutional and political economy methodology. These methods may be able to grasp the resilience of domestic interest groups affecting policies and the consequences on global antitrust.

6. References

Abbott A.F., Singham, S. (2013), 'Competition Policy and International Trade Distortions', in Herrmann C., Krajewski M., Terhechte J. (eds), *European Yearbook of International Economic Law 2013*. Springer: Berlin, Heidelberg, pp. 23-37.

Alemani, E., Klein, C., Koske, I., Vitale, C. and Wanner, I. (2013), 'New Indicators of Competition Law and Policy in 2013 for OECD and non-OECD Countries', *OECD Economics Department Working Papers*, No. 1104, OECD Publishing. Available from http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=ECO/WKP(2013)96&docLanguage=En. [Accessed 14/07/2017].

Anderson, R. D. and Kovacic, W. E. (2009), 'Competition Policy and International Trade Liberalization: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets', *18 Public Procurement Law Revie*w *2009*. Available from http://www.ftc.gov/public-statements/2009/03/competition-policy-and-international-trade-liberalisation-essential. [Accessed in 03/03/2015].

Aldonas, G. (2013), 'Trade, Global Value Chains and the World Trade Organization', in Evenett, S. J. and Jara, A. (ed.), *Building on Bali: A Work Programme for the* WTO, Centre for Economic Policy Research (VoxEU.org eBook): London, pp. 53-57. Available from file:///C:/Users/glauco.oliveira/Downloads/Building_on_Bali.pdf. [Accessed 14/07/2017].

Ayal, A. (2013), 'The Market for bigness: economic power and competition agencies' duties to curtail it', *Journal of Antitrust Enforcement*, 1 (2), pp. 221-246. doi:10.1093/jaenfo/jnt008

Bardhan, P., Bowles S. and Wallerstein, M. (2006). *Globalization and Egalitarian Redistribution*. New York: Russel Sage Foundation.

Bown, C. and McCulloch, R. (2013), 'Antidumping and Market Competition – Implications for Emerging Economies', Policy Research Working Paper No. 6197. World Bank, Washington.

Büthe, T. (2014), 'The Politics of Market Competition and Antitrust in a Global Economy', in Martin. L. (ed.). *The Oxford Handbook of the Political Economy of Trade*. New York: Oxford University Press, pp. 213-232.

Cerny, P. (1995) 'Globalization and the changing logic of collective action', *International Organization*, 49(4), 595-625. doi: 10.1017/S0020818300028459.

Djelic, M.L. (2005), 'From Local Legislation to Global Structuring Frame', *Global Social Policy*, 5(1), pp. 55–76. doi: 10.1177/1468018105050120.

Djelic, M. L. (2010), 'International Competition Network', in Hale, T. and Held, D. (eds.). *Handbook of Transnational Governance*, Cambridge: Polity Pres, pp. 80-88.

Drezner, D. (2007). *All Politics is Global – Explaining Regulatory Regimes*. Princeton: Princeton University Press.

Ellickson, R. (1991). *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes.* Cambridge: Harvard University Press.

Evenett, S. J., Lehmann A. and Steil B. (eds.) (2000). *Antitrust goes global – what future for transatlantic cooperation?* London: The Brooking Institution Press/Chatham House.

Evenett, S. J. and Jara A., (eds.) (2013). *Building on Bali: A Work Programme*

for the WTO. Centre for Economic Policy Research, London: VoxEU.org eBook.

Evenett, S. J. (2006), 'Competition Advocacy: Time for a Rethink Symposium on Competition Law and Policy in Developing Countries'. *Northwestern Journal of International Law & Business,* 26 (3).

François, J. and Horn, H. (2007), 'Antitrust in Open Economies', in Ghosal, V. and Stennek, J. (eds.). *The Political Economy of Antitrust, Contributions to Economic Analysis* (282), pp. 463-483.

Fox, E. (2011), 'Chapter 13. Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Network', in Guzman, A. T. (ed.), *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford: Oxford University Press, pp. 265-285.

Ghosal, V. (2000), 'Product market competition and the industry price–cost markup fluctuations: role of energy price and monetary changes', *International Journal of Industrial Organization* 18, pp. 415–444.

Hoekman, B. and Martin, W. (2012). 'Reducing Distortions in International Commodity Markets: An Agenda for Multilateral Cooperation', in Evenett, S. J. and Jenny F. (eds.), *Trade, Competition, and the Pricing of Commodities.* Centre for Economic Policy Research (CEPR), pp. 133-161.

Hufbauer, G. C. and Kim, J., 'International Competition Policy and the WTO', Peterson Institute of International Economics, (http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=930,

[Accessed 09/02/2017].

Kahler, M and Lake, D. (eds.) (2003). *Governance in a Global Economy – Political Authority in Transition*, Princeton and Oxford: Princeton University Press.

Kowalski, P, M Büge, M Sztajerowska and M Egeland (2013), 'State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications', OECD Trade Policy Paper, No. 147, OECD Publishing, Paris. http://dx.doi.org/10.1787/5k4869ckqk7l-en

Krugman, P. R. (1989). 'Industrial Organization and International Trade', in Schmalensee, R. and Willig, R.D. (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Volume II, Elsevier Science Publishers, pp. 1181-1223.

Lake, D. A. (2009), 'Open economy politics: A critical review', *Review of International Organization* 4, pp. 219-244.

Magee, S., Brock, W.A. and Young. L. (1989), *Black Hole Tariffs and Endogenous Policy Theory*. New York: Cambridge University Press.

Manganelli, A., Nicita, A. and Rossi, M. A. (2010), 'The institutional design of European Competition Policy', *EUI Working Paper* RSCAS 79. *Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institution,* Florence.

Olson, M. (1967) *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Organization for Economic Co-operation and Development (2011). *Competition Assessment Principles*, Volume 1 e 2, OECD: Paris: 2011.

Ostrom, E. (1990) *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action.* Cambridge, MA: Cambridge University Press.

Pagano, U. (2011), 'Interlocking complementarities and institutional change', *Journal of Institutional Economics*, 7, pp. 373-392.

Perez Motta, E. (2016). 'Competition Policy and Trade in the Global Economy: Towards an Integrated Approach', Policy Options Paper. E15Initiative. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum: Geneva.

Rodrik, D. (1997) *Has globalization gone too far?* Institute for International Economics: Washington, DC.

Sekkat, K. (2006) *Vertical Relationships and the Firm in the Global Economy*. Edgar Elgar Publishing: Cheltenham and Northampton.

Sacher, S. (2005), 'Trade Barriers and Antitrust Analysis', *ABA Antitrust Section Economics Committee Newsletter*, 2005.

Schmalensee, R. (1989), 'Inter-industry studies of structure and performance', in Schmalensee, R. and Willig, R.D. (eds.), *Handbook of Industrial Organization,* Volume II. Elsevier Science Publishers, pp. 952-1009.

Sokol, D. (2011), 'International Antitrust Institutions', in *Cooperation, Comity, and Competition Policy,* in Guzman, A. T., Oxford University Press: Oxford, pp. 187-213.

Tojo Y. (2002), 'Trade and Competition in a Global Economy: Convergence or Divergence', (manuscript) (https://www.jftc.go.jp/eacpf/06/6_01_09.pdf, [Accessed in 03/03/2015].

Utton, M. A. (2006), *International Competition Policy: Maintaining Open Markets in the Global Economy*. Edward Elgar: Cheltenham e Northampton.

Warlouzet, L. (2010), 'The Rise of European Competition Policy, 1950-1991: A Cross-Disciplinary Survey of a Contested Policy Sphere', *EUI Working Paper* RSCAS 80. *Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institution,* Florence.

Weymouth, S. (2016), 'Competition Politics: Interest Groups, Democracy, and Antitrust Reform in Developing Countries', *Antitrust Bulletin*, 61 (2), pp. - 296-316. doi:https://doi.org/10.1177/0003603X16644122

Wooton, I. and François, J. F. (2010), 'Market Structure and Market Access'. *World Economy,* 33 (7), pp. 873-893. doi: https://doi.org/10.1111/j.1467-9701.2010.01234.x

UMA ANÁLISE SOBRE PODER DE MERCADO AO LONGO DA CADEIA PRODUTIVA DA CARNE BOVINA NO BRASIL

Guilherme D'Alessandro Silva

Moisés de Andrade Resende Filho

Resumo: Investigam-se evidências de exercício de poder de monopsônio no mercado do boi gordo e de poder de monopólio no mercado de carne bovina de 1996 a 2014 no Brasil. Utilizam-se séries de tempo anuais para estimar por mínimos quadrados em três estágios (3SLS) um sistema de equações adaptado do modelo de Schroeter (1988). Os resultados mostraram distorções significativas de preço de monopólio no mercado de carne bovina e de preço de monopsônio no mercado do boi gordo. Ademais, tais distorções apresentaram tendência de crescimento no período, provavelmente causada pelo aumento da concentração nos setores de abate/processamento de carne e varejo.

Palavras-chaves: poder de mercado, nova organização industrial empírica (NOIE), séries de tempo, carne bovina, mínimos quadrados em três estágios (3SLS).

Keywords: market power, New Empirical Industrial Organization (NEIO), time series, beef meat, three stage least squares (3SLS).

1. Introdução

O rebanho bovino brasileiro é o maior comercialmente explorado no mundo, seguido da Índia, China, Estados Unidos e União Europeia. Em 2015, o rebanho bovino brasileiro totalizou 209,13 milhões de cabeças das quais 39,16 milhões se destinaram ao abate e o Produto Interno Bruto (PIB) da pecuária de corte foi de R$169,39 bilhões, ou seja, cerca de 2,87% do PIB brasileiro (ESALQ/USP, 2015).

Nos últimos tempos, observa-se uma grande transformação e concentração no setor de processamento da carne, no qual os principais grupos frigoríficos, dispondo de um substancial incentivo do Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES), se fortaleceram por meio de fusões e aquisições

de plantas em diversos estados e países.

Quanto ao segmento distribuidor, observa-se que ao longo das últimas décadas as grandes redes varejistas passaram a ser mais relevantes na comercialização de carne e, com isso, o segmento se tornou mais concentrado, aumentando seu poder de barganha frente aos frigoríficos e, principalmente, aos consumidores (URSO, 2007).

O comportamento não competitivo leva à redução do excedente do consumidor (no caso de poder de monopólio) e diminuição do excedente do produtor (no caso de poder de monopsônio), além de ocasionar, em ambos, perda de peso morto da economia. Daí a relevância de se detectar práticas não competitivas ao longo da cadeia produtiva da carne bovina (CPCB).

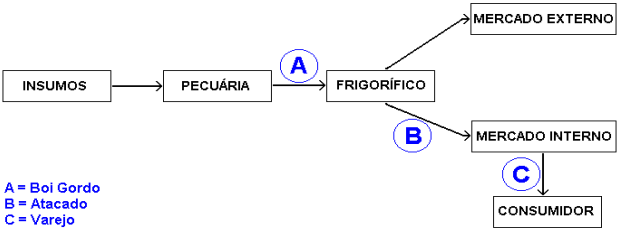
O objetivo deste trabalho é investigar empiricamente se há evidência de exercício de poder de monopsônio no mercado formado pela interface dos segmentos pecuarista e abate/processamento/distribuição da carne; e de exercício de poder de monopólio no mercado formado pela interface dos segmentos abate/processamento/distribuição e consumidor final da CPCB no Brasil no período de 1996 a 2014.

Para isso, adaptou-se para o mercado brasileiro o modelo econométrico de Schroeter (1988) que está em linha com a Nova Organização Industrial Empírica (NOIE). Até onde sabemos, esta é a primeira vez que o clássico modelo de Schroeter (1988) é empregado na literatura nacional. Provavelmente, isso se deve a dificuldade em se obter dados. Nesse sentido, o presente trabalho documenta várias dificuldades na obtenção dos dados e supera a mais importante delas ao adaptar o método do inventário perpétuo para gerar a série do estoque de capital no setor agropecuário brasileiro.

2. A cadeia produtiva da carne bovina (CPCB) no Brasil

A CPCB no Brasil é composta por cinco elos conforme a Figura 1.

Figura 1. A Cadeia Produtiva da Carne Bovina (CPCB) no Brasil.



Fonte: Pinatti e Bini (2011).

O primeiro segmento da CPCB, “Insumos” na Figura 1, é o mais

distante do consumidor final ou mais acima na cadeia produtiva e responde pela produção de insumos, constituído por empresas voltadas à produção de rações, vacinas, genética animal e outros.

O segundo segmento da CPCB, "Pecuária" na Figura 1, responde pela cria, recria e engorda dos animais até o abate. Segundo a Pesquisa Pecuária Municipal (PPM) do IBGE, o rebanho brasileiro, em dezembro de 2014, era de 212,3 milhões de cabeças distribuídas em 2,7 milhões de estabelecimentos. O grande número de pecuaristas no Brasil indica que este segmento é caracterizado por uma estrutura pulverizada, com muitos ofertantes de boi gordo.

Com a finalização da engorda, os animais prontos para o abate são vendidos ao terceiro segmento da CPCB, "Frigorífico" na Figura 1. Este segmento é constituído pela indústria processadora de carne que responde pela aquisição do boi gordo junto aos pecuaristas e pelo abate, desossa, processamento, armazenamento, embalagem e venda da carne ao varejo

Nos últimos anos, a indústria frigorífica brasileira passou por uma ampla transformação estrutural. Os grandes grupos, fortaleceram-se adquirindo plantas produtivas e empresas em diversos estados e países. Com isso, o segmento de processamento de carne tornou-se cada vez mais concentrado. A partir dos dados do número de abates fiscalizado pelo Serviço de Inspeção Federal (SIF) e das informações coletas das empresas de capital aberto do setor frigoríficos, obtidas em Carvalho (2016), foi elaborada a Tabela 1 que apresenta a evolução do número de bovinos abatidos por essas três empresas e sua participação no total de bovinos abatidos. Observa-se um grande aumento da participação dessas três empresas no total de abate de bovinos no Brasil, saltando de 26,4 % em 2006 para 53,1% em 2014.

Tabela 1. Participação das três maiores no abate anual no Brasil (em milhões de cabeças)

Empresa	Ano								
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
JBS S.A.	3,41	3,62	3,9	5,92	6,48	6,92	7,37	8,68	9,38
Marfrig Alimentos	2,36	2,46	2,48	1,57	2,65	2,58	2,42	2,69	2,76
Minerva S.A.	0,79	0,98	1,04	1,29	1,44	1,69	1,71	2,01	2,13
Abate Total SIF	24,87	25,15	22,37	21,26	21,89	21,84	23,49	26,65	26,88
Participação três maiores empresas	26,4 %	28,1 %	33,2 %	41,3 %	48,3 %	51,2 %	49,0 %	50,2 %	53,1 %

Fonte: Carvalho (2016).

O quarto segmento da CPCB, "Mercado Interno" na Figura 1 é composto por varejistas (supermercados e açougues) que realizam a venda da carne bovina ao consumidor final. Nos últimos anos, os supermercados e hipermercados se tornaram os principais meios de comercialização da carne bovina no mercado interno, ganhando a preferência dos consumidores frente aos açougues (URSO 2007). Ao se relacionarem diretamente com o consumidor final, conseguem visualizar e conhecer as preferências e demandas do cliente. Com isso, as grandes redes de supermercado passaram a fazer frente ao poder de barganha dos frigoríficos, ao mesmo tempo em que aumentavam o seu poder de barganha junto aos consumidores de carne bovina.

Com base no faturamento bruto e participação de individual no mercado, Delgado e Oliveira (2015), apresentaram as informações presentes na Tabela 2, que mostram a evolução da concentração no varejo supermercadista brasileiro de 1998 até 2013, por meio de índices de taxas de concentração de mercado (CRk) calculados para as 5 e 10 maiores cadeias de supermercados atuantes no setor varejista do Brasil.

Tabela 2. Taxas de concentração (CR5, CR10) do setor varejista brasileiro, 1998-2006

Ano	CR5	CR10	Número de empresas
1998	0,4644	0,5594	688
1999	0,5995	0,6853	300
2000	0,6033	0,6923	500
2001	0,5973	0,6971	300
2002	0,5914	0,6864	300
2003	0,5709	0,6704	300
2004	0,6055	0,6848	500
2005	0,6266	0,7024	500
2006	0,6172	0,7008	500
2007	0,6264	0,7028	500
2008	0,6132	0,6906	500
2009	0,6245	0,7002	527
2010	0,6204	0,6857	679
2011	0,6212	0,6825	696
2012	0,6269	0,6871	710
2013	0,6055	0,6665	1069

Fonte: Delgado e Oliveira (2015).

O último segmento da CPCB, "Consumidor" na Figura 1, é constituído pelos consumidores finais de carne que são de diversos tipos, atomizados, pulverizados e que adquirem o produto final – a carne – dos varejistas.

3. Modelo teórico

A análise de índices de concentração é a forma mais utilizada pelas autoridades antitrustes para medirem o grau de competição vigente em um mercado. É muito comum a utilização do índice da Taxa de Concentração (CRk) e do índice sumário Herfindahl-Hirschman (HHI) calculado como a soma dos quadrados das parcelas de mercado de cada empresa (MARQUES, 1994).

Segundo Baker e Bresnahan (1992), as principais limitações em se buscar inferir comportamento não competitivo apenas com base em índices de concentração de mercado são: se a entrada de novas empresas no setor é fácil, a ameaça potencial pode fazer com que nenhuma empresa exerça o seu poder de mercado, não importando o tamanho da sua participação (mercados contestáveis); uma empresa pode ter uma grande participação no mercado apenas porque vende um produto homogêneo com custos menores (eficiência); e o cálculo de índices de concentração envolve, necessariamente, uma escolha arbitrária do mercado, ou seja, do grau de substitutabilidade limite para que um produto seja pertencente ao mercado em análise.

Outro conjunto de técnicas compreende o uso de dados contábeis para se investigar poder de mercado. No entanto, além da dificuldade inerente de se obter acesso a informações contábeis confiáveis das empresas, altos lucros ou margens podem indicar tanto eficiência quanto falta de competição no mercado, como explica Bragança (2003). Segundo o autor, como resposta ao desafio de mensurar o índice de Lerner (1934)[1] sem recorrer aos dados contábeis, desenvolveu-se um conjunto de modelos econométricos que a literatura convencionou chamar de Nova Organização Industrial Empírica (NOIE).

Um típico modelo da NOIE é um modelo econométrico de um único setor, construído com base na hipótese de que a relação entre preço e custo marginal das empresas é não observável. Com isso, inferências sobre as condutas de cada empresa e da indústria são realizadas a partir da estimação de um conjunto de parâmetros de equações comportamentais pelas quais as empresas determinam preços e quantidades (BRAGANÇA, 2003).

Seguindo a linha NOIE, o presente trabalho adapta o modelo baseado na variação conjectural proposto por Schroeter (1988) de modo a permitir detectar no Brasil: comportamento oligopsonístico no mercado formado pela interface dos segmentos pecuária e abate/processamento da carne ou segmento frigorífico; e comportamento oligopolista no mercado formado pela interface dos segmentos distribuição da carne bovina e consumidor final. Para tanto,

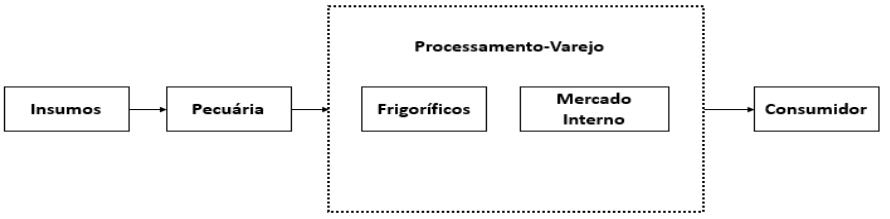
1 O índice de Lerner (1934) é $\Lambda = (p - Cmg)/p$, em que p é o preço do produto e Cmg, o custo marginal de produção do produto.

considera-se que as firmas processadoras de carne competem imperfeitamente na aquisição de insumos e comercializam seus produtos para varejistas que competem imperfeitamente na venda do produto final para os consumidores. Presume-se que o setor de processamento de carne funciona como um oligopolista *upstream* que vende seus produtos para o setor varejista, também concentrado, que atua como um oligopolista *downstream* na venda de carne bovina para os consumidores, numa configuração de monopólio (oligopólio) bilateral.

Conforme Blair et al. (1989), em um arranjo de monopólio (oligopólio) bilateral, a solução ótima requer que o lucro seja maximizado em conjunto entre os dois setores monopolistas (oligopolistas), havendo incentivos para cooperação. Dessa forma, a produção total da indústria no segmento de processamento/distribuição/consumo é semelhante à produção resultante da maximização do lucro conjunto entre processadores e revendedores. Nessa configuração, independentemente de como é formado, o preço do bem intermediário (preço da carne no atacado) não funciona como dispositivo de racionamento de produto/insumos, servindo apenas como um instrumento para efetivar uma divisão dos lucros particular. Então, a quantidade de bem intermediário produzida é determinada da mesma forma que o preço e quantidade da produção final.

Por isso, diferentemente de Schroeter (1998), assume-se nessa adaptação que os processadores de carne e os varejistas funcionam integrados em uma única indústria de "processamento-varejo" que compete imperfeitamente na aquisição dos insumos produzidos pelos fazendeiros (boi gordo) e na venda da produção final para os consumidores.

Figura 2. Adaptação proposta ao modelo de Schroeter (1988)



Fonte: Elaboração própria.

Seguindo a adaptação proposta, é possível caracterizar essas indústrias integradas processadoras-varejistas como firmas indexadas por j=1,

2, ..., *n*, que produzem um produto homogêneo, no caso, carne bovina pronta para consumo, segundo uma tecnologia de proporções quase fixas. Essa tecnologia rege a transformação do boi gordo, insumo material, em carne e considera ser possível a substituição entre insumos não materiais (trabalho, energia, ...), ao mesmo tempo em que o insumo material deve ser utilizado na proporção fixa:

$$q_j = \alpha r_j \qquad (1)$$

Em que α é o parâmetro que estabelece a taxa pela qual os animais (r_j) adquiridos pela empresa *j* são transformados em quilogramas de carne pronta para consumo (q_j).

Admitindo-se que o parâmetro α pode ser fixado de modo que as quantidades do insumo material e produto final possam ser representadas pela mesma variável, q_j, é possível estabelecer o problema da *j*-ésima empresa, que consiste em determinar q_j de modo a maximizar a função lucro corrente, ou seja:

$$\max_{q_j \geq 0} p(Q,\mathbf{z}_1)q_j - w_M(Q,\mathbf{z}_2)q_j - C_j\left(q_j,\mathbf{w}\right) \quad (2)$$

Em que $p(.)$ é a função demanda inversa por carne bovina no varejo (mercado do produto), $Q=\sum_{j=1}^{n} q_j$ é a oferta de carne bovina no mercado varejista, q_j é a quantidade de carne bovina produzida pela empresa *j;* $w_M(.)$ é a função oferta inversa de animais para o abate (mercado do insumo material); $C_j(.)$ é a função custo de produção de todos os insumos não materiais, **w** é um vetor de preços dos insumos não materiais; e $\mathbf{z}_1$ e $\mathbf{z}_2$ são vetores de variáveis exógenas que afetam a demanda por carne bovina e a oferta de animais para o abate.

Manipulando as condições de primeira ordem do problema de maximização do lucro da *j*-ésima empresa (2) e assumindo satisfeitas as condições de segunda ordem, obtém-se que:

$$p(1+\theta_j/\varepsilon)=w_M(1+\theta_j/\eta)+\partial C(.)_j/\partial q_j \qquad (3)$$

em que $\theta_j=(\partial Q/\partial q_j)(q_j/Q)$ é a elasticidade conjectural da empresa *j*, $\varepsilon=(\partial Q/\partial p)(p/Q)$ é a elasticidade-preço da demanda de carne bovina e $\eta=(\partial Q/\partial w_M)(w_M/Q)$ é a elasticidade-preço da oferta de boi gordo.

Na equação (3), a variação conjectural, $\partial Q/\partial q_j$, no caso de uma empresa *j* tomadora do preço *p*, que não é capaz de alterar *Q* variando q_j, é zero e, consequentemente, a elasticidade conjectural desta, θ_j, também é zero. No entanto, no caso de uma empresa *j* do tipo *Cournot*, como $\partial Q/\partial q_j=1$, a elasticidade conjectural desta é o seu próprio *market share*, $\theta_j=q_j/Q$. Pode-se ainda calcular índices de Lerner do *mark-up* relativo (L_j) no mercado

consumidor de carne bovina e do *mark-down* relativo (M_j) no mercado dos animais prontos para o abate (mercado do boi gordo) com base nas equações (4) e (5)[2]:

$$L_j = \frac{p - p(1+\theta_j/\varepsilon)}{p} = -\frac{\theta_j}{\varepsilon} \qquad (4)$$

$$M_j = \frac{w_M(1+\theta_j/\eta) - w_M}{w_M} = \frac{\theta_j}{\eta} \qquad (5)$$

Tal que, como $0 \leq \theta_j, \eta, |\varepsilon| \leq 1$ e se η e $|\varepsilon|$ são maiores que θ_j, quanto mais próximos de um forem M_j e L_j, maior é o comportamento oligopsonístico e oligopolístico da empresa *j*.

As dificuldades usuais de se obter dados de empresas impedem a estimação econométrica do modelo composto pelas equações (1) a (5). Assim, devem-se impor condições ao modelo de modo a reformulá-lo tal que seja possível estimá-lo com dados agregados em nível do setor (APPELBAUM, 1979; SCHROETER, 1988). Os passos a seguir operacionalizam essa adaptação. Admita que a função custo de produção dos insumos não materiais segue a forma polar de Gorman, que é condição necessária e suficiente para que o modelo da empresa representativa seja válido (VARIAN, 1992), segundo a equação (6):

$$C_j(q_j, \mathbf{w}) = C(\mathbf{w})q_j + G_j(\mathbf{w}),\ j = 1,2,\ ...n \qquad (6)$$

em que $C(.)$ e $G_j(.)$ são funções do vetor **w** de preços dos insumos não materiais.

Como toda empresa *j* se depara com o mesmo vetor de preços dos insumos não materiais, **w**, e a mesma função custo de produção (6), então, $\partial C_j(q_j, \mathbf{w})/\partial Q_j = C(\mathbf{w})$. Ou seja, a função custo marginal é a mesma para cada empresa $j = 1,2,\ ...n$. Ademais, todas as empresas se deparam com os mesmos η, ε, $p(.)$ e $w_M(.)$, pois se tratam de elasticidades e funções de demanda e oferta de mercado. Com isso, pela condição (3), θ_j deve ser necessariamente o mesmo para cada empresa *j*, tal que a equação (3) sob a forma de Gorman da função custo (6) se torna:

$$p(1+\theta/\varepsilon) = w_M(1+\theta/\eta) + C(\mathbf{w}) \qquad (3')$$

Para se chegar a um modelo passível de ser estimado, é necessário ainda especificar a forma funcional da função custo de produção na equação (6). Para tanto, considera-se que a função custos de produção dos insumos não materiais é de forma funcional generalizada Leontief, tal que $C(\mathbf{w}) = \sum_i \sum_k b_{ik}(w_i w_k)^{0,5} q_j$ e $\sum_{j=1}^{n} G_j(\mathbf{w}) = \sum_i b_i w_i$ e, em consequência disto, a

2 São índices de Lerner, pois $p(1+\theta j/\varepsilon)$ é a receita marginal que deve ser igual ao custo marginal e $w(1+\theta j/\eta)$ é o custo marginal do insumo material.

função custo de produção dos insumos não materiais do setor, obtida como a soma dos custo de produção de cada empresa ou $C(Q, \mathbf{w}) \equiv \sum_j C_j(q_j, \mathbf{w})$, é dada pela equação (7):

$$C(\mathrm{Q},\mathbf{w}) = \sum_i \sum_k b_{ik}(w_i w_k)^{0,5} Q + \sum_i b_i w_i \quad (7)$$

em que os subscritos *i*, *k* denotam insumos não materiais. Fixando-se os insumos não materiais como trabalho ($i=L$) e capital ($i=K$), impondo diretamente simetria à matriz de substituição, $b_{lk}=b_{kl}$ para todo *i*,*k*, e aplicando o lema de Shephard, pois as empresas são tomadoras de preços no mercado de insumos não materiais, obtêm-se funções demanda de mercado por trabalho *L* e capital *K* nas equações (8) e (9), tal que o sistema de equações simultâneas a ser estimado é:

$$X_K = (b_{KK} + b_{LK} + (w_L/w_K)^{0,5})Q + b_K \quad (8)$$

$$X_L = (b_{LL} + b_{LK} + (w_K/w_L)^{0,5})Q + b_L \quad (9)$$

$$p = [w_M(1+\theta_j/\eta) + (b_{LL}w_L + 2b_{LK}(w_L * w_K)^{0.5} + b_{KK}w_K)]/(1+\theta_j/\varepsilon) \quad (10)$$

$$\ln Q = a + \varepsilon \ln(p/S_1) + \gamma_1 \ln(p_h/S_1) + \gamma_2 \ln(p_c/S_1) + \gamma_3 \ln(Y/S_1) + \gamma_4 \ln(POP) \quad (11)$$

$$\ln Q = b + \eta \ln(w_M/S_2) + \delta_1 \ln(p_f/S_2) + \delta_2 \ln(C_s) \quad (12)$$

$$\text{com}, \theta_j = \theta_1 + \theta_2 w_L + \theta_3 w_K + \theta_4 t \quad (13)$$

em que a equação (11) é a função demanda de mercado da carne bovina, a equação (12) é a função oferta de mercado do boi gordo, S_1 é o índice de preços ao consumidor, p_h é o preço da carne de porco no varejo, p_c é o preço da carne de frango no varejo, *Y* é a renda per capita nominal da população brasileira, *POP* é o número total de indivíduos na população brasileira, S_2 é o índice de preços recebidos pelos fazendeiros, p_f é o preço do milho para ração e C_s é o total do rebanho bovino brasileiro ou estoque de gado nas fazendas. A variação conjectural θj é calculada segundo a equação (13) que é uma função de variáveis exógenas e que, assim, permitem conjecturas de equilíbrio variarem de acordo com as condições de mercado e *t* que é uma variável de tendência temporal incluída como *proxy* de possíveis variáveis omitidas.

A fim de se investigar o poder de mercado, será testado se θ_j é zero ou não em cada período. Como a hipótese conjunta $H_{01}: \theta_1 = \theta_2 = \theta_3 = \theta_4 = 0$ se confirmada é suficiente para que θ_j seja zero em cada período, esta foi testada contra a hipótese de que há pelo menos um θ diferente de zero, utilizando-se o teste de Wald. Ademais, procedeu-se ao teste direto da hipótese $H_{02}: \theta_j = 0$ contra a hipótese alternativa de que $\theta_j \neq 0$ em cada período de tempo, estimando-se os θ_j para cada observação na amostra e, com base nisso, efetuando testes de Wald. Finalmente, para verificar distorções de preços devido a poder de mercado de monopsônio e monopólio, foram realizadas análises com base nos índices de Lerner nas equações (4) e (5).

4. Estratégia de estimação, resultados e discussão

Com base nas equações (8) a (13), especificou-se o sistema de equações de séries de tempo (8') a (12') na forma estocástica:

$$X_{Kt}=(b_{KK}+b_{LK}+(w_L/w_K)^{0,5})Q_t + b_K + \phi_1 t + u_1 \qquad (8')$$

$$X_{Lt}=(b_{LL}+b_{LK}+(w_K/w_L)^{0,5})Q_t + b_L + \phi_2 t + u_2 \qquad (9')$$

$$p_t=[w_{Mt}(1+(\theta_1+\theta_2 w_{Lt}+\theta_3 w_{Kt}+\theta_4 t)/\eta)+(b_{LL}w_{Lt}+2b_{LK}(w_{Lt}*w_{Kt})^{0,5}+b_{KK}w_{Kt})]/(1+(\theta_1+\theta_2 w_L+\theta_3 w_K+\theta_4 t)/\varepsilon)+u_3 \qquad (10')$$

$$\ln Q_t=a+\varepsilon\ln(p_t/S_{1t})+\gamma_1\ln(p_{ht}/S_{1t})+\gamma_2\ln(p_{ct}/S_{1t})+\gamma_3\ln(Y_t/S_{1t})+\gamma_4\ln(POP_t)+u_4 \qquad (11')$$

$$\ln Q_t=b+\eta\ln(w_{Mt}/S_{2t})+\delta_1\ln(p_{ft}/S_{2t})+\delta_2\ln(C_{st})+u_5 \qquad (12')$$

em que t é a variável tendência e foram incluídas também nas equações (8') e (9') como *proxies* para potenciais variáveis omitidas que variam no tempo, o subscrito t denota tempo, e u_1, u_2, u_3, u_4 e u_5 são os termos de erro estocástico de cada equação do sistema.

No trabalho de referência, Schroeter (1988) não conseguiu obter dados confiáveis para o estoque de capital e, por isso, não incluiu a equação (8) no sistema de equações estimado.

No presente trabalho, o sistema de equações (8') a (12') foi estimado com o software *Eviews 9.5* pelo método de mínimo quadrado em três estágios (3SLS), utilizando-se dados anuais para os períodos de 1996 a 2014 e como variáveis instrumentais *um vetor de uns*, w_{Lt}, w_{Kt}, S_{1t}, p_{ht}, p_{ct}, Y_t, POP_t, S_{2t}, p_{ft}, C_{st} e t. Como se está interessado nos coeficientes estruturais e a amostra disponível é pequena, o 3SLS torna-se preferível ao método FIML, por ser menos demandante computacionalmente e estatisticamente (GILES, 2011).

4.1. Dados

As séries de tempo utilizadas para a estimação do sistema de equações (8') a (12') foram obtidas por meio de bases de dados disponibilizadas publicamente em sítios web e em sítios de acesso pago, como o Portal FGV Dados da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Tabela 3. Descrição dos dados

Variável	Descrição	Frequência	Período	Fonte
p_t	Série de Preço da carne bovina no varejo – preço médio carne bovina no estado de SP - Unidade: R$/kg	Mensal	05/1970 06/2016	IEA - SP http://ciagri.iea.sp.gov.br/nia1/precos_medios.aspx?cod_sis=4
w_{Mt}	Série Preços boi gordo para corte - preços recebidos – Brasil – Unidade: R$/15 kg	Mensal	01/1967 05/2016	IBRE – FGV http://portalibre.fgv.br
Q_t	Série Produção total carne bovina no Brasil – Unidade: 1000 MT CWE	Anual	1960 2016	USDA-FAS http://apps.fas.usda.gov/psdonline/psdQuery.aspx
S_{1t}	Série Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA - Unidade: índice	Mensal	09/199306/ 2016	IBRE-FGV http://portalibre.fgv.br
S_{2t}	Série Índice de Preços Recebidos pelos fazendeiros – IPR - Animais. Unidade: índice, base do Nº 01/08/1994	Mensal	01/1995 06/2016	IEA – SP http://ciagri.iea.sp.gov.br/nia1/Indicadores_conjuntura.aspx
p_f	Série Preços da carne suína no varejo - preço médio carne suína no varejo estado de SP – Unidade: R$/KG	Mensal	05/1970 06/2016	IEA- SP http://ciagri.iea.sp.gov.br/nia1/precos_medios.aspx?cod_sis=4
Pc	Série Preços do frango no varejo - preço médio frango limpo no varejo estado de SP – Unidade: R$/KG	Mensal	05/1970 06/2016	IEA –SP http://ciagri.iea.sp.gov.br/nia1/precos_medios.aspx?cod_sis=4
Y_t	Série Renda domiciliar per capita média – Unidade: R$	Anual	1995 2014	IPEADATA http://www.ipeadata.gov.br/
POP_t	Serie População brasileira residente - Revisão 2008 - Unidade: milhões de pessoas	Anual	1980 2050	IBGE http://seriesestatisticas.ibge.gov.br

Variável	Descrição	Frequência	Período	Fonte
C_{st}	Série Estoque de gado no Brasil – número de animais, gado. Unidade: 1000 cabeças	Anual	1960 2016	USDA-FAS http://apps.fas.usda.gov/psdonline/psdQuery.aspx
p_{ft}	Série Preço do milho utilizado em ração - Preço médio no atacado: milho SP- Unidade: R$/60 Kg	Mensal	01/1985 02/2016	IPEADATA http://www.ipeadata.gov.br/
w_{Kt}	Série Valor de remuneração média do capital – taxa TJLP – Unidade: % a.m.	Mensal	01/1995 04/2016	IPEADATA http://www.ipeadata.gov.br/
w_{Lt}	Série Salário médio - no setor de Abate de reses, preparação de produtos de carne CNAE95.Unidade: R$/h	Anual	01/1995 12/2014	MTE - CAGED http://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged.php
X_{Lt}	Série Uso do trabalho – total de trabalhadores no setor de Abate de reses, prep. de produtos de carne -CNAE95– Unidade: Trabalhador	Anual	1995 2014	MTE - RAIS http://bi.mte.gov.br/bgcaged/rais.php
X_{Kt}	Série Uso do capital – série do estoque do capital nos setores 15.11, 15.12 e 15.13 da CNAE 1.0 e nos setores que compõe o item 10.1 da CNAE2.0 Unidade-R$	Anual	1996 2014	IBGE_PIA ftp://ftp.ibge.gov.br/Industrias_Extrativas_e_de_Transformacao/Pesquisa_Industrial_Anual/

Fonte: Elaboração própria.

A série do estoque de capital XKt não foi obtida diretamente no sítio do IBGE. Aliás, a falta de informação sobre os estoques de capital das indústrias brasileiras é um problema frequente das análises microeconométricas (ALVES e SILVA, 2008). Para contornar o problema, utilizou-se o método do inventário perpétuo, que consiste em uma forma indireta de se calcular o estoque de capital, considerando que a soma dos investimentos acumulados, devidamente depreciados, converge para o estoque de capital fixo das empresas. De acordo com o método, o estoque de capital do ano corrente é o resultado da soma do estoque de capital do ano anterior depreciado e os investimentos realizados no ano corrente:

$X_{Kt}=I_t+(1-\delta)X_{Kt-1}$(14)

Em que X_{Kt} e I_t representam o estoque de capital e o investimento realizado pelas firmas do setor no ano t, e δ é a taxa de depreciação. O investimento I_t para o período t é calculado: $I_t=Aquisições_t + Melhorias_t - Baixas_t$ (15)

Por meio da Pesquisa Industrial Anual (PIA) do IBGE, podem ser obtidos os dados de aquisições, melhorias e baixas para as indústrias brasileiras a partir de 1996. No entanto, como a metodologia da Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE) foi alterada em 2007, da CNAE 1.0 para 2.0, para a classificação de setores do período de 1996 a 2006 corresponder à classificação de setores do período de 2007 a 2014 foram agregados os dados de alguns setores além dos do setor de abate de reses. Deve-se ressaltar que os dados disponibilizados pelo PIA/IBGE foram fornecidos por empresas do setor. Como nem todas as empresas participantes da PIA fornecem informações sobre aquisições, melhorias e baixas, para a obtenção da série de investimento ponderou-se os valores informados e o número informantes, conforme Souza e Pinto (2015) e a equação (16):

$I_t=((Aquisições_t/N_Aquisições_t)+(Melhorias_t/N_Melhorias_t)-(Baixas_t/N_Baixas_t))*N_Empresas_t$ (16)

em que *N_Aquisiões* é o número de empresas que informaram os valores das aquisições, *N_Melhorias* é o número de empresas que informaram os valores das melhorias. *N_Baixas* é o número de empresas que informaram sobre baixas e *N_Empresas* é o número total de empresas que participaram do PIA.

A aplicação da equação (16) supõe que, em média, as empresas não declarantes realizaram o mesmo investimento que as declarantes. Dessa forma, é possível calcular o valor do investimento realizado no período em cada ano. No entanto, faltam os dados para calcular o valor do estoque inicial de capital X_{K0}. Para se obter X_{K0}, foi utilizada a fórmula abaixo com base em Young e Musgrave (1995):

$X_{K0}=I_0/(g_i+\delta)$ (17)

Em que I_0 é o investimento inicial, g_i é a taxa de crescimento do setor e δ é a taxa de depreciação. Segundo Araújo (2014), os valores de g_i e δ para o setor de alimentação são 12,2% e 0,1. Utilizando esses valores e os dados obtidos no PIA/IBGE, foi possível calcular o estoque de capital inicial e, assim, gerar a série X_{Kt} sobre uso do capital.

Após o cálculo da série para o estoque de capital X_{Kt}, verificou-se que algumas das séries obtidas estavam em periodicidade diferentes. Então, foi necessário realizar a interpolação dos dados das séries que se encontravam em frequência mensal, para frequência anual. Para isso, utilizou-de o *software Eviews 9.5* e o método de conversão de frequência alta para baixa: média das observações. O período de estimação foi de 1996 a 2014.

Além disso, seguindo o trabalho de referência de Schroeter (1988), foi necessário converter as unidades de medidas das séries p_t, p_{ct}, p_{ht}, que estavam em R$/kg para R$/tonelada, multiplicando-as por 1000. Também a unidade de medida da série w_{Mt}, que estava em R$15 kg foi alterada para R$/tonelada, multiplicando-a por 100/15. Vale mencionar ainda que no trabalho de referência de Schroeter (1988), as séries p_t, p_{ct}, p_{ht} são dos preços no atacado em $/tonelada de equivalente carcaça das carnes bovina, de frango e suína, mas na adaptação do modelo do presente trabalho, essas séries são relativas aos preços desses produtos no varejo.

4.2 Resultados

As estimativas 3SLS do sistema de equações (8') a (12') estão na Tabela 4.

Tabela 4. Resultados da estimação 3SLS, amostra 1996 – 2014

	Coeficiente Estimado	**P>|t|**			**Coeficiente Estimado**	**P>|t|**
b_{KK}	1779,163	0,0000		b	-12,7219	0,0000
b_{LK}	2,7594	0,0921		η	0,5949	0,0029
b_{LL}	1,4666	0,0002		δ_1	-0,0079	0,8708
b_K	-17939459	0,0000		δ_2	1,6418	0,0000
b_L	12960,77	0,1472		θ_1	0,0948	0,0000
a	-5,9717	0,0001		θ_2	$-7{,}01e^{-05}$	0,0007
ε	-0,3234	0,0000		θ_3	-0,1063	0,0017
γ_1	0,2741	0,0017		θ_4	0,0066	0,0004
γ_2	-0,0102	0,8895		ϕ_1	1995920	0,0000
γ_3	-0,0476	0,4014		ϕ_2	13458,73	0,0000
γ_4	2,9258	0,0000				
Valores convencionais de R^2 por equação						
(8')			0,9076			
(9')			0,9465			
(10')			Não se aplica			
(11')			0,9738			
(12')			0,8992			

Fonte: Elaboração própria.

Pelos resultados na Tabela 4, a função custo é côncava pelo valor positivo de b_{LK}.(apesar de sua estimativa ser significativa somente ao nível de 10%, P>|t|= 0,0921). Valores positivos de b_{KK}, b_{LL} e b_L sugerem que a função custo é crescente e bem comportada com respeito ao preço do trabalho. O coeficiente b_L não foi estatisticamente significante com P>|t|= 0.1472. A estimativa do coeficiente b_K, apesar de significante, foi negativo e de uma magnitude muito alta, possivelmente devido a autocorrelação serial dos erros do modelo, já que não foi possível proceder a correção para autocorrelação de primeira ordem dos erros no sistema devido ao número reduzido de observações das séries utilizadas.

As estimativas para os coeficientes ε e γ_1 foram significativas e sugerem que a carne bovina é um bem comum, pois a elasticidade próprio-preço da demanda apresenta sinal negativo, e que a carne de porco é um bem substituto, pois o sinal do coeficiente γ_1 é positivo, sinalizando que um aumento

no preço da carne de porco proporciona um aumento na demanda por carne bovina. As estimativas para os coeficientes γ_2 e γ_3 não foram estatisticamente significativas, não sendo possível inferir como o aumento do preço da carne de frango e da renda média per capita influem no consumo de carne bovina. Já a estimativa para o coeficiente γ_4 foi significante e indica que para cada 1% de aumento da população brasileira a demanda por carne bovina aumenta 2,9258%.

A estimativa do coeficiente η, elasticidade-preço da oferta de boi gordo, mostra que cada 1% de aumento no preço do boi gordo aumenta a quantidade ofertada de boi gordo em 0,5949%. A estimativa do coeficiente δ_1 não foi estatisticamente significativa, não sendo possível inferir como o preço do milho utilizado em ração influi na oferta de boi gordo. A estimativa do coeficiente δ_2 foi significante e confirma a teoria de que a oferta de boi gordo é positivamente relacionada com o estoque de gado nas fazendas, tal que para cada 1% de aumento no estoque estima-se um aumento de 1,6418% na oferta de boi gordo.

Procedeu-se, então, às análises para o coeficiente θ_j. Utilizando-se o teste de Wald, foi testado se $H_{01}: \theta_1 = \theta_2 = \theta_3 = \theta_4 = 0$. Os resultados mostram que nem todos os θ's são iguais a zero e, portanto, pode ser que ocorra exercício de poder de monopólio e monopsônio no período.

Tabela 5. Testes de Wald

Estatística de Teste	**Valor**	**Graus de liberdade**	**p-valor**
Qui-Quadrado	24,7677	4	0,0001
Restrição Normalizada (=0)	Valor	Erro padrão	
θ_1	0,0948	0,0217	
θ_2	-7,01e^{-05}	1,98 e^{-05}	
θ_3	-0,1063	0,0326	
θ_4	0,0066	0,0018	

Fonte: Elaboração própria.

A partir dos valores estimados para $\theta_1, \theta_2, \theta_3$ e θ_4 foram calculados os valores da elasticidade conjectural θ_j, para cada observação da amostra, conforme estabelecido pela equação (13). Com intuito de verificar o suposto poder de mercado de monopsônio e de monopólio, foram calculadas as

distorções de preço de monopólio *L* e de monopsônio *M*, utilizando, para isso, os índices de Lerner estabelecidos nas equações (4) e (5).

A Tabela 6, abaixo, apresenta os valores estimados e os erros padrões da elasticidade conjectural θ_j e dos índices de monopólio e monopsônio para período de 1996 a 2014.

Tabela 6. Elasticidade conjectural e distorções de preço de monopólio/monopsônio.

Ano	**Elasticidade Conjectural, θ_j**			***Mark-up relativo, distorção de preço de monopólio*** $L = -\theta_j/\varepsilon$			***Mark-Down relativo, distorção de preço de monopsônio*** $M=\theta_j/\eta$		
	Estimativa	Erro padrão	p-valor	Estimativa	Erro padrão	p-valor	Estimativa	Erro padrão	p-valor
1996	-0,0064	(0,021)	0,7649	-0,0197	(0,066)	0.7640	-0,0107	(0,036)	0,7683
1997	-0,0021	(0,021)	0,9201	-0,0066	(0,066)	0,9200	-0,0036	(0,036)	0,9205
1998	0,0199	(0,018)	0,2784	0,0616	(0,056)	0,2724	0,0335	(0,031)	0,2717
1999	0,0434	(0,017)	0,0106	0,1341	(0,047)	0,0045	0,0729	(0,031)	0,0172
2000	0,0803	(0,019)	0,0000	0,2482	(0,039)	0,0000	0,1349	(0,042)	0,0013
2001	0,0877	(0,020)	0,0000	0,2712	(0,037)	0,0000	0,1475	(0,046)	0,0012
2002	0,0793	(0,019)	0,0000	0,2452	(0,038)	0,0000	0,1333	(0,042)	0,0014
2003	0,0647	(0,018)	0,0003	0,2000	(0,042)	0,0000	0,1088	(0,037)	0,0032
2004	0,0916	(0,020)	0,0000	0,2831	(0,037)	0,0000	0,1539	(0,047)	0,0011
2005	0,0853	(0,020)	0,0000	0,2639	(0,037)	0,0000	0,1435	(0,045)	0,0014
2006	0,0970	(0,021)	0,0000	0,3000	(0,036)	0,0000	0,1631	(0,050)	0,0012
2007	0,1064	(0,023)	0,0000	0,3291	(0,035)	0,0000	0,1789	(0,055)	0,0011
2008	0,1074	(0,023)	0,0000	0,3320	(0,035)	0,0000	0,1805	(0,056)	0,0011
2009	0,1185	(0,025)	0,0000	0,3663	(0,035)	0,0000	0,1991	(0,061)	0,0011
2010	0,1203	(0,025)	0,0000	0,3719	(0,035)	0,0000	0,2022	(0,062)	0,0011
2011	0,1146	(0,024)	0,0000	0,3542	(0,034)	0,0000	0,1926	(0,059)	0,0012
2012	0,1239	(0,026)	0,0000	0,3830	(0,035)	0,0000	0,2082	(0,064)	0,0011
2013	0,1222	(0,025)	0,0000	0,3779	(0,035)	0,0000	0,2054	(0,063)	0,0011
2014	0,1153	(0,024)	0,0000	0,3566	(0,035)	0,0000	0,1939	(0,060)	0,0012

Fonte: Elaboração própria.

As estimativas obtidas para elasticidade conjectural θj foram iguais a

0 pelo teste de Wald, de 1996 a 1998, e significativamente maiores que zero para todo o período de 1999 a 2014. Isso sugere que entre 1996 e 1998 as empresas operavam enquanto tomadoras de preço na compra do boi gordo e na venda de carne bovina, mas a partir de 1999, passam a operar cada vez mais como fixadoras de preços (*price setters*) nesses mercados, pois observa-se um aumento pequeno e gradual da elasticidade conjectural θj nesse período.

As estimativas para os índices de distorção do preço de monopólio L e de distorção do preço de monopsônio M não foram diferentes de zero para os anos de 1996 a 1998 pelo teste de Wald, como esperado pelos resultados obtidos para θj. A partir de 1999, os valores estimados para índice L foram significativamente maiores que zero, crescendo consideravelmente até 37,2% em 2010. De 2010 até 2014, os valores estimados variaram entre 35,4% a 38,3%, mas sempre acima de 35%. Ou seja, as empresas estabeleciam preços da carne bovina 35% acima do seu custo marginal ou preço de mercado em concorrência perfeita.

Os valores estimados para o índice M, a partir de 1999, também foram significativamente maiores do que zero, mas tiveram um crescimento menor quando comparado ao índice L. Em 2014, o índice de distorção de preço do monopsônio encontrava-se em cerca de 19,4%, indicando que os frigoríficos praticavam um preço 19,4% abaixo do que seria o preço do boi gordo em um mercado em concorrência perfeita.

Devido à dificuldade de se obter dados públicos por firma sobre quantidade de abates e/ou faturamento, tanto no mercado de processamento de carne como no varejista, os indicadores de concentração de mercado utilizados neste trabalho para se contrastar com resultados estimados foram os obtidos na literatura, conforme as Tabelas 1 e 2, não abrangendo todo período das estimativas, no entanto, período obtido foi suficiente para se realizar ilações.

A Tabela 1 mostra que a participação das três maiores empresas frigoríficas do Brasil no total de abates de bovinos no Brasil, saltou de 26,4% em 2006 para 53,1% em 2014, o que comprova o processo de aumento de concentração desse setor. Já a Tabela 2, mostra que as 5 maiores empresas do mercado varejista supermercadista aumentaram sua participação de mercado de 46,4% em 1998 para 60,6% em 2013, mostrando um aumento de concentração.

Diante desses dados e dos resultados obtidos nas estimativas, pode-se inferir que o aumento nas concentrações das indústrias de processamento e varejo de carne bovina, foi acompanhado por um aumento significativo no poder de monopsônio dos frigoríficos no mercado do boi gordo e, em maior magnitude ainda, no poder de monopólio conjunto dos frigoríficos e varejistas no mercado da carne bovina vendida ao consumidor final.

5. Conclusão

O recente aumento da concentração de mercado no setor de processamento de carne, impulsionado pelos empréstimos subsidiados e financiamentos para expansão de grandes frigoríficos, somado ao aumento da concentração de mercado no setor varejista brasileiro, fizeram com que se aumentassem as suspeitas sobre a existência de possíveis comportamentos não competitivos ao longo da cadeia produtiva da carne bovina no Brasil.

O presente trabalho buscou investigar empiricamente essa possibilidade, adaptando o modelo de equações estruturais proposto por Schroeter (1988), na linha da Nova Organização Industrial Empírica, para verificar a existência de evidências de exercícios de poder de monopsônio e/ou monopólio nos dois mercados formados, respectivamente, pela interface entre os segmentos pecuarista e o de abate/processamento da carne e pela interface entre o segmento abate/processamento de carne e o consumidor final.

Utilizando séries de dados anuais para o período de 1996 a 2014, o modelo de Schroeter (1988) adaptado ao nosso estudo foi estimado pelo método de mínimo quadrado em três estágios (3SLS) e utilizado para calcular as distorções de preço de monopsônio e de preço de monopólio para no período analisado. Os resultados obtidos mostram significantes distorções de preços de monopólio e de monopsônio, as quais apresentaram uma tendência de crescimento no período, provavelmente devido ao aumento da concentração de mercado das indústrias de abate, processamento e varejo de carne.

Ressalta-se que os resultados apesar de mostrarem um aumento do exercício de poder de mercado tanto no mercado de boi gordo quanto no de carne bovina, não revelam informações sobre economias de escala e eficiência geradas pela maior concentração das firmas. Assim, é importante que trabalhos futuros também analisassem essas questões para uma avaliação dos efeitos líquidos do aumento da concentração no bem-estar da população.

6. Referências

ALVES, P.; SILVA, A. M. **Estimativa do estoque de capital das empresas industriais brasileiras.** 2008. Disponível em: < http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1476 >. Acesso em: 09 mai. 2016.

APPELBAUM, E**.** Testing price taking behavior. **Journal of Econometrics,** v. 9, p. 283-294, 1979.

_____. The Estimation of the Degree of Oligopoly Power. **Journal of Econometrics**, v. 19, p. 287-299, 1982.

ARAÚJO, V. L. A. **Cálculo da elasticidade de substituição da indústria**

brasileira e duas aplicações ao comércio internacional. 2014. 70f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

BAKER, J.; BRESNAHAN, T. Empirical methods of identifying and measuring market power. **Antitrust Law Journal**, v. 61, p. 3-16, 1992.

BLAIR, R. D.; KASERMAN, D. L.; ROMANO, R.E. A Pedagogical Treatment of Bilateral Monopoly. **Southern Economic Journal**, v.55, p. 831-841, 1989.

BRAGANÇA, G.G. F. **Poder de mercado do café brasileiro nos EUA: abordagem via demanda residual.** 2003. 44 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

CARVALHO, T.B. **Estratégias de crescimento e reestruturação da indústria de carne bovina no Brasil: o papel de políticas discricionárias**. 2016. 164f. Tese (Doutorado em Administração), Universidade de São Paulo, São Paulo, 20016.

CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM ECONOMIA APLICADA (CEPEA) – ESALQ/USP. **PIB Agro CEPEA-USP/CAN.** 2015. Disponível em: < http://www.cepea.esalq.usp.br/pib/other/PIB_Cepea_1995_2015.xlsx>. Acesso em: 09 set. 2016.

DELGADO, F.; OLIVEIRA, J. C. Análise da evolução da concentração industrial no varejo supermercadista brasileiro entre 1998 e 2013. Estudos do CEPE (UNISC), v. 42, p. 43-62, 2015.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VERGAS. **Instituto Brasileiro de Economia.** Disponível em: <http://portalibre.fgv.br>. Acesso em: 09 set. 2016.

GILES, D. E. **Flip a Coin – FIML or 3SLS ?** 2011. Disponível em: <http://davegiles.blogspot.com.br/2011/08/flip-coin-fiml-or-3sls.html>. Acesso em: 09 set. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Índice de Indústrias Extrativas e de Transformação/Pesquisa Industrial Anual.** Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Industrias_Extrativas_e_de_Transformacao/Pesquisa_Industrial_Anual/>. Acesso em: 09 set. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Pecuária Municipal 1974-2015**. 2014. Disponível em: <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/pesquisas/ppm/default.asp?o=26&i=P>. Acesso em: 09 set. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Séries Históricas e Estatísticas.** Disponível em: <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br>. Acesso em: 09 set. 2016.

INSTITUTO DE ECONOMIA AGRÍCOLA. **Indicadores de Conjuntura Agropecuária, Estado de São Paulo.** 2016. Disponível em: <http://ciagri.iea.sp.gov.br/nia1/Indicadores_conjuntura.aspx>. Acesso em: 09 set. 2016.

INSTITUTO DE ECONOMIA AGRÍCOLA. **Preços Médios Mensais no Varejo.** 2016. Disponível em: <http://ciagri.iea.sp.gov.br/nia1/precos_medios.aspx?cod_sis=4>. Acesso em: 09 set. 2016.

IPEADATA. Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/>. Acesso em: 09 set. 2016.

MARQUES, P.V. Contribuição ao estudo da organização agroindustrial: o caso da indústria de frango de corte no estado de São Paulo. **Scientia Agricola**, v.51, p. 8-16, 1994.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Cadastro Geral de Empregados e Desempregados. Disponível em: <http://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged.php>. Acesso em: 06 mai. 2016

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Relação Anual de Informações. Disponível em: <http://bi.mte.gov.br/bgcaged/rais.php>. Acesso em: 06 mai. 2016

PINATTI, E.; BINI, D. L. C. **Carne Bovina: comportamento de preços: 2010**. 2011. Disponível em: < http://www.iea.sp.gov.br/out/LerTexto.php?codTexto=12100 >. Acesso em: 09 set. 2016.

SCHROETER, J.R. Estimating the degree of market power in the beef packing industry. **The Review of Economics and Statistics**, v.70, p. 158-162, 1988.

SOUZA, C. E.; PINTO, L. B. T. Investimento direto estrangeiro e produtividade nos setores da indústria brasileira. 2015. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4128 >. Acesso em: 19 ago. 2016.

UNITED STATES DEPARTMENT OF AGRICULTURE. Foreign Agriculture Service. Disponível em: <http://apps.fas.usda.gov/psdonline/psdQuery.aspx>. Acesso em: 09 set. 2016.

URSO, F.S P. **A cadeia de carne bovina no Brasil: uma análise de poder de Mercado e teoria da informação.** 2007. Tese (Doutorado em Economia de Empresas) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007.

VARIAN, H. R. **Microeconomic analysis,** 3rd edition. New York: Norton & Company, Inc., 1992.

YOUNG, A. H.; MUSGRAVE, J. C. Estimation of capital stock in the United States. In: USHER, Dan. **The measurement of capital**. Chicago: The University of Chicago Press, 1980, p. 23-82.

ALTERNATIVAS AO USO DE DOCUMENTOS PROVENIENTES DE ACORDOS DE LENIÊNCIA NAS AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO PELA PRÁTICA DE CARTEL

Isabela Maiolino

Resumo: O presente trabalho analisa as possíveis alternativas para contornar os problemas gerados pelo compartilhamento de documentos sigilosos oriundos de Acordos de Leniência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o Poder Judiciário nas ações cíveis de reparação de danos causados por condutas anticompetitivas. No caso, se propõe que o Poder Judiciário adote métodos alternativos que não prejudiquem o Programa de Leniência para comprovar a existência do cartel, o dano por ele causado e o nexo causal, bem como calcular a extensão do dano, a fim de possibilitar uma efetiva reparação aos consumidores lesados pela prática.

Palavras-chave: acordo de leniência; compartilhamento de documentos; ação privada de reparação; dano.

Keywords: leniency agreements; document sharing; private enforcement; damages.

1. Introdução

Diante do aumento do número de investigações, condenações e celebrações de Acordos de Leniência[1] em casos de cartel pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), os legitimados para propor ações privadas de reparação de danos por cartel (entidades de defesa do consumidor, o Ministério Público e consumidores) começaram a buscar acesso ao material probatório colhido pelo Cade no âmbito das investigações, para instruírem as respectivas ações.

O trabalho foca nas ações privadas de reparação de danos, nas quais

[1] Em 2010, apenas 04 (quatro) casos de cartéis foram decididos pelo Cade. De outro lado, em 2015, foram decididos 16 (dezesseis) casos (RIBAS, 2016, p. 66), enquanto em 2016 foram julgados 31 casos envolvendo condutas anticompetitivas (CADE, 2016a).

as informações e documentos obtidos por meio dos acordos celebrados com o Cade serviriam não só para constatar a existência do ilícito e do dano por ele causado, mas também para calcular a extensão do prejuízo para fins de reparação. Essas ações, ainda insipientes no Brasil, atualmente dependem do compartilhamento de documentos com a Autoridade concorrencial, sendo essa uma das principais complicações na obtenção de evidências para fornecer análises econômicas e legais que comprovem o nexo causal entre a conduta praticada e o dano sofrido (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, 2015), evidências essas muitas vezes contidas precisamente no material confidencial sob posse do Cade.

O atual posicionamento do Cade dificulta a obtenção dos documentos que seriam utilizados para instruir as ações privadas, sendo preciso encontrar um modelo que permita a realização da instrução da ação cível com instrumentos que não impeçam a sua conclusão pelo risco da inexistência de provas aptas a comprovarem o dano e a extensão da eventual indenização.

Assim, este trabalho analisa o atual cenário referente ao compartilhamento de documentos e, como solução à atual controvérsia e problemas existentes, propõe formas alternativas para que tais medidas deixem de ser essenciais para o fomento das ações privadas de reparação de danos, a partir da sugestão de possíveis métodos de cálculo do dano nas ações privadas de reparação que não façam uso de documentos confidenciais oriundos da Leniência. Busca-se responder o seguinte problema: em razão da dificuldade de obtenção de provas nas ações privadas de reparação de danos pela prática de cartel, quais poderiam ser os métodos alternativos para instruir as ações e calcular o dano causado pelo cartel e, consequentemente, os valores de indenização[2]?

Para facilitar a instrução das ações cíveis, propõe-se que as decisões do Cade sejam consideradas prova *prima facie* da prática de cartel, bem como que tal conduta seja analisada como *per se* pelo Judiciário. Em relação ao cálculo do dano, foram identificadas três formas alternativas para calculá-lo, quais sejam: (i) uso de estudos da OCDE para calcular o sobrepreço e, consequentemente, o dano em casos de cartéis *hardcore*; (ii) utilização das alíquotas de sobrepreço apresentadas pelos estudos condutores de John Connor; e (iii) uso do método adotado no cálculo de medidas *antidumping*, tanto pela Câmara de Comércio Exterior (Camex) como pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

[2] O Código Civil prevê que a indenização deve ser calculada na medida do dano causado, de forma que os documentos sob responsabilidade do Cade seriam, em tese, necessários para realizar esse cálculo.

2. Repressão a cartéis, leniência e confidencialidade

Para combater a prática de cartel, os arts. 86 e 87 da Lei n. 12.529/11 e o Regimento Interno do Cade (Ricade) preveem, além de investigações *ex officio*, ações negociais no âmbito de casos de condutas anticompetitivas, sendo a mais importante dessas ações o Acordo de Leniência[3], haja vista ser "o principal instrumento de detecção de cartéis à disposição do Cade" (ANDRADE, 2015, p. 278).

Esse instituto permite que pessoas físicas e jurídicas envolvidas em um cartel obtenham benefícios e imunidade na esfera administrativa e criminal e/ou redução de até 1/3 da multa esperada[4], por meio da celebração do acordo, comprometendo-se, em contrapartida, a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação.

Esses documentos devem trazer informações que "permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação" (MARTINS e GRANDIS, p. 288), cuja confidencialidade permanece, em regra[5], desde a instauração do processo até a decisão definitiva proferida pelo Tribunal Administrativo, podendo essa confidencialidade e acesso restrito ser mantido mesmo após o julgamento[6].

Como se percebe, a confidencialidade é fundamental para o bom funcionamento do Programa de Leniência, pois garante que os colaboradores não passem a estar em uma situação de desvantagem em comparação aos demais representados do processo, de forma que, junto aos benefícios trazidos pelo acordo, quebra-se o sistema de incentivos existentes em um cartel.

Paralelamente aos acordos de leniência, surge a possibilidade de ajuizamento de ação civil de reparação de danos, a qual depende da

[3] Atualmente, a práxis do programa de leniência foi consolidada no guia oficial elaborado pelo órgão antitruste.

[4] Se a Autoridade não tinha conhecimento prévio da conduta, não há pagamento pelos Signatários. No entanto, se a Autoridade já conhecia a infração, mas não tinha elementos suficientes para formar o seu convencimento, o Signatário poderá receber um desconto de até 1/3 da multa esperada.

[5] É facultado aos Signatários decidirem expor ao público que celebraram leniência com o Cade.

[6] A Lei n. 12.529/11 confere tratamento confidencial aos documentos e às informações fornecidos no âmbito do acordo de leniência, nos termos do art. 86, § 9º. O Ricade também confere a confidencialidade em seu art. 241, §§ 1º e 2º, que também é explicitada em cláusulas do próprio acordo.

demonstração do ato ilícito, do prejuízo efetivamente sofrido pelo consumidor ou demais legitimados e o nexo causal entre ambos.

3. Ação privada de reparação de danos

As ações de reparação de danos cíveis em casos envolvendo cartéis estão previstas no art. 47 da Lei n. 12.529/11[7] e decorrem da obrigação de indenizar prevista no art. 927 Código Civil, haja vista que "aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Nesse tipo de ação, é preciso não só comprovar o ato ilícito (nesse caso, o cartel), mas também o dano causado e o nexo causal entre dano e conduta.

Em mais um recorte metodológico, este trabalho analisará apenas as chamadas *follow on suits*, que consistem nas demandas indenizatórias ajuizadas com algum tipo de conexão com a investigação ou decisão por parte das Autoridades (CASELTA, 2016, p. 121), haja vista o trabalho tratar, especificamente, da relação da confidencialidade e do posicionamento do Cade em relação às ações privadas de reparação.

Nas *follow on suits*, muito embora a decisão do Cade ou a existência de investigação de prática anticompetitiva não tenha caráter vinculante, ou seja, não constitui prova inequívoca da existência da prática do ilícito, a viabilização da demanda perpassa pela (i) comprovação de existência do cartel; e, para tanto, precisa de (ii) acesso ao material utilizado pelo Cade para instruir os processos administrativos, em especial os que envolvem os documentos obtidos por meio da celebração de leniência.

Conforme já mencionado, o acesso ao material utilizado pelo Cade é uma das principais complicações à obtenção de evidências para então fornecer análises econômicas e legais complexas que comprovem o nexo causal entre a conduta e o dano sofrido (OCDE, 2015).

No atual cenário, o Cade assume posição rígida no sentido de resguardar a confidencialidade desses documentos, merecendo atenção a motivação da Autoridade para esse entendimento.

[7] Art. 47: Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

3.1 Cade e o sigilo de documentos

A lei antitruste é silente no que diz respeito à divulgação dos documentos obtidos por meio da celebração de Acordos de Leniência em caso de solicitação judicial (SOUZA, 2014, pg. 434), o que acarreta o aumento da insegurança quanto ao tipo de resposta que os interessados obterão ao tentar obter acesso a esse material[8].

Diante da importância do programa de leniência, surge a importância de se manter a confidencialidade dessas informações do ponto de vista estratégico do Cade, haja vista que, graças ao compromisso de confidencialidade das informações prestadas pelos colaboradores e sucesso do programa, os acordos de leniência se tornaram peça chave nos casos de investigação de cartel.

No caso, o compartilhamento de documentos deixaria os colaboradores expostos nas ações de reparação de danos, o que pode vir a gerar a inibição de futuras colaborações. Diante do aumento da demanda de compartilhamento de documentos[9], o Cade apresentou uma minuta de resolução sobre a matéria, que foi submetida ao crivo público por meio da Consulta Pública n. 05/2016[10].

A proposta de resolução prevê as hipóteses de sigilo e a maneira pela qual as informações deveriam ser solicitadas. Contudo, mesmo após o julgamento do processo administrativo pelo Tribunal do Cade, pretende-se que o sigilo seja mantido, dentre outras hipóteses, em relação ao Histórico da

[8] O art. 44, § 2º, da Lei n. 12.529/11 dispõe que o regulamento definirá o procedimento para que uma informação seja tida como sigilosa no âmbito do Cade, hipóteses estabelecidas pelo Ricade nos arts. 91 a 95. A mesma lei também determina, em seu art. 49, que o Tribunal e a SG/Cade assegurarão o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários para elucidação dos fatos, ou, ainda, se exigido pelo interesse da sociedade.

[9] Nesse sentido, destaca-se a decisão proferida no âmbito do Recurso Especial n. 1.554.986-SP em março de 2016, na qual o Ministro Relator Marco Aurélio Belizze entendeu que não haveria óbice quanto ao compartilhamento de documentos referentes à Leniência e ao Termo de Compromisso de Cessação firmados no caso do cartel dos compressores, para que a empresa Electrolux obtivesse acesso ao material necessário para instruir a sua demanda de reparação de danos em face da Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A.

[10] Há, ainda, a exposição de motivos da necessidade de edição e homologação da futura resolução, bem como a Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/CADE, que trata da necessidade da resolução e do panorama do compartilhamento de documentos e responsabilização dos colaboradores em outras jurisdições.

Conduta (HC) e seus aditivos[11] elaborados no âmbito da negociação de Acordo de Leniência.

Percebe-se, assim, o impasse instaurado entre a instância administrativa, que apura a existência do cartel e formula acordo para obter informações sobre ilícitos concorrenciais, e o Poder Judiciário, ao apreciar ação de reparação de danos em que cabe ao autor comprovar o ilícito, o dano e o nexo causal. Isso porque a documentação produzida no acordo de leniência, protegido pela confidencialidade, contém as informações necessárias para a demanda indenizatória.

Assim, continua existindo a controvérsia do compartilhamento de documentos para: (i) comprovar o ilícito, (ii) o dano e (iii) o nexo causal; e, consequentemente, calcular a medida de indenização e da manutenção da confidencialidade, o que mantém as atuais barreiras a esse tipo de ação.

No que se refere a comprovação do ilícito, destaca-se a mudança legislativa proposta pelo Cade, que trata do uso da decisão condenatória do Tribunal como título executivo extrajudicial e prova *prima facie* da existência da conduta e do dano, a fim de facilitar o ajuizamento das ações civis. Dessa forma, as partes lesadas que porventura tiverem interesse em ajuizar ações, precisariam provar somente a extensão do dano e do nexo causal.

Nesse sentido, destaca-se que diversos países já adotam esse modelo, como o Reino Unido, Alemanha, Holanda, Austrália e Canadá. Além disso, a Diretiva sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais do Parlamento Europeu prevê que "as decisões finais de uma Autoridade da União Europeia têm efeituo vinculante quanto a existência de violação da concorrência" (TAVARES, 2013, p. 04). Ou seja, o Brasil seguiria o que já é adotado no cenário internacional de defesa da concorrência, implementando uma mudança que fomentaria a proposição de ações de reparação.

Sobre essa proposição, o Cade explicou também que "em que pese tal proposta, ações autônomas continuariam a ser ajuizadas concomitantemente à investigação do Cade, independentemente do Inquérito ou Processo Administrativo, nos termos do próprio caput do art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011." (CADE, 2016f).

No entanto, mesmo com essa mudança, permanece a controvérsia do

[11] De acordo com o Guia – Programa de Leniência Antitruste do Cade, "O Histórico da Conduta é um documento elaborado pela Superintendência-Geral do Cade que contém a descrição detalhada da conduta anticompetitiva, conforme entendimento da SG/Cade, com base nas informações e nos documentos apresentados pelo proponente do Acordo de Leniência (vide perguntas 46 e 47, supra). Trata-se de documento elaborado e assinado pela SG/Cade, o qual não é assinado pelo proponente do Acordo de Leniência ou por seus advogados". (CADE, 2016d)

compartilhamento de documentos para comprovar o nexo causal entre o ilícito (cartel) e o suposto dano causado e o cálculo da medida de indenização, persistindo, assim, obstáculos à ação privada.

Nesse contexto, seguem algumas sugestões para a solução do impasse instaurado através da comprovação do dano e do nexo causal.

4. Cenários e opções

Conforme visto, é fundamental encontrar a adequada medida entre a proteção dos documentos e as informações oriundos de Acordos de Leniência, a fim de manter a atratividade do Programa e o fomento ao ajuizamento das ações de reparação de danos no Brasil (CADE, 2016e).

Em relação ao dano, o art. 944 do Código Civil prevê que a indenização deve ser calculada na medida em que este foi causado, de forma que os documentos são, em tese, necessários para realizar esse cálculo. No entanto, sendo a prática de cartel compreendida, ao menos pela atual jurisprudência do Cade[12], como uma conduta *per se*[13] - ou seja, ilícita por sua simples prática haja vista sempre causar prejuízos aos consumidores e à concorrência, defende-se aqui que o debate que ocorre na ação deveria ser justamente sobre extensão do dano causado e não se a conduta causou ou não dano.

Assim, entende-se que o Poder Judiciário deve adotar o mesmo entendimento quanto a classificação *per se* da prática de cartel, ou seja, considerar uma conduta ilícita pelo seu objeto já que a prática de cartel teria, invariavelmente, causado dano. Esse entendimento também está previsto na Diretiva da União Europeia sobre a matéria (2014), pois para tal normativo, há "uma presunção ilidível que a violação das regras da concorrência causou dano" (TAVARES, 2013, p. 04). Com esse reconhecimento e com o uso da decisão do Cade como prova *prima facie* da existência da conduta, dois requisitos da ação privada seriam facilitados.

Quanto ao cálculo da indenização, que é apontado como o maior obstáculo à reparação (CASELTA, 2016, p. 144), Caselta constatou que no Brasil não há jurisprudência sobre a metodologia mais adequada. No entanto, o autor ressaltou que nos Estados Unidos e na Europa, não é exigido um alto grau

[12] Votos proferidos no âmbito do julgamento dos Processos Administrativos n. 08012.002127/2002-14, 08012.004702/2004-77 e 08012.004472/2000-12.

[13] O cartel é considerado como conduta per se, haja vista que a prova da existência de prática de cartel é suficiente para caracterizar o ilícito, que invariavelmente gera efeitos líquidos negativos sobre a concorrência (SCHUARTZ, 2002, p. 119).

de precisão, de forma que a extensão do dano deve ser calculado por meio de estimativas.

Nesse aspecto, duas constatações podem ser feitas: a) que ao realizar o cálculo da indenização na fase de liquidação de sentença, deve-se buscar o valor aproximado e não exato do montante a ser indenizado; e b) se for necessário, é preciso que exista um método que permita o uso de critérios objetivos a serem replicados em casos futuros para calcular a indenização.

Dessa forma, sugere-se a adoção, pelo Poder Judiciário, da estimativa de dano. A presente pesquisa usou como fonte outras fórmulas de cálculo que já estivessem presentes no ordenamento jurídico brasileiro e as soluções encontradas até o momento ao longo da pesquisa identificaram algumas possibilidades para calcular a indenização: (i) estudos da OCDE; (ii) alíquota adotada por Connor; (iii) cálculo de medida *antidumping*. Para facilitar a explicação das propostas, os itens (i) e (ii) serão analisadas conjuntamente, pois se enquadram na constatação b).

4.1 Alíquotas em cartéis hardcore

Pelos estudos conduzidos pela OCDE, sabe-se que o sobrepreço causado pelos cartéis *hardcore*[14] pode chegar ao patamar de 20% (OCDE, 2002, p. 07), sendo esse, inclusive, um dos critérios utilizado pelo Tribunal Administrativo do Cade na dosimetria e cálculo da multa a ser aplicada, bem como pela Superintendência Geral do Cade para determinar o montante da contribuição pecuniária a ser paga no âmbito do Termo de Compromisso de Cessação[15].

[14] De acordo com Luiz Fernando Schuartz, cartel hardcore é aquele que envolve práticas concertadas como acordos para fixar preços de venda, dividir mercado em função de critérios geográficos, restrição de quantidades produzidas e ofertadas, entre outras, mas que não podem ser caracterizadas como secundárias ou colaterais, consistindo na mais alta violação do direito da concorrência, considerados como ilícitos per se. (2002, p. 119-120).

[15] De acordo com o Guia – Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, "(...) em casos de cartel clássico (ou cartel 'hard core'), a referência inicial adotada pelo Cade na negociação do TCC é a aplicação de uma alíquota de 15% sobre a base de cálculo considerada, em consonância com as condenações mais recentes do Tribunal para esse tipo de conduta" (CADE, 2016e, p. 27). A depender, porém, de certas atenuantes ou agravantes, além de outros fatores que levem em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, isonomia e dos critérios previstos no art. 45 da Lei n. 12.529/2011, essa alíquota poderá ser reduzida até o mínimo considerado adequado para dissuasão da conduta, em regra de 12%, ou elevada até o máximo previsto na lei, de 20%.

Por sua vez, Connor, que conduziu diversas pesquisas a partir de 2004, revelou naquele ano que o sobrepreço causado por cartéis atinge uma média de 25%. Já em pesquisa conduzida com Lande (2008), concluiu-se que a média de sobrepreço é estimada entre 31% a 49%. E, analisando dados adicionais (2010), concluiu que cartéis bem-sucedidos podem alcançar sobrepreço de 50,4%. Por outro lado, estudo conduzido por Boyer e Sotchoni (2015), fazendo uso do arcabouço teórico e empírico estabelecido por Connor, concluíram que a média do sobrepreço alcança a marca estimada de 15,47% e 16,01%.

Haja vista os estudos conduzidos por Connor, Lande, Boyer e Sotchoni terem alcançado patamares diferentes de sobrepreço causado por cartéis e tendo em vista que os patamares dos estudos da OCDE são reconhecidos por diversos países e autoridades concorrenciais – inclusive o Cade, bem como pela doutrina internacional, entende-se que o Judiciário deve dar preferência aos patamares reconhecidos pela referida organização.

Um primeiro exemplo do uso de uma do índice da OCDE seria o sobrepreço cobrado em um produto em razão da existência de um cartel. Se o titular da ação cível comprou um determinado número de uma categoria de produtos cujo preço foi objeto de um acordo anticompetitivo, caso fosse utilizada a proporção dos estudos da OCDE, a presunção seria de que o sobrepreço foi de 15% a 20% do valor desse produto, sendo essa a porcentagem a ser usada no cálculo do dano que deve ser ressarcido.

Com isso, seria possível contornar os problemas existentes através do respeito à confidencialidade e não afetar a produção de provas ou a efetividade das ações cíveis de reparação de danos. Destaca-se, ainda, que essa proposta mantém a atual estrutura de incentivos dos Programas de Leniência.

Este método, no entanto, tem limitações. No caso, a pesquisa reconhece que existe a possibilidade que o cálculo de sobrepreço de 15% a 20% não possa ser feito em casos de cartel nos quais não houve, necessariamente, acordo relacionados aos preços que seriam praticados ou uniformizados entre os concorrentes.

Diante das restrições apresentadas, também é interessante ter em mente a metodologia utilizada na esfera administrativa para o cálculo das *medidas antidumping*.

4.2 Paralelismo com o cálculo das medidas antidumping

Além das opções acima, em casos nos quais não é proporcional ou possível utilizar uma estimativa percentual do dano causado e indenização devida, é possível que o Judiciário faça uso dos métodos adotados no âmbito

da defesa comercial, *know how* já estabelecido na metodologia de cálculo dos direitos *antidumping*, tanto pela Camex, quanto pela OMC, organismos responsáveis pelas aplicações dessas medidas[16], para tratar da subsunção dessa metodologia ao cálculo do dano nas ações privadas de reparação.

Nos termos do artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio de 1947 (GATT), inserido no ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 1.335/94, considera-se *dumping* a introdução de um produto em um país com um valor abaixo do normal, fixado no país de origem. Por sua vez, as medidas ou direitos *antidumping* resumem-se na "imposição de direitos aduaneiros sobre produtos de empresas que discriminam mercados" que "se materializam na cobrança de valores adicionais no momento da importação do produto" (BARRAL e BROGINI, 2007, p. 34).

As medidas *antidumping* são aplicadas por meio do cálculo da diferença entre o preço considerado um valor normal do produto similar em operações comerciais normais e o valor do produto que teve a prática de *dumping*.

De acordos com o art. 8º do Decreto n. 8.058/13, "[c]onsidera-se 'valor normal' o preço do produto similar, em operações comerciais normais, destinado ao consumo no mercado interno do país exportador". Já o produto similar, nos termos do art. 9º da mesma norma, é "o produto idêntico, igual sob todos os aspectos ao produto objeto da investigação ou, na sua ausência, outro produto que, embora não exatamente igual sob todos os aspectos, apresente características muito próximas às do produto objeto da investigação".

No caso, similar às ações de reparação de danos, a simples prática do ilícito – aqui, *dumping* – não é suficiente para que sejam aplicadas as medidas. No caso, nesse tipo de ação também é necessário, além da comprovação da prática de *dumping*, a do dano sofrido pela indústria doméstica e o nexo causal entre o dano e a prática.

Assim, seria um possível uso do método de cálculo do preço de um produto similar àquele que foi cartelizado, de forma que o dano poderia ser calculado por meio da diferença entre o valor do produto cartelizado e o valor normal do produto similar, o que também evitaria a necessidade de quebra de confidencialidade dos documentos do Acordo de Leniência.

Essa sugestão surge da adaptação da prática da Suprema Corte Alemã,

[16] No Brasil, compõe o sistema de defesa comercial a Secretaria de Comércio Exterior (Secex), por meio do Departamento de Defesa Comercial (Decom) e da Câmara de Comércio Exterior (Camex). De acordo com os arts. 5º e 6º do Decreto n. 8.058/13, compete à Decex iniciar e encerrar a investigação, enquanto o Decom conduz a investigação no âmbito de processo administrativo. Por sua vez, a Camex deve aplicar os direitos antidumping com base no parecer final elaborado pelo Decom.

pois a adoção de um mecanismo mais próximo do sistema alemão seria equiparado justamente àquele usado para apurar a prática de *dumping*.

No caso, a referida corte calcula o preço de um produto cartelizado com o preço do mesmo produto em um mercado relevante no qual o cartel não ocorreu, recorrendo ao conceito de mercado comparativo, o que permite que as ações de reparação de danos não utilizem os documentos oriundos da leniência (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 23). Nesta jurisdição, a investigação da prática de preços superiores a preços de exportação no país exportador é realizada em países em que não há livre concorrência, caso no qual se recorre comparativamente a mercados livres em que o produto é comercializado (FERRAZ JÚNIOR, 2017, p. 27).

Tendo em vista que a Alemanha é uma das jurisdições em que os tribunais mais têm limitado a divulgação de documentos oriundos de acordos de leniência (CADE, 2016d), essa solução conseguiria ultrapassar a atual controvérsia, já que salvaguarda o sigilo de documentos provenientes de acordos e, ao mesmo tempo, atende a pretensão de busca de uma indenização, já que não é exigida uma certeza rigorosa na quantificação do dano, mas tão somente uma consideração aproximada e média (FERRAZ JÚNIOR, 2013, 27).

Assim como o primeiro método sugerido, reconhece-se que esta forma de cálculo tem problemas: uma vara comum não tem o *know how* da Camex, de forma que é preciso saber se o judiciário consegue fazer esse trabalho especializado; ainda, é preciso analisar como seria feita a avaliação dos produtos similares de outras jurisdições e se isso acarretaria em uma demora para a conclusão da ação de indenização – o que também é um problema.

Ainda assim, com todas as críticas e problemas, entende-se ser melhor trabalhar no aprimoramento do cálculo do que alterar o sistema de incentivos do programa de leniência.Com os exemplos mencionados, a confidencialidade seria respeitada e a produção de provas e a efetividade das ações cíveis de reparação de danos não seriam afetadas. Destaca-se, ainda, que esses métodos manteriam a atual estrutura de incentivos do programa de Leniência.

4.3 Sugestões para o Poder Judiciário

Após a apresentação das alternativas voltadas para o cálculo do dano, vislumbra-se para o Poder Judiciário a adoção de outras medidas que ampliariam a proteção na esfera civil.

A título de sugestão, é possível que o Judiciário, ao invés de impedir as ações de reparação de danos, conceda um determinado desconto no valor final da indenização a ser paga pelas empresas que ressarciram os consumidores

de forma efetiva e voluntária.

Da mesma forma que as ações negociais trouxeram inegáveis benefícios e aumento de eficiência na atuação do Cade, é possível a adoção de mecanismos de negociação para que, similar ao Reino Unido, exista um mecanismo de reparação voluntária para facilitar o ressarcimento de danos concorrenciais (naquela jurisdição denominado "*voluntary redress scheme*"), que pode fomentar as ações privadas.

Trata-se de um plano de reparação de danos civis que dispensa os consumidores lesados de acionar o Judiciário, de modo que o participante do cartel que colaborar no âmbito da mediação terá reduzido o valor da multa imposta como forma de retribuir a parte disposta a indenizar os consumidores lesados (CADE, 2016e.).

Como o Signatário da leniência é o primeiro a reportar a conduta à autoridade concorrencial, dessa forma haveria um incentivo para este colaborador ser, de igual forma, o primeiro a propor um acordo na esfera cível. Nesse sentido, seria interessante existir a previsão de recebimento de benefícios referentes a diminuição do valor final a ser pago a título de ressarcimento de danos.

Na Alemanha, por exemplo, esses acordos são considerados "como um 'bônus' no cálculo da multa administrativa final (desconto de 15%)" (2016e). No caso, esses acordos objetivam amortecer os custos do litígio no Judiciário e a assimetria de informações enfrentada pelos consumidores afetados, bem como a favorecer o beneficiário da leniência também no Judiciário, mas somente na medida de sua cooperação (CADE, 2016e). O mesmo poderia ser aplicado no Brasil com as devidas adaptações ao sistema jurídico nacional.

5. Conclusão

O trabalho apresentou o combate a cartéis por meio de instrumentos negociais, notadamente o Acordo de Leniência, apresentando aspectos básicos do programa com o devido destaque para confidencialidade do acordo e das provas trazidas ao Cade pelos colaboradores.

Além disso, tratou das ações privadas de reparação de danos pela prática de cartel e como, nos moldes da atual legislação, os legitimados para propor tais ações precisam ter acesso aos documentos aos quais o Cade tem posse, muitas vezes obtidos por meio da celebração de Acordo de Leniência. Tais documentos serviriam para provar (i) a existência do ilícito; (ii) o dano causado; e (iii) o nexo causal.

Tendo em vista que, a fim de resguardar a confidencialidade de tais

informações e proteger o contínuo sucesso do Programa de Leniência, a Autoridade se posiciona de maneira que tais informações continuem com acesso restrito, o trabalho apresenta algumas propostas para solucionar e transpor as barreiras ao efetivo *enforcement* privado.

Em relação a (i) existência do ilícito, nos mesmos moldes sugeridos pelo Cade, propõe-se que as decisões do Cade sejam consideradas prova *prima facie* da prática de cartel. No que se refere ao (ii) dano causado, entende-se que o Judiciário deva reconhecer que o cartel é um ilícito *per se*, não sendo necessário comprovar o dano por ele causado aos consumidores (nexo causal), já que a sua prática leva, invariavelmente, à prejuízos aos consumidores e à concorrência.

Contudo, a principal contribuição deste artigo consiste na proposta de cálculo da indenização e extensão do dano. Haja vista não existir jurisprudência consolidada sobre a matéria, sugere-se que o Poder Judiciário adote os seguintes métodos para obter os valores aproximados: (a) alíquota de 15% a 20%, nos termos dos estudos da OCDE e/ou alíquotas previstas em estudos de John Connor, com a ressalva que deve ser dada preferência às alíquotas dos estudos da OCDE; ou (b) cálculo análogo ao usado no âmbito de medidas *antidumping*, através da identificação de um produto similar em um mercado não cartelizado.

Por fim, ainda é possível que o Poder Judiciário estabeleça mecanismos de negociação para facilitar a reparação voluntária dos danos causados, podendo ser adotado, inclusive, um sistema de descontos progressivos aos primeiros interessados em proceder com a reparação efetiva e voluntária.

6. Referências

ANDRADE, Diogo Thomson de. A Lei 12.529/11 e o combate a cartéis no Brasil: avanços e perspectivas. *In* CARVALHO, Vinícius M (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p. 271-286.

BARRAL, Welber. BROGINI, Gilvan. **Manual Prático de Defesa Comercial**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

BOYER, Marcel; KOTCHONI, Rachidi. ***How much do cartel overcharge?*** 2015. Disponível em: http://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2015/cartel_overcharges.pdf

BRANDENBURGUER, Adam. ***Cooperative game theory: characteristic functions, allocations, marginal contribution*.** 01 abril. 2007. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/8499/0a1e168debdd5fade5b6af2dfa022e521d

9f.pdf. Último acesso em 03 de julho de 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balanço 2016.** Janeiro/2017**.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-balanco-de-suas-atividades-em-2016/apresentacao-balanco-2016.pdf>. (CADE, 2016a)

_____. **Consulta Pública n. 05/2016.** Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?2fRihewEob7Xqr4fBmvrV7i-xnNe4zriqzhQUXtG1BlDxTue0Wf4VyP_pNdrTBbz2QNdk1nr5mC8L5ZgT80FIw>. (CADE, 2016b)

_____. **Exposição de motivos da Consulta pública n. 05/2016**. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg>. (CADE, 2016c)

_____. **Guia - Programa de leniência antitruste do Cade.** Maio/2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. (CADE, 2016d)

_____. **Guia – Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel.** Maio/2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17. (CADE, 2016e)

_____. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE.** Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg>. (CADE, 2016f)

_____. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **A determinação de dumping no processo de defesa comercial.** Bárbara Medrado Dias Silveira, et al; (orgs.). Departamento de Defesa Comercial – Brasília: MDIC/SECEX/DECOM, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.554.986 – SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Terceira Turma. 08/03/2016, DJe 05/04/2016.

CAIXETA, Débora. **O cartel, o dano e a responsabilidade civil: ação civil pública como mecanismo de execução privada do direito concorrencial.** Brasília, 2012.

CARVALHO, Lívia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil**

Concorrencial: a Busca pela Efetiva Reparação de Danos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>. Último acesso em 12 de janeiro de 2017.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel.** São Paulo: Singular, 2016.

CONNOR, John M.. ***Price-fixing overcharges: legal and economic evidence,*** American Antitrust Institute Working Paper n. 04-05, 2005. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1103516 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1103516

CONNOR John M.; LANDE, Robert H.. ***Cartel Overcharges and Optimal Cartel fines*.** Issues in Competition Law and Policy, S.W. Waller (ed.). Volume 3, AMA Section of Antitrust Law, 2008, capítulo 88, p. 2203-2218.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O Interesse Público no Antidumping**. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

GALVANI, Marina Sampaio. **A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial.** *In* Ideias em Competição – 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Editora Singular, 2015. P. 457–477.

International Competition Network. ***Chapter 2 – Drafting and implementing an effective leniency policy.*** *In Anti-cartel enforcement manual*. Abril de 2014. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>. Último acesso em 20 de janeiro de 2017.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira.** *In* Revista de Defesa da Concorrência, p. 11-31. Novembro 2013, Vol. 1, n. 2. Disponível em: <file:///C:/Users/a/Downloads/75-415-3-PB.pdf>. Último acesso em 25 de janeiro de 2017.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil.** Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/a/Downloads/Bruno_Oliveira_Maggi_Dissertacao_O_cartel_e_seus_efeitos_no.pdf>.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. GRANDIS, Rodrigo de. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. *In* CARVALHO, Vinícius M (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência.** São Paulo: Singular, 2015. 287-304.

Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento – OCDE.

Relationship between public and private antitruste enforcement. 15 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En>. Último acesso em 22 de janeiro de 2017.

Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento – OCDE. **Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws.** 09 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf >.

Organização Mundial do Comércio – OMC. **General Agreement on Tariffs and Trade 1994.** Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_01_e.htm. Último acesso em 04 de abril de 2017.

RIBAS, Guilherme Corvo Favaro. **Processo administrativo de Investigação de cartel**. São Paulo: Singular, 2016.

SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. **Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro: um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do Direito Europeu.** *In* Ideias em Competição – 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015. P. 433–455.

TAVARES, Mariana Conceição. **A proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação das regras de concorrência na União Europeia**. *In* Revista de Direito da Concorrência, p. 32-44. Novembro de 2013, Vol. 1, n. 2.

União Europeia. **DIRETIVA 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO,** de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE.

CONTANDO CARTÉIS: MUITOS ACORDOS E QUANTAS CONDUTAS?

João Victor Freitas Ferreira

Resumo: Este trabalho se propõe a uma breve digressão sobre enfrentada pela autoridade antitruste para distinguir entre uma ou mais infrações da ordem econômica em contextos de colusão endêmica. Apresenta o problema circunstanciado e as dificuldades práticas dele decorrentes, tais como a garantia de proporcionalidade das sanções impostas e os desafios para a efetividade do programa de leniência e de acordos de cessação de conduta. Aborda como a doutrina e a jurisprudência estrangeira endereçam questão semelhante ao analisar o problema das múltiplas conspirações. Ressalta que a experiência estrangeira tem aplicação limitada ao contexto brasileiro, pontuando as especificidades da legislação pátria. Sugere medidas de natureza jurídica e política para o enfrentamento da questão, focando na flexibilidade da atuação da autoridade ao conduzir investigações e impor sanções.

Palavras-chave: Cartel, responsabilização administrativa, colusão endêmica, individualização de condutas; proibição de *bis in idem*.

Keywords: Cartel, administrative liability, endemic collusion, individualization of punishment, *ne bis in idem*.

1. Contando cartéis: uma experiência contraintuitiva

Cartéis são acordos secretos entre concorrentes por meio dos quais esses fixam preços e dividem mercados, alocando entre si clientes e ou regiões (SALOMÃO FILHO, 2003). Por essa razão, são considerados a mais grave infração à ordem econômica, sendo classificados como um ato ilícito por seu objeto – não havendo espaço para discussão dos efeitos líquidos gerados pela conduta praticada. Foram assim eleitos como uma prioridade por distintas autoridades de defesa da concorrência no mundo em razão dos efeitos deletérios por eles provocados (ARAUJO E CHEDE, 2012). No Brasil, cartéis são reprimidos por normas criminais, cíveis e administrativas, responsabilizando pessoas físicas (apenas estas em âmbito criminal) e jurídicas pelos atos pelos atos de colusão praticados (MARTINEZ, 2013).

JEPHCOTT e LUBBIG (2003) apontam que há características que tornam determinados mercados mais propensos à colusão, tais como a oferta de produtos homogêneos ou de baixa diferenciação, interação frequente entre concorrentes em contextos lícitos e significativo grau de transparência sobre informações concorrencialmente relevantes.

Tais definições dogmáticas são acompanhadas por um sentimento quase intuitivo de que cartéis funcionam como outras organizações criminais, com uma hierarquia de decisões, códigos e procedimentos peculiares que conferem uma identidade única a um conluio. É nesse espírito que se noticia, por exemplo, a existência do cartel d[o] cimento[1], d[o] metrô[2], d[as] britas[3], d[as] vitaminas[4], dentre tantos outros. A realidade, no entanto, insiste em ser mais desafiadora.

Algumas dessas indústrias, em razão de determinadas características enfrentam sofrem com a colusão de forma mais aguda, com múltiplas frentes de interações entre concorrentes, sendo algumas delas problemáticas do ponto de vista da legislação antitruste.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2016) reconhece essa propensão classificando determinados mercados como de "colusão endêmica". Tais mercados, por serem foco de múltiplos episódios da atuação concertada entre competidores, deveriam assim receber esforços adicionais das autoridades na implementação da política antitruste[5][6].

---

[1] Nesse sentido: https://jornalggn.com.br/noticia/as-acoes-contra-o-cartel-do-cimento. Acesso em 12.12.2017.

[2] Nesse sentido: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/cartel-do-metro-mpf-denuncia-9-pessoas-por-lavagem-de-dinheiro. Acesso em 12.12.2017.

[3] Nesse sentido: https://oglobo.globo.com/economia/cade-faz-acordo-com-empresas-condenadas-no-cartel-das-britas-3054800. Acesso em 12.12.2017.

[4] Nesse sentido: http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL20898-9356,00.html. Acesso em 12.12.2017.

[5] A OCDE exemplifica como indústrias propensas à colusão endêmica: químicos, serviços de construção, licitações públicas, cimento e concreto, e alimentos: http://www.oecd.org/competition/globalforum/competition-industries-endemic-collusion.htm. Acesso em 12.12.2017.

[6] Importante ressaltar que, para além das características apontadas acima que levariam alguns mercados à maior propensão à colusão, outros fatores podem também interferir na recorrência de conluios em determinadas indústrias (ou na percepção que se têm dela), tais como: a interação entre características próprias de determinado agente econômico e o ambiente competitivo de determinado mercado; maior tolerância cultural à formação de acordos em determinadas indústrias; incentivos à colusão que superam os riscos decorrentes da atuação das autoridades concorrenciais; etc. (OCDE, 2015). De mais a mais, a atuação das autoridades concorrenciais, que podem priorizar

No entanto, a simples eleição de mercados suscetíveis à "colusão endêmica" a um maior escrutínio pelas autoridades não é suficiente para garantir a adequada solução do problema. Isso porque, nessas indústrias, o contexto de múltiplas e constantes interações entre concorrentes[7] impõe um desafio à necessidade de individualização de condutas, correndo-se o risco imprecisões e distorções na decisão de investigar e punir condutas.

Essa questão ganha cores ainda mais especiais quando se considera que as autoridades concorrenciais não tomam conhecimento ao mesmo tempo de todos os atos potencialmente ilícitos praticados em determinada indústria. Dessa forma, decisões importantes para instrução e julgamento das investigações podem negligenciar aspectos importantes da dinâmica anticompetitiva havida.

Dentre tais decisões estão, por exemplo, assinatura de acordos de leniência, abertura de novas investigações ou aporte de novas evidências a investigações em curso, imposição de novas penalidades, etc. Essas decisões tomam por base perguntas elementares como "*este é um novo cartel ou novos fatos de um cartel já detectado?*", "*estes fatos constituem continuidade de uma conduta anterior ou uma nova conduta?*", *"há, neste caso, dois cartéis correndo em paralelo ou um único cartel com múltiplos focos de atuação?*". Tais perguntas, embora pareçam simples, são de difícil resposta em indústrias em que os concorrentes estão habitualmente entrelaçados em uma teia de relações anticompetitivas.

Nesse sentido, este trabalho se propõe a uma breve digressão sobre o desafio enfrentado pela autoridade antitruste ao tentar individualizar condutas referentes a infrações da ordem econômica em contextos de colusão endêmica. Na Seção 2, apresenta-se o problema circunstanciado as dificuldades práticas dele decorrentes, passando-se a uma análise sumária da experiência de autoridades estrangeiras no enfrentamento da questão na Seção 3. Na Seção 4, exploram-se as possibilidades de a legislação vigente oferecer respostas que possam endereçar a questão. A Conclusão segue.

2. O problema de múltiplos conluios na atuação repressiva do Cade em casos de cartel

A Lei 12.529/2011, que tipifica o cartel como conduta punível em

determinados setores ao destinar seus esforços investigativos, opera também um papel importante da percepção da recorrência dos ilícitos concorrenciais em determinado setor.

[7] Tais interações podem variar de reuniões em que nada se decide a acordos exitosos sobre preço e/ou participação de mercado.

âmbito administrativo, dá poucas pistas sobre como distinguir entre uma ou mais infrações da ordem econômica ocorridas em mercados relacionados. Com efeito, o artigo 36, §3º, I, da referida lei, genericamente associado à prática de cartéis, limita-se a definir como ilícito o acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes que recaiam sobre algum dos objetos das alíneas do mesmo dispositivo[8].

Na medida em que cartéis tendem a protrair-se no tempo, é esperado que, durante a sua existência, diferentes combinações e acordos sejam alcançados, resultando em distintos atos de manipulação ou ajuste entre concorrentes. Quando esses episódios estão adstritos a um mesmo produto ou serviço em escopo geográfico definido e personagens relativamente estáveis, há uma tendência de que as autoridades considerem esses fatos concatenados como parte de uma única conduta anticompetitiva e promovam a persecução e sanção dos investigados nesses termos. Os diferentes episódios desse esquema, em vez de serem vistos como múltiplos cartéis, são vistos como atos que se sucedem na "evolução" do acordo anticompetitivo.

Por outro lado, em indústrias em que há uma diversidade de produtos ou serviços ofertados, variação do escopo geográfico e oscilação dos personagens envolvidos, a tarefa de identificar quais episódios constituem cartéis autônomos e quais são parte do mesmo acordo anticompetitivo ganha contornos mais complexos.

2.1. Imposição proporcional de sanções e vedação do bis in idem

A primeira implicação prática do desafio de quantificar condutas puníveis é a própria imposição de sanções. Enquanto expressão do direito administrativo sancionador, o direito antitruste também é limitado pelo princípio da vedação de dupla punição ("*ne bis in idem*") (OSÓRIO, 2009).

[8] In verbis: 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;

Assim, ao punir uma pessoa física ou jurídica com base em duas acusações de cartel distintas quando, na verdade, houve apenas uma infração, a autoridade antitruste atuaria em desacordo com o referido princípio.

Ainda que nem todos os processos abertos resultem em sanções, a mera existência de múltiplas investigações para uma infração única pode significar um complicador para o exercício do direito de defesa.

Os esforços necessários para praticar atos processuais que objetivem atestar a improcedência das acusações em múltiplos procedimentos são certamente maiores do que aqueles necessários para enfrentar uma única acusação. Mesmo que se saia de uma lógica puramente adversarial e se busque a composição por meio da celebração de acordos, também serão necessários múltiplos esforços de negociação e, ao fim, a capacidade financeira individual é uma limitação global à possibilidade de se alcançar um acordo em todas as negociações[9].

2.2. Implicações para o programa de leniência

Outro aspecto impactado pela definição de se há uma ou mais condutas em jogo é o programa de leniência da autoridade antitruste. Nos moldes do artigo 86, §1º, da Lei 12.529/2011, a celebração de acordo de leniência só está disponível para a primeira empresa que se qualifique com relação à infração noticiada ou sob investigação (ATHAYDE e GRANDIS, 2015).

Ora, a avaliação de se determinado proponente de acordo de leniência é ou não o primeiro a se apresentar às autoridades depende justamente da análise da extensão da infração noticiada. Se uma determinada empresa se propõe a celebrar um acordo de leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade sobre a infração X e uma segunda se apresenta como candidata ao acordo de leniência sobre a infração Y, cabe à autoridade se há ou não sobreposição entre as condutas. Se Y for parte integrante de X, a leniência não estará disponível. Se não, poderão ser iniciadas as negociações com a segunda empresa.

Ocorre que a colaboração para celebração de acordos de leniência é, em grande medida, uma reconstrução artificial da verdade real, sendo, por vezes, impossível ao proponente saber, com exatidão, todos os contornos da conduta anticompetitiva a ser narrada[10]. Dificuldade ou impossibilidade de

[9] Em âmbito administrativo, acordos de leniência e compromissos e de cessação nos termos dos artigos 85 a 87 da Lei 12.529/2011.

[10] Esse exercício é, em regra, precedido por investigações internas por parte das pessoas jurídicas proponentes do acordo de leniência. A natureza de "melhores esforços" de

acessar documentos, participação limitada na conduta, comprometimento da memória dos empregados ou ex-empregados, ou mesmo ausência de colaboração por parte de alguns de seus prepostos são fatores que podem comprometer a possibilidade de o beneficiário da leniência reconstruir a narrativa do cartel em sua íntegra.

Os episódios cuja reconstrução não foi possível ao primeiro candidato à leniência podem ser justamente aqueles que deporiam a favor da unicidade de condutas, dificultando a avaliação de eventual sobreposição pela autoridade.

A situação pode ganhar contornos ainda mais desafiadores levando-se em consideração a existência do programa de leniência *plus* (art. 86, §7º e 8º da Lei 12.529/2011). Os investigados não signatários do primeiro acordo de leniência firmado têm incentivos para identificar novas condutas e reportá-las à autoridade a fim de obter descontos maiores ao negociar acordos.

A existência de tal programa, na verdade, pode ser responsável pela reação em cadeia de celebração de múltiplos acordos de leniência relacionados a um mesmo mercado. Se os fatos adicionais identificados pelo candidato a signatário da leniência *plus* forem considerados como parte da primeira infração noticiada, os referidos benefícios legais não estarão disponíveis. Por outro lado, se os fatos constituírem nova infração, será possível obtê-los.

Dessa forma, há incentivos para que aqueles que não signatários do primeiro acordo de leniência considerem fatos adicionais como novas infrações. Por outro lado, para os signatários do primeiro acordo, há incentivos para que os fatos sejam considerados mera extensão da infração já noticiada – e sujeitos, portanto, à proteção já conquistada.

Esses interesses distintos podem resultar em algum viés da narrativa – em um sentido ou em outro – tornando a tarefa ainda mais complexa.

3. Quantificação de conluios: fundamentos teóricos e experiências em outras jurisdições

Na experiência internacional, o desafio de quantificar casos de cartel guarda algum paralelismo com a controvérsia "*single versus multiple conspiracies*"[11], que reflete, a grosso modo, a tentativa das autoridades julgadoras de identificar quando se está diante de um ou vários crimes de

investigações internas é descrita pela American Bar Association (2013) em estudo sobre o tema.

[11] Esse problema é também descrito em estudo de 1957 publicado na Columbia Law Review em que tal dilema é associado com o número crescente de acusações por conspiracy e o incremento nas atividades do crime organizado.

conspiracy[12]. Por também ser um crime plurissubjetivo (ou de concurso necessário), o tratamento jurídico conferido ao cartel pode ter, como ponto de partida, a análise da referida questão em outras jurisdições.

Nos EUA, a questão está longe de ser pacificada e recebeu tratamento flutuante em diversos precedentes exarados aos longos dos anos. THEIS (1996) faz um apanhado de decisões da Suprema Corte dos EUA e de outros tribunais estadunidenses acerca da questão, destacando as inconsistências na jurisprudência até aquele momento.

Dentre os precedentes destacados no estudo, merece atenção o caso "*United States v. Korfant*" (1985), em que o réu foi acusado de participação em múltiplos cartéis ocorridos em diferentes locais do país.

Ao analisar a alegação de *bis in idem* suscitada pela defesa, o *Second Circuit* identificou oito critérios por meio dos quais seria possível distinguir casos de conspiracy: (1) sucessivos indiciamentos para condutas delituosas; (2) sobreposição de participantes; (3) sobreposição temporal; (4) semelhança de *modus operandi*; (5) existência de atos comuns comprovados; (6) o espaço geográfico em que as supostas conspirações ou atos comprovados ocorreram; (7) objetivos comuns, e (8) grau de interdependência entre as supostas distintas conspirações[13].

Ao analisar a decisão do *Second Circuit*, THEIS (1996) afirma que as diferenças apontadas como critério da decisão focam nas semelhanças entre as acusações sem reconhecer que esse tipo de análise não tem base legal substantiva. O autor também entende que faz pouco sentido analisar a sobreposição de condutas com base na fixação de parâmetros que não têm ligação com os elementos do tipo (no caso, acordo entre co-partícipes). Destaca, por fim, que a participação do mesmo agente em repetidos crimes de mesma natureza indica uma grande probabilidade de que os atos praticados façam parte de uma mesma *conspiracy*[14].

---

[12] Em razão das características do Sistema federativo estadunidense, a definição de "conspiracy" varia de acordo com a lei estadual. Há em comum a noção de que "conspiracy" equivale a um acordo entre partícipes objetivando a prática deliberada de atos ilícitos (KATYAL, 2003).

[13] Tradução livre do original em inglês: "(1) the criminal offenses charged in successive indictments; (2) the overlap of participants; (3) the overlap of time; (4) similarity of operation; (5) the existence of common overt acts; (6) the geographic scope of the alleged conspiracies or location where overt acts occurred; (7) common objectives; and (8) the degree of interdependence between alleged distinct conspiracies".

[14] THEIS (1996) aponta também que a decisão judicial não faz uma análise de como esses fatores se relacionam entre si e como isso leva à análise geral feita sobre as condutas.

COHEN (1974), ao descrever o problema, aponta que a decisão por uma ou mais acusações de *conspiracy* é feita em um estágio muito preliminar da investigação, de modo que o resultado final da instrução pode levar a uma conclusão distinta (existência de um único crime em vez de vários, ou vice-versa).

CHEREMINSKY (2009) também aponta para a falta de coerência das decisões judicias nos Estados Unidos no que diz respeito à dificuldade de se estabelecer uma ou múltiplas acusações em um contexto de sucessivos atos delitivos, destacando os impactos dessa decisão para proporcionalidade da punição dos envolvidos e sobre os incentivos para a celebração de acordos.

Inconsistência jurisprudencial é também uma das constatações feitas por GROBERMAN (1982) ao analisar as decisões do Judiciário canadense quando confrontado com o dilema de uma ou múltiplas acusações de *conspiracy*.

GROBERMAN (1982) e COHEN (1974) apontam que, para as autoridades acusatórias, a tarefa de juntar ou separar diferentes acordos não é trivial. A existência de múltiplos objetivos em um conluio, a dificuldade de acesso a prova direta dos acordos entabulados são alguns dos complicadores dessa tarefa.

GROBERMAN (1982) aponta outros fatores da estruturação de conluios que acrescem níveis de complexidade à solução do problema: (i) a existência de um esquema em roda ("*wheel*"), em que apenas um participante se conecta aos demais, não havendo, entre esses, conexão direta ou necessária, (ii) a presença de diferentes fases ou etapas de uma empreitada criminosa, com possível entrada e saída de participantes e alteração dos objetivos, (iii) a divisão de tarefas em cadeia em uma empreitada criminosa e (iv) a formação de esquemas piramidais, em que há formação de uma hierarquia entre os integrantes do acordo.

É possível identificar, na literatura estrangeira, pelo menos três abordagens para endereçar a questão: (a) análise da natureza da empreitada, (b) análise da totalidade das circunstâncias e (c) juízo baseado na culpabilidade[15].

Pela primeira, a individualização da conduta seria feita própria natureza do acordo. Ao responder a pergunta "com quem e a que cada indivíduo concordou?", o órgão julgador será capaz de individualizar a conduta do réu, atribuindo resposta proporcional ao ilícito cometido por cada indivíduo

[15] A escolha dessa nomenclatura se baseia no quanto proposto por GROBERMAN (1982) e não implica afirmar que as demais análises extrapolam ou desrespeitam um juízo de culpabilidade na imposição de sanções.

(GALVIN e VENOKOUR, 1975)[16].

Na segunda, faz-se a análise conjunta de diversos fatores para se chegar a juízo de unicidade ou multiplicidade de condutas. Nota publicada na Minesotta Law Review (1981) aponta sete critérios que podem ser utilizados para realização dessa tarefa: (i) número de atos comprovados em comum, (ii) sobreposição de participantes da conduta, (iii) lapso temporal em que os fatos ocorreram, (iv) similaridade de *modus operandi*, (v) locais em que ocorreram as supostas práticas, (vi) a existência de um objetivo comum aos diferentes acordos e (vii) o grau de interdependência necessário para que a empreitada como um todo fosse bem sucedida[17][18]. Já na terceira abordagem, do juízo baseado na culpabilidade, a responsabilização de cada partícipe se daria em relação àquilo com que este comprovadamente concordou e para cuja implementação concorreu diretamente (GROBERMAN, 1982).

Embora as abordagens acima referidas busquem evitar a violação das garantias fundamentais dos acusados, imputando-lhe acusações na extensão de sua participação e objetivem evitar super ou sub-punição, nenhum dos critérios propostos é à prova de falhas; contextos fáticos mais complexos podem levar a resultados inconsistentes.

Conquanto a comparação com a experiência internacional seja um referencial válido para se vislumbrar soluções para a questão, a importação dessas abordagens pode gerar distorções e falsos problemas para a dogmática brasileira. Na seção seguinte, será feita uma análise de quais parâmetros a legislação brasileira pode oferecer para solucionar a questão, recorrendo-se, em grande medida, à dogmática penal pelo paralelismo que a persecução criminal guarda com o direito administrativo sancionador.

---

[16] Os autores destacam que, muitas vezes, o julgador contorna a necessidade de responder essa questão como se o julgamento fosse do esquema criminoso em si e não das diferentes pessoas nele envolvidas que, nesse sentido, deverão ser punidas na extensão de sua culpabilidade.

[17] Tradução livre do original em inglês: "(i) the number of alleged overt acts in common; (ii) the overlap in personnel; (iii) the period during which the alleged acts took place; (iv) the similarity in the methods of operation; (v) the locations in which the alleged acts took place; (vi) the extent to which purported conspiracies have a common objective; and (vii) the degree of interdependence needed for the overall operation to succeed".

[18] A decisão do caso United States v. Korfant segue a mesma linha de análise combinada de distintos critérios.

4. Contando cartéis no Brasil

4.1. Três tipos de cartéis

Seguindo parâmetros da dogmática penal, é possível identificar duas categorias com que crimes podem ser praticadas em relação ao seu tempo de execução: instantâneos (com ou sem efeitos permanentes) ou permanentes. No mais, ainda que não seja, no âmbito penal, parte dessa taxinomia, a ideia de crime continuado constitui uma terceira espécie para os fins pretendidos neste trabalho conforme demonstrado a seguir.

Instantâneos são os crimes cuja consumação é imediata, podendo seus efeitos se estender no tempo (caso em que são instantâneos de efeitos permanentes), sem que a ação se renove. Permanentes, por sua vez, são aqueles em que há continuidade temporal da conduta, havendo uma turbação perene do bem jurídico tutelado (GOMES e MOLINA, 2009).

O crime continuado (ou continuidade delitiva), a seu turno, não é propriamente uma modalidade de crime na classificação quanto ao tempo, mas uma ficção jurídica[19] estabelecida pelo legislador brasileiro para efeitos de aplicação da pena[20]. Embora vários crimes tenham sido cometidos, aplica-se a pena como se só um tivesse ocorrido, sendo aplicada uma causa de aumento em razão da continuidade delitiva (GOMES e MOLINA, 2009). Nos termos do artigo 71 do Código Penal, há crime continuado quando "*o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro*".

Ao se analisar de que forma cartéis podem ser se estender no tempo, vislumbra-se que, dependendo do caso, a conduta pode se amoldar em qualquer uma das categorias.

---

[19] GOMES e MOLINA (2009) destacam que, no Brasil, prevalece a teoria da ficção jurídica, em oposição à teoria da unidade real (efetivamente todos os crimes formariam um só) e à teoria mista (forma-se um terceiro crime).

[20] Nesse sentido, vide a Exposição de Motivos nº 211, de 09.05.1983 referente à reforma da parte geral do Código Penal: "O critério da teoria puramente objetiva não se revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinqüente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais."

Um cartel pode ser instantâneo quando concorrentes prontamente alcançam e materializam um acordo entre si, sem que haja necessidade de que as tratativas sejam retomadas ou renovadas no decorrer do tempo[21]. Pode ser permanente quando o acordo alcançado exige renovação contínua dos atos anticompetitivos[22]. E, por fim, pode-se estar diante de um cartel continuado quando o conluio entre concorrentes é composto por sucessivos acordos e combinações que se sucedem ao longo do tempo[23].

E qual seria, em âmbito administrativo, a consequência de um cartel ser caracterizado como instantâneo, permanente ou continuado? A Lei 12.529/2011 menciona em apenas uma passagem a existência de infrações permanentes ou continuadas:

> Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, **no caso de infração permanente ou continuada**, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito[24] (sem grifos no original).

A menção específica a infrações permanentes e continuadas, ao contrário de negar, reforça a existência de infrações mais simples, do tipo instantâneas.

Subjaz à formulação do artigo 46 a noção de que atos ilícitos que tenham a forma de condutas permanentes ou continuadas devem ser havidos como uma conduta única. Tanto é, que a própria lei atribui-lhes um único marco

[21] Imagine-se, por exemplo, que no dia da entrega das propostas de uma licitação, o concorrente A oferece a seu concorrente B a possibilidade de subcontratação no projeto licitado, exigindo, para isso, a supressão da proposta de A que seria entregue naquele dia. Ao deixar de entregar a proposta mediante combinação com concorrente, tem-se um cartel de consumação instantânea – ainda que seus efeitos, a contratação de B para o projeto, tenham caráter permanente.

[22] Imagine-se, por exemplo, que A e B, vendedores de um mesmo produto X, decidem entre si alocar os clientes C, D, E, F e G, ficando os dois primeiros com aquele e os dois últimos com este. Considerando que o fornecimento do produto X é contratado de forma reiterada, enquanto perdura o "respeito" pelo acordado e nem A nem B ofertam produtos aos clientes alocados ao outro concorrente, há um cartel permanente em curso.

[23] Imagine-se, por exemplo, que A e B, vendedores de um mesmo produto X, reúnem-se repetidamente para discutir aumentos de preços e divisão de clientes, oscilando na consecução de acordos, com constante renegociação de condições.

[24] Neste ponto, a disciplina antitruste abre divergência com o tratamento criminal em que, embora punidos como um só, os crimes cometidos em continuidade delitiva têm contagem autônoma da prescrição.

prescricional, tratando-lhes, portanto, como uma unidade jurídica[25].

A lógica do artigo 46 significa que, malgrado um sem-número de acordos, combinações, ajustes ou manipulações possam ter sido levados a cabo entre concorrentes, se entre eles houver um vínculo de permanência (i.e. perenidade) ou continuidade (i.e. reiteração), tais atos devem ser vistos como uma única infração à ordem econômica.

Isso, no entanto, é diferente do que se enfrenta no desafio da análise de "*multiple conspiracies*" nas jurdisdições anglo-saxãs. Senão, vejamos.

Ao tentar quantificar as condutas delituosas de um complexo conjunto fático, as autoridades estrangeiras precisam analisar se os diferentes atos objeto de investigação constituem um ou mais conluios – i.e. uma ou mais empreitada criminosa, ao passo que, no Brasil, diferentes conluios que entre si guardem uma relação de permanência ou continuidade deveriam ser tratados como infração única.

Explica-se: para que diferentes atos constituam partes de uma mesma infração, não seria necessário provar que os fatos investigados são parte de uma mesma empreitada criminosa, e sim que entre eles há vínculo de permanência ou continuidade.

A permanência não possui definição legal e pode ser compreendida como uma turbação perene da ordem econômica nos moldes já descritos acima. Para identificação de uma relação de continuidade entre diferentes conluios, é necessário recorrer à definição do artigo 71 do Código Penal, podendo-se dizer que ela está presente quando se verificarem os elementos ali descritos.

Do referido conceito do artigo 71 do Código Penal é possível extrair pelo menos três elementos:

Multiplicidade de atos praticados: para que haja continuidade, é preciso que o agente tenha praticado uma pluralidade de ações. Transportando-se essa lógica para o contexto dos cartéis, a multiplicidade consistiria, em por exemplo, realizar diferentes acordos para fixação de preços, divisão de mercado ou coordenação de atividades.

a) Mesma espécie dos atos praticados: além da diversidade de ações, a continuidade dependeria de as infrações praticadas fossem do mesmo tipo. Não podem ser havidos como interagentes de uma continuidade infracional atos de espécie diferentes, como, por exemplo, exigência de exclusividade praticada unilateralmente por um agente econômico em

[25] Com relação aos ilícitos continuados, a solução adotada pelo legislador administrativo é diferente da escolhida pelo legislador criminal, tendo em vista que neste âmbito os efeitos da definição de crime continuado alcançam tão somente a pena ser imposta.

publicidades em meios de comunicação de massa (art. 36, §3º, VI, da Lei 12.529/2011) e um acordo entre concorrentes para dividir entre si determinado mercado (art. 36, §3º, I, c, da Lei 12.529/2011), salvo se um for utilizado para consecução do outro, caso em que pode haver consunção (e não continuidade).

b) Semelhança de circunstâncias: paralelismo de condições de tempo, lugar, maneira de execução ou outras circunstâncias das condutas praticadas são elementos que indicariam que, de fato, está-se diante de uma continuidade.

Mesmo à luz dos critérios do artigo 71, a tarefa de unir ou separar condutas para processamento e julgamento permanece complexa, especialmente no que diz respeito ao terceiro elemento: semelhanças de circunstâncias entre os ilícitos praticados. Isso porque a interpretação desses critérios tem grau significativo de subjetividade.

Em âmbito criminal, a identificação do crime continuado também não é trivial. A construção sobre que grau de semelhança entre as circunstâncias autorizam o tratamento dos fatos como crime continuado dividem os tribunais e, circunstâncias extraprocessuais, como a gravidade dos fatos, clamor pela responsabilização dos envolvidos ou mesmo razões de política criminal podem ter alguma influência sobre a análise de continuidade delitivas.

Por outro lado, há uma grande assimetria entre o volume e a frequência com que crimes violentos, contra o patrimônio ou pequenas fraudes são levados a julgamento quando comparados aos crimes econômicos. Tal circunstância limita a aplicabilidade dos parâmetros já alcançados para identificação de crimes continuado em âmbito criminal para a atividade administrativa em matéria de defesa da concorrência.

Cite-se, por exemplo, a fixação de período de trinta dias como lapso temporal máximo para que dois atos criminosos sejam considerados continuidade delitiva[26]. Se a fixação de tal período já seria questionável para

[26] Vide, por exemplo, as decisões do Superior Tribunal de Justiça nos seguintes casos: AgRg no AREsp 468460/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 28/05/2014; HC 239397/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 15/04/2014; RHC 38675/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 02/04/2014; HC 168638/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 01/03/2013; RHC 24125/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 01/02/2012; AREsp 346230/SE (decisão monocrática), Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, julgado em 11/06/2014, DJe 16/06/2014; EDcl no AREsp

crimes de execução menos complexa como furto, roubo e afins, tão mais inviável é sua aplicação a delitos cuja execução depende de uma multiplicidade de ações mais complexa, como é o caso dos crimes econômicos. Especialmente no que diz respeito aos cartéis, a renovação de tratativas entre concorrentes é motivada pelas oscilações ou variações do ambiente concorrencial, as quais podem ocorrer em intervalo de tempo muito superior aos trinta dias fixados pela jurisprudência.

4.2. Flexibilidade da política antitruste em ambientes de colusão endêmica

Tendo em vista que a separação ou união de casos depende, entre outros aspectos, da atividade interpretativa na reconstrução da narrativa do(s) cartel(éis) e que imprecisões podem ocorrer nessa atividade, sugerem-se algumas medidas que podem ser tomadas pela autoridade antitruste com o fito de corrigir inconsistências geradas por essa dificuldade:

a) Prudência na negociação de acordos de leniência:

Considerando que nem todas as informações estão disponíveis ao candidato a signatário da leniência quando este solicita o início das negociações com o Cade, cabe à autoridade evitar, tanto quanto possível, a sobreposição entre negociações.

Permitir ao primeiro que se propõe a negociar o acordo de leniência avançar em sua colaboração apresentando, de forma livre, os resultados de sua investigação permitirá à autoridade entender a extensão da conduta narrada, antecipando possíveis conflitos com outros pedidos de negociação.

Tal postura implica reconhecer a atuação em um contexto de colusão endêmica em que, em certa medida, há um funcionamento patológico da indústria que leva um dado conjunto de concorrentes a replicar comportamentos colusivos em muitos – se não todos – os seus ambientes de interação. Apenas com a percepção do contexto geral em que sua intervenção ocorre é que será possível à autoridade avaliar os vínculos e as relações de permanência e continuidade entre os diferentes episódios expostos pela investigação.

b) Flexibilidade na negociação de acordos:

Da mesma forma, ao negociar compromissos de cessação em suas investigações, a autoridade deve estar sensível às relações existentes entre as diferentes investigações em curso, permitindo a adoção de critérios de negociação que internalizem a noção de colusão endêmica do ambiente

441816/MG (decisão monocrática), Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, julgado em 20/05/2014, DJe 22/05/2014; REsp 1110726/RS (decisão monocrática), Rel. Ministra MARILZA MAYNARD, julgado em 20/05/2014, DJe 19/12/2013.

concorrencial.

Concretamente, isso quer dizer perceber a assimetria de papéis ocupados pelos participantes na(s) conduta(s) e compreender que seu ímpeto de solucionar as contingências pela via da negociação depende de um esforço global de cooperação e de uma capacidade financeira única para fazer frente aos compromissos derivados da cooperação.

c) Poder *de revisão pelo Tribunal:*

Quando levados a julgamento casos em que, durante a instrução, optou-se pela segmentação de casos envolvendo mercados relacionados, cabe ao Tribunal Administrativo avaliar se o conjunto probatório colacionado confirma a existência de diversas condutas ou se, ao contrário, indica que os fatos investigados em processos distintos são, na verdade, uma conduta única.

Se as provas reunidas ao fim da instrução levarem à conclusão de que se trata de uma única infração da ordem econômica em vez de várias, como formulado na acusação, cabe ao Tribunal Administrativo reconhecer a infração continuada, aplicando-lhe sanção proporcional com base na variação da alíquota aplicável, nos termos do artigo 45, I e V, da Lei 12.529/2011.

Mesmo após a prolação de uma decisão, é possível ao Tribunal, diante de novas evidências surgidas no curso das investigações pendentes de julgamento, constatar que os fatos investigados constituem na verdade conduta única. Nesse caso, impõe-se o reconhecimento da unificação das sanções aplicadas, recorrendo-se, por analogia, à disposição do artigo 82 do Código de Processo Penal - CPP.

5. Considerações finais

Conquanto a individualização de casos de cartel não seja tarefa trivial e a opção por uma ou múltiplas acusações tenha sério impacto no exercício do direito de defesa e na utilidade das investigações, é preciso que a autoridade antitruste esteja, nos moldes descritos acima, sensível a situações em que um ambiente de colusão endêmica acomete determinadas indústrias, possibilitando a punição proporcional dos envolvidos e o estímulo à cooperação com as investigações.

As medidas sugeridas acima, longe de encerrar o debate, têm por objetivo promover a discussão sobre o assunto. Especialmente porque, em muitos casos, as razões de decidir da autoridade antitruste – como da aceitação ou não de um acordo de leniência com determinados contornos – não são públicas.

A atividade de repressão a cartéis, quando comparada a outras frentes

de persecução estatal, é bastante recente. Mais recente ainda é a possibilidade de descortinar contextos de colusão endêmica resultando em múltiplos acordos em um mesmo ramo de atividade econômica. A evolução da política de defesa da concorrência é, nesse aspecto, algo em construção e, nesse sentido, não ocorrerá sem alguma turbulência.

6. Referências

ATHAYDE, Amanda e GRANDIS, Rodrigo de. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. In: CARVALHO, Vinícius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

COHEN, R. Benjamin, The Single versus Multiple Conspiracy Problem, 2 Crim. Just. Q. 111, 122 (1974)

DUFFY, Jan D. Best practices in internal investigations: 2013 Edition. Disponível em : <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor_law/Transatlantic%20conferences/2013/whistleblowing_duffy.authcheckdam.pdf>. Acesso em 05 ago 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States v. Korfant. Disponível em: <https://www.ravellaw.com/opinions/1643aae15124d8d8f22d21267bb7f1e6>. Acesso em 05 ago 2017.

GALVIN, Harriett; VENOKOUR, Sherri, Resolution of the Multiple Conspiracies Issue Via a Nature of the Enterprise Analysis: The Resurrection of Agreement, 42 Brook. L. Rev. 243, 308 (1975)

GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio García-Plabos de. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

GROBERMAN, Harvey, Multiple Conspiracies Problem in Canada, The, 40 U. Toronto Fac. L. Rev. 1, 34 (1982).

JEPHCOT, Mark e LÜBBIG, Thomas. Law of cartels. Bristol: Jordans, 2003.

KATYAL, Neal Kumar, Conspiracy Theory. Yale Law Journal, Vol. 112, June 2003. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=346500>. Acesso em 02 set 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience. In: *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, pp. 1-8.

_____. *Repressão a carteis: interface entre direito administrativo e penal.* São Paulo: Singular, 2013.

MNCUBE, Libery. Why are some industries prone to endemic collusion?

Disponível em: <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/Why-some-industries-seem-prone-to-endemic-collusion.pdf>. Acesso em 10 set 2017.

Nota, "Federal Treatment of Multiple Conspiracies." *Columbia Law Review*, vol. 57, no. 3, 1957, pp. 387–405. *JSTOR*, Disponível em: <www.jstor.org/stable/1119616>. Acesso em 15 set 2017.

OCDE. Serial offenders: a discussion on why some industries seem prone to endemic collusion. 05 out 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)13/FINAL&doclanguage=en>. Acesso em 10 ago 2017.

Single vs. Multiple Criminal Conspiracies: A Uniform Method of Inquiry for Due Process and Double Jeopardy Purposes, 65 Minn. L. Rev. 295, 318 (1981)

THEIS, William H. The double jeopardy defense and multiple prosecutions for conspiracy. 1996. Disponível em: <http://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2473&context=smulr>. Acesso em 05 jul 2017.

ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE MONITORAMENTO DE REMÉDIOS ANTITRUSTE NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Levi Borges de Oliveira Veríssimo

Resumo: O presente trabalho visa investigar na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") a efetividade da utilização do procedimento arbitral como forma de monitoramento de remédios antitruste aplicados pela autarquia. Para tanto, foram analisados todos os precedentes do Cade que aplicaram a cláusula arbitral como meio de monitoramento de Acordo em Controle de Concentrações ao longo do período de vigência da Lei nº 12.529/2011. A metodologia de análise incluiu ainda a revisão de pareceres da Unidade de Cumprimento de Decisões do Cade para avaliar as repercussões e aplicações do instituto da arbitragem na prática. O estudo mapeou a crescente aplicação do instrumento como meio de monitoramento das medidas restritivas e revela que a prática permite uma maior maleabilidade da autoridade antitruste na definição dos remédios.

Palavras-chave: Direito Concorrencial; Arbitragem; Atos de Concentração; Remédios antitruste.

Keywords: Competition Law; Arbitration; Mergers; Antitrust Remedies.

1. Introdução

A utilização da arbitragem privada no âmbito de questões concorrenciais é ainda um cenário pouco explorado tanto na teoria quanto na prática antitruste brasileira. Nada obstante, tem sido crescente – embora ainda embrionária - a aplicação deste instituto no contexto de acordos firmados entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") e as empresas em atos de concentração econômica.

Naturalmente, ao falarmos em utilização de meios privados de resolução de conflitos para casos na seara antitruste, a questão da competência surge como um tema central. Nesse sentido, cumpre esclarecer desde logo que

esta discussão não será objeto da presente análise[1], em que pese a pertinência da discussão acerca da aplicabilidade da arbitragem ao contexto concorrencial em geral ou apenas às controvérsias de ordem privada. Desse modo, o presente artigo possui como foco investigar a teoria e a prática da utilização da arbitragem como remédio em controle de concentrações.

Considerando-se que não apenas o Cade, mas autoridades de defesa da concorrência em todo mundo utilizam da arbitragem como meio de monitoramento de cumprimento de acordo em controle de concentrações[2], partiremos da premissa de que essa abordagem específica já superou o debate relativo à competência. Com fundamento na experiência internacional consolidada, bem como nas recentes práticas do Cade, podemos deduzir que a arbitragem é meio aplicável para monitoramento de cumprimento de acordos em controle de concentração.

Em 2011, a OCDE (p.13) apontou que cláusulas de arbitragem têm sido utilizadas por autoridades de defesa da concorrência como meio de aliviar os custos de monitoramento da implementação de remédios. Nesses casos, as partes devem submeter eventuais controvérsias relacionadas à implementação das restrições concorrenciais à arbitragem. O documento aponta também que utilização deste tipo de cláusula é especialmente útil em casos que afetem terceiros, como medidas que envolvem acesso à infraestrutura ou instalações pertencentes à empresa resultante da operação, pois desonera a autoridade antitruste da competência de trazer um terceiro para se manifestar nos autos e avaliar suas alegações.

Nesse contexto, o presente estudo busca investigar (i) quais os diferentes papeis da arbitragem como meio de monitoramento no controle de concentrações, e (ii) em que medida a utilização da arbitragem pode ser considerada meio efetivo de monitoramento e garantia de cumprimento de acordos nesse âmbito. Para tanto, após breve análise do conceito de remédio antitruste e de sua aplicação, analisaremos a experiência do Cade com a aplicação do instituto, comparativamente a casos semelhantes na jurisprudência internacional, de modo a reunirmos as intenções e conclusões das próprias autoridades em relação ao objeto do estudo.

O recorte temporal considera o período de vigência da Lei 12.529/2011, de modo a viabilizar uma análise detalhada e condizente com a

[1] Especificamente sobre a questão da competência da arbitragem em matéria antitruste, vide Landolt, Phillip, Modernised EC Competition Law in International Arbitration, Klumer Law International, 2006.

[2] Analisaremos ao longo desse artigo especificamente a experiência do Cade, embora não desconsideremos os precedentes internacionais relevantes. Para explicação detalhada da metodologia empregada, vide item 3.1 abaixo.

posição contemporânea do Cade nesses casos. Ao final da análise, o presente estudo pretende mapear elementos que avaliem a efetividade da implementação da arbitragem como meio de monitoramento de medidas restritivas em ACs, bem como visa ainda a estimular a discussão acerca das motivações para escolha e efetividade econômica dos remédios comportamentais e estruturais na prática antitruste.

2. Noções sobre controle de concentração e função do procedimento arbitral

2.1. Competência do Cade e monitoramento de medidas restritivas

A Lei 12.529/2011 ("Lei de Defesa da Concorrência") estabelece em seus artigos 88 e 90 a competência do Cade para apreciar atos de concentração econômica ("AC") que preencham os requisitos estabelecidos na norma. Cumpre lembrar que a previsão já existia em legislação anterior (Lei nº 8.884/1994), embora houvesse outros requisitos a serem observados.

Conforme aponta o Guia do Cade para Análise de Atos de Concentração Horizontal, nos casos em que os benefícios econômicos da operação não superarem os prejuízos aos mercados afetados pela operação, o Cade poderá aprovar o AC com restrições, que podem ser aplicadas de forma unilateral ou por meio de um acordo com as partes, desde que comprovado que a imposição das restrições/remédios será suficiente para restabelecer o bem-estar dos consumidores e a eficiência econômica.

Para fins deste estudo, denomina-se "remédio antitruste" (ou "medidas restritivas") as medidas da autoridade de defesa da concorrência que visam a mitigar os efeitos anticompetitivos esperados de um ato de concentração econômica (CABRAL, 2016, p. 02). Os remédios são classificados quanto ao seu objeto em comportamental, quando se destinam a regular o comportamento (estratégia de preços, de *marketing*, entre outros) do agente econômico-alvo ou estrutural, quando objetivam alcançar a estrutura econômica (patrimônio, ativos, marcas) do agente econômico.

Nesse sentido, a Conselheira Ana Frazão ressaltou no âmbito do julgamento do Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12[3] que os "*remédios estruturais alteram a organização das empresas, suprimindo ou reduzindo os incentivos para eventuais condutas anticompetitivas*". Por outro lado, remédios comportamentais seriam recomendáveis nas situações nas quais,

[3] (Requerentes: Kroton Educacional S/A e Anhanguera Educacional Participações S/A).

diante de "*consideráveis eficiências decorrentes da operação, a melhor solução é aprová-la, impondo restrições à conduta da empresa, de forma a evitar práticas anticompetitivas*".

Uma frequente dificuldade enfrentada pelas autoridades antitruste diz respeito ao meio de monitoramento do cumprimento das obrigações firmadas como remédio a uma determinada operação. Na experiência do Cade, comumente o monitoramento tem se limitado à análise formal de relatórios apresentados pelas Requerentes. Este quadro se dá por diversos motivos, dentre eles a própria estrutura diminuta da autoridade antitruste brasileira ante a complexidade estrutural dos mercados que deve investigar/monitorar. Conforme lembra Patrícia Cabral (2014, p. 75), não raro o modo de monitoramento dos remédios antitruste é deixado de lado nas decisões do Cade, especialmente em casos de restrição unilateral.

Este quadro de dificuldade de monitoramento acaba limitando as possibilidades de imposição ou negociação de remédios, de modo que as autoridades optam frequentemente pelas medidas mais tradicionais, como a venda de uma unidade do negócio ou de um pacote de ativos, em detrimento a outras medidas alternativas[4]. Dentro da estrutura do Cade, na forma da Lei 12.529/2011, cabe à Superintendência-Geral monitorar o cumprimento de suas decisões, função esta que foi delegada à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade ("PFE-Cade"), que a exerce por meio da "Unidade de Cumprimento de Decisões" ("UCD").

Conforme veremos adiante, o Cade não costuma monitorar[5] a efetividade econômica das medidas impostas, o que de certa forma mitiga o *enfocerment* de suas decisões e torna a imposição de restrições comportamentais alternativa menos viável tanto do ponto de vista Cade quanto para os agentes econômicos. Por meio da análise dos casos concretos, perceberemos que a viabilidade do monitoramento é fator importante na escolha dos remédios, de modo que investigaremos como a arbitragem é implementada nesse contexto. Nesse sentido, a OCDE (2011, p. 24) observou que a necessidade de monitoramento para aplicação remédios comportamentais torna tais medidas de difícil implementação, de modo que medidas estruturais

[4] Segundo Cabral (2014, p., 78), em casos em que optou pela aplicação de remédios estruturais entre 1994 e 2013, o CADE determinou a venda de uma unidade ou pacote de ativos em 61% casos.

[5] O termo "monitoramento" é utilizado, portanto, tanto do ponto de vista de cumprimento em sentido estrito das obrigações assumidas/impostas aos agentes no âmbito da decisão do Cade, bem como no sentido de avaliação da efetividade da medida em relação aos efeitos anticoncorrenciais que a autoridade antitruste objetivou mitigar por meio da escolha das medidas restritivas.

são geralmente mais utilizadas.

2.2 Função da arbitragem no monitoramento de restrições competitivas

Partiremos da premissa, ao longo da presente análise, de que é competência exclusiva do Cade apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, conforme previsão da Lei 12.529/2011 (art. 9º, X), inclusive firmar acordos em controle de concentração ("ACC"), de modo que não cabe às câmaras de arbitragem exercerem tais competências mesmo que sob anuência de seus arbitrados. Desse modo, a função da arbitragem no contexto do presente artigo pode ser exercida de duas maneiras: (i) consultiva ou (ii) decisória.

Nesse contexto, por meio do exercício da função consultiva, as câmaras de arbitragem possuem a competência de opinar ou atestar o cumprimento ou descumprimento de determinado remédio antitruste. Por sua vez, no exercício da função decisória, a câmara de arbitragem poderia subordinar a empresa resultante do ato de concentração às suas decisões relativas à implementação do remédio antitruste definido pelo Cade.

A utilização deste instituto no âmbito do controle de concentrações tem encontrado precedentes na jurisprudência internacional e aos poucos esta prática é introduzida também na experiência do Cade, de modo que investigaremos em que medida esta prática tem sido eficaz no exercício dessas funções no âmbito da implementação de restrições às concentrações econômicas.

Importante ressaltar, como veremos adiante, que os precedentes de aplicação de cláusulas arbitrais são encontrados apenas em acordo com as empresas, de modo que eventual imposição unilateral desse tipo de cláusula ainda é tema controverso e debatido pela doutrina. Nesse sentido, Carmona (2009, p. 36) ensina que "a escolha do meio alternativo de solução de controvérsias é sempre voluntária, ou facultativa, eis que não existe no Brasil a arbitragem obrigatória".

3. Precedentes do Cade

3.1. Breve nota metodológica

Para assegurar a análise de todos os precedentes do Cade que tivessem aplicado a cláusula arbitral como meio de monitoramento ao longo do presente estudo, foram analisados no Sistema Eletrônico de Informações ("SEI") todos os precedentes do Cade aprovados com restrição no período compreendido

entre 30/05/2012 (data de entrada em vigor da Lei 12.529/2011) e 15/08/2017 (data final da realização da pesquisa empírica).

Para obtenção da lista de casos, foram consideradas as informações disponíveis nos relatórios de gestão anual do Cade nos anos de 2012 a 2016, bem como o sistema "Cade em números[6]" para o ano de 2017. Não foram considerados casos em que o procedimento arbitral desempenhou outro papel no âmbito do ato de concentração que não o de elemento de monitoramento de remédios concorrenciais. Ilustrativamente, casos em que a notificação da operação se deu em razão de determinação por sentença arbitral estrangeira não foram analisados.

Dessa forma, analisou-se um total de 121 precedentes[7] aprovados com restrições nesse período, para que chegássemos ao número total de 05 casos[8] em que a arbitragem foi utilizada como meio de resolução de conflitos relativos ao ACC. Importante observar que dentre os casos aprovados com restrições, 53 restrições (44% dos casos) eram relativas apenas a ajustes na cláusula de não concorrência, de modo que não há que se falar em monitoramento.

Por fim, para comentários acerca da efetividade das medidas de monitoramento aplicadas, em cada caso foram consideradas as informações disponibilizadas nas versões públicas dos pareceres jurídicos da PFE-Cade sobre o cumprimento das cláusulas dos respectivos acordos em concentração.

3.2. AC ICL/Fosbrasil (2014)[9]

O caso da dissolução da *joint venture* Fosbrasil, à época detida pelas empresas ICL Brasil e Vale Fertilizantes, marca a primeira experiência do Cade na utilização de arbitragem como meio de monitoramento de restrições impostas no âmbito do controle de concentrações (nesse caso, uma desconcentração). A Superintendência-Geral opinou pela impugnação do caso, que afetava o mercado nacional de ácido fosfórico, por entender que a concretização da operação conferiria à ICL a capacidade de discriminar o

[6] Disponível em: http://cadenumeros.cade.gov.br.

[7] 2012: 39 casos; 2013: 47 casos; 2014: 20 casos; 2015: 7 casos; 2016: 5 casos; 2017: 3 casos (até agosto).

[8] São eles: Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47 (Requerentes: ICL e Fosbrasil); Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65 (Requerentes: Rumo e ALL); AC nº 08700.005937/2016-61 (Requerentes: Dow e Dupont); AC nº 08700.004211/2016-10 (Requerentes: Latam, Iberia e British Airways); e AC nº 08700.004860/2016-11 (Requerentes: BM&F Bovespa e Cetip).

[9] Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47.

fornecimento de ácido fosfórico de grau alimentício ("PPA"), que é utilizado em vários segmentos industriais, no mercado nacional.

Em razão dos problemas concorrenciais descritos pela relatora do caso, Conselheira Ana Frazão, bem como da necessidade de instrução complementar relativa aos efeitos da operação, as requerentes propuseram um ACC com vistas a mitigar os potenciais efeito nocivos à concorrência nos mercados afetados. No caso, o remédio comportamental acordado obrigou a Fosbrasil a oferecer contratos de fornecimento de longo prazo de ácido fosfórico a todos os produtores de sais de fosfato localizados no Brasil por um período de até oito anos. Além disso, o preço cobrado não poderia ser superior àquele pratica à época da celebração do acordo e deveria ser fixado "com base nas regras usuais de mercado e em atenção à boa-fé objetiva[10]".

Justamente em relação aos critérios de fixação de preços que surgiram questionamentos da empresa habilitada como terceira interessada, Innophos. Assim, com vistas a desincumbir o Cade do ônus de estabelecer critérios de fixação de preços pelas requerentes, acordou-se pela adoção de arbitragem para a solução de eventuais controvérsias relativas à negociação de preço. Nesse sentido, a Conselheira Ana Frazão destacou que "o recurso à arbitragem também reduz sobremaneira os custos de monitoramento pelo CADE, na medida em que discussões complexas relativas aos motivos que levaram à recusa de negociação ou à inadequação dos critérios de negociação ficarão a cargo do árbitro, cuja escolha deverá ser aprovada pelo CADE"[11].

O caso manteve algumas prerrogativas do Cade em relação ao cumprimento do ACC, dentre as quais se destacam a de escolha dos árbitros e a decisão final sobre descumprimento do ACC, independentemente do resultado da arbitragem. Registre-se ainda que o acordo previu ainda que a ICL Brasil deveria arcar com os curtos da arbitragem, de modo a impedir que tal custo recaísse sobre os concorrentes.

Após o julgamento do caso, ocorrido em dezembro de 2014, até a realização desta pesquisa em agosto de 2017, a Unidade de Cumprimento de Decisões da PFE-Cade havia exarado três pareceres jurídicos[12] relativos ao cumprimento do ACC firmado pelas Requerentes. Não há na versão pública dos mencionados pareceres informações a respeito da ativação ou não da cláusula arbitral, e consequentemente faltam também informações sobre os possíveis efeitos econômicos da medida nos mercados relevantes afetados.

[10] Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47, fls 2.2494-95.

[11] Idem, fl 2.297.

[12] Documentos disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações ("SEI") do Cade, respectivamente sob os números 0144762, 0263528 e 0299069.

Nada obstante, percebe-se que as justificativas da conselheira relatora para aplicação do instituto da arbitragem no caso foram acolhidas pelo Tribunal como pertinente. A partir dessa decisão, o Cade passou a aplicar o método em outros casos de complexo monitoramento.

3.3. AC ALL/Rumo (2015)[13]

A operação envolveu a incorporação, pela Rumo Logística (integrante do grupo Cosan), das ações da América Latina Logística ("ALL"). O AC afetou os mercados de ferrovia para transporte de carga de açúcar e combustível, bem como a cadeia logística de exportação de granéis vegetais pelo Porto de Santos. A aprovação do negócio foi condicionada à celebração de ACC em março de 2015.

Por se tratar de um mercado regulado, a autoridade antitruste demonstrou preocupação em viabilizar que as medidas restritivas permitissem mobilidade às empresas, de modo que o compasso regulação/concorrência não tenha "mais zonas de confronto do que convergência[14]". Assim, o plenário estabeleceu critérios de precificação objetivos, cujas variáveis de cálculo seriam definidas unicamente pela empresa resultante da operação, tendo que, no entanto, aplicar o mesmo preço indistintamente entre as empresas do grupo econômico da nova companhia e empresas concorrentes.

No caso, o relator Gilvandro Araújo determinou a criação do cargo de "supervisor" pela empresa resultante para que o uma empresa usuária dos serviços de logística que eventualmente se sinta discriminada possa reportar formalmente o ocorrido, de modo a assegurar a isonomia na prestação dos serviços. Assim, o usuário eventualmente discriminado poderá receber uma resposta fundamentada nos termos previstos no ACC. A chamada "solução arbitral" é descrita da seguinte forma:

> Nesse sentido, caso algum Usuário se sinta discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços por ALL/Rumo, este poderá reportar formalmente ao Supervisor, indicando os fatos que lhe fazem supor a discriminação, e deverá receber uma resposta fundamentada em até 15 dias úteis sobre qualquer alegada prática discriminatória. No entanto, caso o usuário não se contente com a resposta, **a companhia se submeterá a todos os pedidos de arbitragem propostos por usuários do serviço de transporte ferroviário**, como uma alternativa a mais de ação dos usuários além da hipótese de arbitragem pela ANTT já prevista na regulação.

[13] Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65

[14] Trecho do voto do conselheiro relator no caso ALL/Rumo.

> A decisão do Tribunal Arbitral será de constatação se a contratação e prestação do serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória, considerando-se a contratação e a prestação dos serviços com Partes Relacionadas. Como garantia de celeridade, o processo arbitral não poderá ter duração maior do que 6 meses, sendo que os custos e despesas relacionados à arbitragem serão arcados pela nova companhia caso a decisão arbitral ateste discriminação. Todas as decisões arbitrais serão comunicadas ao CADE em relatórios de auditoria anuais[15]. (Grifou-se).

Segundo os termos do ACC, o supervisor deverá ser eleito pelos conselheiros independentes do conselho de administração (que também possui a incumbência de garantir o tratamento isonômico na precificação do serviço), conforme os padrões de independência previstos no Regulamento de Listagem do Novo Mercado da Companhia de Valores Mobiliários ("CVM"). A obrigação de eleição do supervisor é também será extensível a outros mercados além de açúcar, combustíveis e serviços logísticos, na hipótese de ocorrer expansão da atuação da empresa resultante. Além disso, o supervisor deverá prestar compromisso junto ao Cade, sujeitando-se a multas que vão de R$ 50 mil a R$ 1 milhão, caso descumpra as obrigações fixadas no acordo.

Note-se que nesse caso o ACC prevê expressamente a possibilidade de instauração de juízos arbitrais para solução de demandas de natureza privada entre as compromissárias e usuários. No entanto, a deliberação arbitral não vincula o Cade para formação de suas decisões, na forma do item 2.33 do ACC, dispositivo que pode dar margem a controvérsias no contexto de eventuais inconformismos das partes diante decisões arbitrais que entendam ser negativas.

Entre a aprovação da operação e a realização da presente pesquisa, a PFE-Cade exarou oito pareceres[16] jurídicos sobre o cumprimento das cláusulas do acordo pelas compromissárias. Em três ocasiões, as conclusões da PFE são de acesso restrito, de modo que não é possível tecer comentários quanto aos aspectos específicos da análise da procuradoria, enquanto nos cinco outros casos o órgão opinou pelo cumprimento formal das obrigações pelas compromissárias, sem menção específica ao compromisso arbitral firmado com o Cade.

Cumpre ressaltar que em seu primeiro parecer após a aprovação a operação, em junho de 2015, a PFE-Cade foi suscitada por um terceiro interessado acerca de um suposto descumprimento dos termos do ACC. Note-se que a controvérsia em questão já era objeto de procedimento arbitral

[15] Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65, voto do conselheiro relator, p. 58.

[16] Docs. SEI nº 0072971, 0125544, 0140517, 0175315, 0178400, 0193403, 0275808 e 0372660.

instaurado em 2013 (antes, portanto, da aprovação da operação pelo Cade). Em resposta, a Procuradoria respondeu que "a autoridade antitruste a princípio não se ocupará de questões privadas entre concorrentes, atendo-se apenas aos termos do ACC quando da análise dos aspectos concorrencialmente sensíveis envolvidos na dinâmica do mercado pós celebração do acordo, sendo que apenas em caso de uma eventual circunstância que possa comprometer sua eficácia (de maneira concreta) e, como no caso, eventualmente atestada pelo juízo arbitral, passaria agir".

Assim, o Cade delimitou de maneira clara qual o escopo de atuação da autoridade antitruste nos eventuais litígios relativos ao ACC, quais sejam, aqueles que possam inviabilizar o comportamento isonômico quanto aos níveis de atendimento das demandas dos clientes da empresa resultante da operação. Em conclusão, a PFE opinou na ocasião pelo cumprimento integral da obrigação pela compromissária.

3.4. AC Dow/Dupont (2016)[17]

O caso da fusão entre Dow Chemical e Dupont, empresas atuantes nos mercados de plásticos, químicos de desempenho e outros produtos químicos ligados ao setor agrícola foi aprovado com restrições mediante celebração de ACC negociado com a Superintendência-Geral e homologado pelo Tribunal.

Dentre as medidas restritivas acordadas, destacamos o desinvestimento de ativos relacionados ao negócio de sementes de milho da Dow no território brasileiro. Diferentemente dos demais casos analisados, a ferramenta de monitoramento aplicada se deu em relação a medidas estruturais – e não comportamentais –, algo incomum na jurisprudência internacional antitruste[18]. Ressalte-se, ainda, que a solução de monitoramento adotada não foi expressamente a arbitragem, mas sim um "*trustee* de monitoramento[19]",

[17] AC nº 08700.005937/2016-61

[18] Nesse sentido aponta Blessing (2003, p. 161): "certain operations cannot be divested in whole or in part, such as e.g. networks. In other cases, structural remedies may not be sufficient to remove concerns, or would not offer the required measure of flexibility. Hence, other – and more creative – remedies must be devised and, in recent years, the European Commission has gone quite far in requiring and imposing carefully fine-tuned behavioural commitments which will have to be observed by the notifying party (or the parties to a concentration) over a period of time (sometimes, as we have seen above, three years, sometimes up to ten years). Landmark decisions of the Commission, such as Boeing/McDonnell Douglas, come to mind". (Grifos no original).

[19] Casos semelhantes são encontrados na jurisprudência da comissão europeia (por exemplo, caso British Petroil/E.ON) e norte-americana (caso Glaxo Wellcome plc and

definido como " uma ou mais pessoas, naturais ou jurídicas, que foram aprovadas pelo CADE e indicadas pela Dow e que possuam como dever supervisionar o cumprimento, pela Dow, das condições e obrigações previstas neste ACC[20]".

Embora a solução adotada não seja a opção pelo procedimento arbitral tradicional, o *trustee* possui a função de arbitrar "qualquer conflito resultante do não cumprimento das regras internas" relativas ao negócio de sementes de milho desinvestido. Tem-se, portanto, que em alguns casos a figura de um terceiro "guardião" do ACC não necessariamente envolve o procedimento arbitral previsto em lei. Vide, por exemplo, que papel semelhante foi atribuído ao "terceiro independente" no ato de concentração entre Reckitt e Hypermarcas[21].

Como o ACC deixou de prever a cláusula compromissória[22], eventual litígio surgido nesse caso deverá se valer do compromisso arbitral por meio de comunicação formal de uma parte à outra, conforme previsão do artigo 6º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Em junho de 2017, o Cade aprovou a indicação de pessoa (natural ou jurídica) responsável por exercer a função de *trustee* de monitoramento. No fim do mesmo mês, o *trustee* apresentou ao Cade parecer fundamentado sugeriu a aprovação dos nomes dos potenciais compradores apresentados para os mercados de defensivos agrícolas e copolímeros de ácido/ionômeros.

Em seguida, o Tribunal do Cade homologou o parecer da PFE-Cade que aprovou a indicação do potencial comprador, fundamentado na análise do *trustee* de monitoramento. Em nossa análise, essa decisão marca a primeira informação pública acerca da efetiva atuação de um terceiro no âmbito do cumprimento do ACC, exercendo função consultiva. O *trustee* sugeriu

SmithKline Beecham plc). Contudo, a experiência americana geralmente opta pela seleção do trustee diretamente pela autoridade antitruste, diferentemente da postura que o Cade vem adotando.

[20] Doc. SEI 0343896, item 1.20.

[21] AC nº 08700.003462/2016-79. Nesse caso, contudo, o terceiro independente não incumbiu ao terceiro independente papel ativo como o trustee de monitoramento, de modo que optamos por não dedicar um tópico específico sobre o caso. Cite-se, por exemplo, que no caso em questão coube à própria PFE-Cade analisar (doc. SEI 0289617) se potencial comprador preencheria os requisitos estabelecidos no ACC em relação aos desinvestimentos acordados. Além disso, não há a previsão de instauração de procedimento arbitral para solução de eventuais controvérsias no âmbito do cumprimento do ACC.

[22] A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato (art. 4º da Lei 9.307/1996).

novamente, em julho, a aprovação dos nomes dos potenciais compradores apresentados para os mercados de sementes de milho. Tal sugestão foi aceita pela PFE-Cade e homologada pelo Cade na 108ª sessão ordinária de julgamento.

Importante notar que a atuação do *trustee* nesse caso retira um grande ônus do Cade, em especial da Procuradoria Federal Especializada, relativo ao papel de analisar eventuais descumprimentos do acordo firmado pelas compromissárias, bem como de verificar cumprimento de requisitos necessários para compra dos ativos a serem desinvestidos. Por estas razões, a experiência do Cade nesse precedente pode significar um marco importante na utilização de terceiros como meio de monitoramento do cumprimento de medidas restritivas.

3.5. AC Tam/Iberia/British Airways (2017)[23]

O negócio denominado "Acordo de Negócio Conjunto" celebrado entre Tam e Grupo Latam, de um lado, e Iberia e British Airways ("BA"), de outro, que envolve o mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas nas rotas entre Europa e América do Sul, foi também relevante do ponto de vista de monitoramento das restrições acordadas entre as empresas e o Cade. Nesse caso, o papel de "monitor" também é exercido por um *trustee*, nomeado e custeado pelas partes, mediante prévia aprovação da autoridade antitruste.

O ACC negociado com o conselheiro João Paulo Resende estabeleceu, dentre outros pontos relevantes, a formalização de acordo de *interline* (SPA)[24] com potencial entrante, nas melhores condições firmadas com terceiros, para as cidades de São Paulo e de Londres. Os termos do ACC preveem que, caso o potencial entrante entenda que a classe tarifária oferecida pela compromissária não atende aos requisitos firmados, o prejudicado poderá solicitar ao Cade que "dê início a um procedimento arbitral para dirimir a controvérsia[25]".

[23] AC nº 08700.004211/2016-10.

[24] Num acordo de interline, o sistema de reservas das Companhias Aéreas celebrantes se comunica com os dois sistemas de inventário, obtém as tarifas de cada uma das companhias, e emite conjuntamente o bilhete a ser operado por uma das duas companhias. Os acordos de interline permitem que os passageiros reservem diferentes trechos em várias companhias aéreas e a bagagem seja transferida entre as companhias aéreas. Outro acordo comumente firmado por Companhias aéreas nesse sentido é o chamado codeshare, em que companhias parceiras "partilham" a mesma rota com números de voos distintos.

[25] Cláusula III.11.1 do ACC.

Ao determinar a aplicação do remério em seu voto[26], o Conselheiro João Paulo de Resende ressaltou que a obrigação de firmar acordos *interline*

> é um remédio de **maior dificuldade de monitoramento**, tendo em vista que envolve a assinatura de um contrato entre as Requerentes e um rival, e os detalhes das condições exigidas por ambas as partes podem acabar levando à não efetivação do acordo. Para isso, espera-se que o Trustee cumpra sua função a contento. Ainda assim, especificamente quanto às negociações sobre classes tarifárias, **o CADE poderá, ao final de um processo de arbitragem, dirimir eventuais conflitos**. (Grifos aditados).

A referida solução arbitral é aplicável somente no caso de disputa relacionada à compatibilidade com os Compromissos da classe tarifária oferecida à qual se aplicará Acordo Especial *Pro Rata* (SPA), na medida que todos os outros meios de solução negocial entre as partes tenham sido exauridos. Ressalte-se nesse precedente duas peculiaridades em relação à utilização da arbitragem como meio de monitoramento: (i) a instauração do procedimento arbitral nesse caso depende de autorização da autoridade antitruste para acontecer; e (ii) a aplicação do instituto se aplica especificamente a um remédio aplicado e não a todos.

Outros elementos são estabelecidos em relação à arbitragem, como prazo máximo de duração (3 meses), o exercício do papel de árbitro pelo *trustee*, a exemplo do caso *Dow/Dupont*[27] e a previsão de não vinculação do Cade à deliberação arbitral para a formação das suas decisões, o que de certa forma esvazia o fundamento da utilização dessa ferramenta neste caso.

Cabe ainda destacar que a PFE-Cade não emitiu pareceres jurídicos acerca do cumprimento das obrigações acordadas até o momento de realização desta pesquisa, de modo que não foi possível auferir se o mecanismo foi ativado no âmbito de alguma negociação.

3.6. AC Bovespa/Cetip (2017)[28]

A análise da fusão das atividades da BM&F Bovespa e da Cetip Mercados Organizados foi o mais recente precedente do Cade a incluir cláusulas arbitrais no âmbito de controle de concentrações. A operação envolvia a reestruturação societária que resultou na união das atividades das empresas requerentes.

Pelo acordo homologado pelo Tribunal do Cade, as compromissárias

[26] Doc. SEI nº 0313066.

[27] Vide item 3.4 acima.

[28] AC nº 08700.004860/2016-11.

concordaram em estabelecer um período de negociação de até 120 dias com qualquer interessado na contratação da prestação de serviços de central depositária[29] e, no caso de fracasso nas negociações, o potencial entrante poderá acionar mecanismo de arbitragem para solucionar controvérsias.

Conforme item 2.12 do ACC, a arbitragem deverá ser conduzida por Tribunal Arbitral composto por três árbitros e será realizada na cidade de São Paulo, devendo observar o procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. De acordo com o mecanismo, cada parte deverá indicar um árbitro para compor o Tribunal Arbitral, os quais apontarão, em conjunto, um terceiro árbitro que figurará como presidente.

O ACC determina que o Tribunal Arbitral terá poderes para decidir sobre quaisquer aspectos relativos ao preço e/ou o escopo das regras de acesso à prestação de serviços de CSD. A deliberação do Tribunal Arbitral é irrecorrível e terá caráter vinculante para as compromissárias, que deverão enviar cópia da sentença arbitral ao Cade e à Comissão de Valores Mobiliários – CVM em até cinco dias contados da ciência da decisão. Nesse sentido, a decisão do Cade nesse precedente é a primeira a determinar expressamente que "a decisão do Tribunal Arbitral é irrecorrível e terá caráter vinculante para as Compromissárias".

A PFE-Cade não realizou análise do cumprimento dos termos do ACC firmado pelas compromissárias até o momento de realização desta pesquisa. Em matéria publicada no sítio eletrônico do Cade[30], o conselheiro Paulo Burnier explicou que a finalidade do mecanismo arbitral é "solucionar eventual disputa privada na definição do preço e/ou das regras de acesso para a contratação dos serviços a serem prestados pelo agente monopolístico".

4. Conclusões

Ao longo do presente estudo, pudemos observar que a adoção de procedimento arbitral e espécies de "terceirização" da atividade de monitoramento de cláusulas de ACC são gradativamente encontradas na experiência do Cade. Nesse sentido, notamos que a adoção se faz tanto por

[29] Diz o item 2.9 do ACC (doc. SEI nº 0316944): "para efeitos desse ACC "Prestação de Serviços de CSD" significa a prestação de serviços, pela central depositária da BVMF, de transferência de valores mobiliários objeto de operações compensadas e liquidadas por intermédio de outra IMF, bem como as funcionalidades acessórias para a prestação do serviço principal".

[30] Disponível em: http://www.cade.gov.br/noticias/cade-aprova-com-restricoes-operacao-entre-bm-fbovespa-e-cetip. Acesso em 14 de agosto de 2017.

razões de ordem prática, uma vez que o Cade não possui estrutura para analisar de maneira pormenorizada todos os elementos dos acordos firmados, bem como pelo próprio cumprimento do dever de proteção à livre concorrência.

Por se tratar de prática recente na experiência do Cade, alguns casos não apresentaram ainda resultados práticos analisáveis, ao menos publicamente. A replicação de modelos semelhantes, como nos casos Dow/Dupont e Tam/Iberia/BA indicam um movimento do Cade no sentido de permitir às partes que levem à arbitragem controvérsias surgidas no âmbito dos ACC.

Paralelamente, nota-se que a adoção de medidas de monitoramento permite à autoridade antitruste a aplicação de remédios comportamentais de maior complexidade, e que podem vir a ser mais efetivos que os tradicionais remédios estruturais – embora estes últimos ainda sejam predominantemente preferidos. Estes elementos foram evidenciados, por exemplo, no caso do tribunal arbitral com competência de definição de preços na operação entre Cetip/Bovespa ou mesmo o tribunal arbitral destinado a dirimir controvérsias relativas ao SPA no negócio entre Tam, Iberia e BA.

Como em todos os casos analisados a identidade do monitor/*trustee*/árbitro é indefinida ou de acesso restrito às partes, não é possível tecer comentários acerca da capacidade técnica e relação destes terceiros com o mercado relevante que devem monitorar. Cabe ressaltar que tal ponto é fundamental à efetividade do instrumento e *enforcement* dos remédios, conforme lembra Patrícia Cabral (2014, p 30): "quando esses agentes têm interesses diretamente afetados pela correta aplicação do remédio, eles passam a ter incentivos a relatar à autoridade eventuais desvios de cumprimento por parte das requerentes".

Dessa forma, a consolidação dessa prática dependerá do sucesso dos casos em andamento e da efetiva colaboração dos agentes de monitoramento, o que contribui para um maior diálogo entre institutos de arbitragem e os órgãos e profissionais ligados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A partir das observações realizadas, é possível concluir que a arbitragem possui um importante papel na mitigação do problema de determinação *ex ante* de remédios comportamentais que não poderiam ser monitorados adequadamente ao longo do tempo pela autoridade antitruste.

Questões como o momento adequado para escolha da entidade arbitral (se no momento da celebração do ACC ou *ad hoc*), resolução de casos em que o prazo estabelecido pelo Cade não seja observado pela entidade arbitral e outras questões já debatidas no cenário internacional serão eventualmente enfrentadas no Brasil. Nesse ponto, é necessário que a autoridade antitruste busque promover um ambiente de segurança jurídica aos agentes de mercado.

Por fim, importante ressaltar que eventual adoção de cláusula arbitral não significa a delegação do poder de polícia do Cade na imposição de eventuais punições por descumprimento de medidas restritivas. Como visto, medidas como a designação de árbitros para o monitoramento do cumprimento e efetividade dos remédios já encontram precedentes bem-sucedidos e que afastam riscos de eventual discussão acerca do conflito de competência.

5. Referências

BLESSING, Marc. **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues.** *In:* Swiss Commercial Law Series, Vol. 14. Zurique, 2003.

CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios em Atos de Concentração: uma análise da prática do CADE**. Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Economia do Setor Público -MESP, da Universidade de Brasília - UnB, 2014.

CABRAL, Patrícia Semensato; MATTOS, César. **Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE.** Em: Revista de Defesa da Concorrência, v. 4, nº 1, 2016.

CADE. **Relatórios Anuais de Gestão de 2012 a 2016**. Disponíveis em: http://www.cade.gov.br/

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.

LOURES, Bernardo de Andrade da Rocha. **O Enforcement Privado das Normas da Concorrência em Portugal e na União Europeia e a Nova Diretiva nº 2014/104/EU.** Revista Jurídica vol. 02, n°. 43, Curitiba, 2016. pp.656 – 672.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases.** Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2012.

CARTEL EM CONCORRÊNCIAS PÚBLICAS E CORRUPÇÃO: *TRADE-OFF* E POLÍTICA ÓTIMA

Lucas D'Angelo Colacino

Resumo: O objetivo desse artigo é apresentar as condições, estratégias e efeitos das práticas combinadas de cartéis em concorrência pública e corrupção e identificar direções para a política pública antitruste relacionadas à detecção, à investigação e à repressão. Assim, o trabalho aborda a teoria relacionada à união das práticas e analisa dois casos de cartel em licitações. O trabalho conclui que o estudo da corrupção é essencial para análise antitruste no que tange cartéis em licitação. A soma das práticas possui características de complementariedade e auto reforço, gerando prejuízos à concorrência. Ademais, há um *trade-off* entre políticas antitruste e políticas anticorrupção.

Palavras-chave: cartel, cartel em concorrências públicas, corrupção, política de defesa da concorrência, antitruste, compliance.

Keywords: cartel, cartel in public competition, corruption, antitrust policy, compliance.

1. Introdução

O cartel em concorrências públicas é uma prática comum em mercados oligopolizados e traz uma série de prejuízos à economia no que tange ao bem-estar social. A fraude em licitações, neste artigo identificado como corrupção, também acarreta em danos ao bem-estar da economia, com foco especial para o setor público. A união das práticas ilícitas pode gerar efeitos nocivos piores do que a simples soma dos prejuízos. Nesse sentido, o estudo dos incentivos que acarretam nas práticas é primordial para o planejamento da regulação relacionada às compras públicas.

A combinação das práticas tem sido crescente objeto de estudo da literatura econômica e no debate do antitruste nas últimas décadas. Tratada de forma independente pelos órgãos reguladores, o cartel em concorrência pública e a corrupção são observados, na prática, de forma conjunta, gerando auto

reforço e amplificando os efeitos nocivos para os consumidores e para a economia. Grande parte da literatura identifica os incentivos e as condições para a emergência da prática conjunta. Todavia, ainda não há consenso em relação às medidas para coibir, investigar e reprimir tais condutas. Há, inclusive, um debate em torno do *trade-off* que atualmente existe entre incentivos *anticartel* e incentivos anticorrupção.

Dessa maneira, a melhor forma de analisar os cartéis ocorridos em concorrências públicas é ressaltando a importância da corrupção na abordagem. Já existe hoje no Brasil algum nível de interação e compartilhamento de informações entre a autoridade antitruste e os responsáveis pela apuração de práticas corruptas. No entanto, as práticas ainda são tratadas de forma independente na concepção *ex-ante* – no desenho dos incentivos na regulação e nas licitações – e na concepção *ex-post* – na investigação e no desenho das punições ótimas. Assim, é fundamental que a prática de corrupção seja incluída no âmbito das análises antitruste de maneira a garantir que os incentivos à concorrência não sejam frustrados.

O artigo é segmentando em quatro partes, além desta breve introdução. Na segunda seção, é apresentada, de forma sucinta, uma revisão da literatura econômica a respeito da combinação entre cartel e corrupção em concorrências públicas e um debate em torno do *trade-off* existente na política de prevenção e repressão à combinação das práticas lesivas. A terceira seção apresenta dois casos julgados pelo Cade que ilustram a teoria. Na quarta seção, estão presentes os apontamentos de melhores práticas da literatura e dos órgãos internacionais dedicados ao assunto. Por fim, a quinta seção concluiu o estudo

2. Corrupção e cartel em concorrências públicas

Colusão em concorrências públicas e corrupção são problemas distintos. No entanto, eles frequentemente são observados em conjunto, sendo *um* catalisador do *outro* (OCDE, 2010). De um lado, tem-se o acordo horizontal entre firmas licitantes que procuram falsear o processo competitivo. Do outro, a prática vertical entre agentes privados (vendedores) e agentes do Estado (compradores), que se utilizam do poder público para obter ganhos pessoais, como, por exemplo, aceitando propina em troca de garantia de vitória na licitação. Geralmente, as empresas que estabelecem um cartel incluem no esforço de acordo um pagamento a determinado servidor público que, por sua vez, atua como facilitador do negócio (SOREIDE, 2002).

Apesar de independentes, a corrupção e a colusão podem ser combatidas de maneira integrada. Na verdade, o enfrentamento mútuo é necessário para que ocorra, de fato, um aumento de eficiência nas licitações. Entretanto, as medidas de combate ao cartel e à corrupção podem entrar em

choque direto em determinados casos, gerando a necessidade de aprofundamento no estudo da dosagem das medidas. De maneira análoga, o *trade-off* de contra-ataque à combinação de práticas ilícitas deve ser cuidadosamente desenhado, avaliando os incentivos de cada lado. Por exemplo, um número elevado de regras e especificidades requeridas pode atrair um número menor de empresas, facilitando a colusão. Por outro lado, um afrouxamento das condições necessárias para a participação do leilão deverá atrair propostas irregulares e gestores mais dispostos a solicitar a cooptação dos agentes públicos (OCDE, 2010).

Dentre os elementos fundamentais no *trade-off*, a questão relacionada a transparência é emblemática. Boehm e Olaya (2006) definem a transparência como a disponibilidade de informações no processo de decisão e que tem como objetivos complementares a redução de assimetrias de informação e a redução de custos de transação. Já a UN (1999) chama a atenção para o fato de a transparência ser uma característica fundamental para a dinâmica de licitações públicas. O cumprimento dessa característica se daria por meio de regulações bem definidas, acesso de informações por parte dos envolvidos e do público em geral e oportunidades iguais para os ofertantes.

Em uma primeira visão, a transparência parece trazer significativos benefícios ao processo de concorrência pública. Três vertentes podem ser destacadas: (i) o aumento do custo de fraudes e do monitoramento e controle por parte dos órgãos competentes e do público; (ii) a maior responsabilização por parte das firmas e consequente individualização de eventuais crimes e; (iii) a permissão de maior discricionariedade por parte dos pregoeiros, uma vez que há maiores garantias de controle *ex-post*. Nas palavras de Rose-Ackerman e Palifka (2016, p.64), "*Systems that are more transparent and accountable can afford to give procurement officers more discretion than others with less accountability*". [1] Por fim, (iv) a transparência ajuda a mitigar o dilema dos prisioneiros existente nos leilões em que a possibilidade de colusão existe.[2] (BOEHM; OLAYA; 2006).

Apesar dos aparentes benéficos incontestáveis, surgem dois *trade-*

[1] T.A. Sistemas que são mais transparentes e responsáveis podem suportar maior discricionariedade por parte de seus agentes governamentais do que outros com menos prestação de contas.

[2] Dada uma situação em que as informações a respeito de corrupção são assimétricas, há um incentivo para os agentes escolherem como estratégia o pagamento de propinas ou a saída do certame, mesmo que o resultado ótimo seja aquele derivado do não pagamento de propina por todos os agentes. Com a inserção de mecanismos de transparência, o incentivo de denunciar os demais licitantes corruptos aumenta e a assimetria de informação é reduzida (BOEHM; OLAYA; 2006).

offs. O primeiro entre corrupção e eficiência, que deve medir o custo da produção e da divulgação das informações necessárias a um processo transparente em relação aos ganhos oriundos dessas mesmas informações. O segundo *trade-off* surge dos ganhos e perdas entre corrupção e competição. Ao mesmo tempo em que a publicidade e a clareza das informações dificultam a formação de acordos corruptos, elas podem facilitar os acordos horizontais na medida em que disponibiliza dados em excesso. Da mesma forma, a divulgação das informações frequentemente confidencias das firmas podem inibir a competição genuína (BOEHM; OLAYA; 2006).

O excesso de informações requeridas pelo comprador ou pelo pregoeiro também pode acarretar em perda de competitividade no certame. A exposição de elementos concorrencialmente sensíveis facilita o alinhamento e o monitoramento de um eventual cartel, além de inibir do processo os potenciais competidores que não querem expor suas estratégias comerciais e custos de produção. No longo prazo, a constante viabilização de informações pode tornar o leilão previsível e, consequentemente, permissivo aos acordos horizontais. Ademais, a literatura ainda encontra incertezas a respeito de quais informações poderiam ser disponibilizadas ao público (OCDE, 2010).

O segundo ponto emblemático concerne à escolha do formato do leilão na concorrência pública. O exemplo do leilão ascendente deixa clara a argumentação[3]. Nele, a própria dinâmica do processo revela informações dos demais licitantes, funcionando como mecanismo de avaliação por parte do leiloeiro. Todavia, Klemperer (2004) nota que essas mesmas revelações ajudam na formação no *enforcement* de colusões. A revelação dos palpites garante a identificação do ator que desvia da estratégia de cartel. Nesse sentido, o leilão aberto pode ser ao mesmo tempo permissivo à cartelização e combativo à corrupção (CRAMTON, 1998). O leilão fechado, por sua vez, acentua a assimetria de informação entre os competidores, o que, em tese, beneficia a competição, mas, por outro lado, gera certo grão de opacidade.

[3] Os desenhos institucionais das licitações públicas podem ser bastante elaborados, de maneira a reunir diversos elementos jurídicos e incentivos econômicos. No âmbito teórico, todavia, é possível dividir os tipos de leilão em apenas dois: O leilão aberto ou ascending-bid auction, no qual lances são proferidos de maneira não secreta e descendente até o limite no qual não haja mais intenção de redução do preço por nenhum dos concorrentes. E o leilão fechado ou sealed-bid auction, no qual os lances são proferidos de maneira secreta e a oferta mais baixa é anunciada ao final do processo, revelando o vencedor. (MARSHALL; MARX, 2012)

3. Estudos de casos e melhores práticas[4]

O Processo Administrativo nº 08012.003321/2004-71 ganhou notoriedade na imprensa nacional e ficou conhecido como "*operação vampiros*". O caso, além de ter sido constituído como um cartel em licitações, teve grande repercussão devido ao suposto envolvimento de políticos e membros do funcionalismo estatal.

Em virtude de notícias de jornal que expuseram ações da Polícia Federal e do Ministério Público Federal (MPF) na investigação de irregularidades em alguns processos licitatórios promovidos pelo Ministério da Saúde, a Secretaria de Direito Econômico[5] (SDE) iniciou uma apuração paralela a fim de verificar a existência de cartel. Na mesma época, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou uma auditoria em relação às mesmas licitações[6]. As concorrências públicas investigadas ocorreram entre 1996 e 2004 e previam a compra de hemoderivados. A natureza do produto é relevante para o entendimento do caso devido aos incentivos que facilitam a composição de um cartel[7].

---

[4] O material analisado corresponde aos votos, relatórios, notas técnicas e pareceres emitidos pela autoridade antitruste brasileira. Assim, não há, nesses documentos e, consequentemente, na análise, espaço para juízos em relação à prática de corrupção e desvio direto de dinheiro público. Hoje, a autoridade antitruste brasileira não é responsável pela investigação ou repressão de condutas corruptas. Dessa forma, os documentos estão focados nas provas de execução do cartel e nos potenciais prejuízos causados ao ambiente concorrencial. Assim, a presença ou ausência de corrupção é vista como um elemento adicional, podendo estar associado à prática coordenada, mas sem que haja qualquer análise de mérito ou juízo de valor sobre tais práticas. Portanto, os casos relatam apenas a viabilidade e os indícios de participação de pregoeiros e agentes governamentais nos cartéis.

[5] A Secretaria de Direito Econômico (SDE) era um órgão, vinculado ao Ministério da Justiça e pertencente ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Segundo a previsão da Lei nº 8.884/94, ela era responsável por instruir atos de concentração notificados e investigar condutas que infringissem a ordem econômica. Com a edição da Lei nº 12.529, a SDE foi extinta e suas atribuições foram realocadas para a Superintendência-Geral do Cade.

[6] Processo TC 012.762/2003-9.

[7] Os processos industriais de armazenamento e de logística envolvem grande complexidade, acarretando em barreiras à entrada significativas no mercado. Assim, 90% dos hemoderivados consumidos no Brasil eram de origem importada à época da conduta. Todavia, as empresas estrangeiras não poderiam participar das licitações diretamente em virtude da legislação nacional, que determina que empresas do ramo farmacêutico devem possuir registros que, por sua vez, só são dados às empresas que estão autorizadas a funcionar no Brasil. Dessa forma, os fabricantes de hemoderivados

Nesse contexto, a SDE, tomando por base a investigação da Polícia Federal e o relatório do TCU, verificou indícios de divisão de mercado e fixação de preços em cerca de quarenta licitações realizadas pelo Ministério da Saúde. O presente caso teve como base interceptações telefônicas autorizadas judicialmente e compartilhada pela Polícia Federal. Somou-se a isso o relatório do TCU que chamou a atenção para a baixa incidência de impugnações das licitações.

Apesar das provas indiretas reveladas pelo TCU não permitirem a comprovação do cartel, o conteúdo das conversas telefônicas deixa claro a combinação de preços e a existência de reuniões entre os concorrentes. Nelas, o diretor da Octapharma Brasil e representante da Octapharma AG, Jaisler Jabour dialoga com o representante da ARC, Marcelo Pitta. Em resumo, segundo a Nota Técnica Nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/Cade, os funcionários deliberaram a cerca de:

> (i) formação de ajuste entre as ofertantes quando da realização de licitações visando a divisão dos seus lotes, (ii) fixação de preços, de modo a impedir que as propostas ficassem abaixo de um determinado valor, (iii) direcionamento privado das licitações, através da definição de quem iria vencer determinado certame e (iv) a divisão de mercado de produtos entre os membros do cartel. (Processo Administrativo Nº 08012.003321/2004-71, Superintendência-Geral, p.138.)

Chama atenção também a conversa entre Jaisler Jabour e Eduardo Passos Pedrosa. Este segundo identificado nos documentos públicos do Cade apenas como um "*lobista/consultor*"[8]. No diálogo, Jabour informa Pedrosa o preço a ser praticado nos próximos pregões e o nome das empresas que deveriam vencer cada um dos certames. É importante notar que essa conversa telefônica foi juntada como prova em favor da condenação dos representados envolvidos.

Durante a investigação do caso na SDE e no Cade, os meios de comunicação relataram os desmembramentos das investigações paralelas que corriam na Polícia Federal. Em abril de 2008, a Folha de São Paulo noticiou que o Ministério Público Federal no Distrito Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra sete pessoas físicas e três empresas, apontando violação do sigilo das propostas e combinação prévia de preços. O

---

estrangeiros teriam de criar uma subsidiária nacional ou recorrer à cessão dos direitos sobre determinado produto a alguma empresa nacional.

[8] CADE. Processo Administrativo Nº 08012.003321/2004-71, Gabinete do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

esquema envolveria, segundo o jornal, servidores do Ministério da Saúde, lobistas e representantes das empresas e, segundo a Polícia Federal, as práticas teriam causado prejuízos na casa dos dois bilhões de reais.

O caso da *operação vampiros* é bastante ilustrativo no sentido em que se caracteriza um cartel deliberado clássico. De maneira preliminar, a estrutura do mercado já reúne os elementos facilitadores do cartel em licitação. O produto ofertado é homogêneo e as barreiras à entrada são elevadas, uma vez que a produção dos hemoderivados exige um alto grau de complexidade e a venda do produto deve passar por um crivo regulatório abrangente. Ainda, se considerada a dinâmica de compras por parte do Estado, ficam exacerbados os componentes convidativos ao cartel. As licitações de hemoderivados são realizadas de forma periódica e com ampla frequência, o que facilita o arranjo entre concorrentes, permitindo o estabelecimento de rodízio entre os vencedores de cada certame.

Além disso, a periodicidade dos leilões facilita o monitoramento por parte das empresas envolvidas na ação coordenada daquele que ousar desviar da estratégia de cartel. Tomando por base um jogo repetido infinitas vezes, é possível visualizar que o concorrente que desviar da estratégia concertada poderá ser punido na rodada seguinte, inviabilizando o cartel. A depender das forças de barganha entre os participantes, o desviante pode, no limite, ser excluído do cartel nas rodadas seguintes. Em síntese, a estrutura do mercado em questão atua como facilitador para estratégias de divisão de mercado e propostas rotativas combinadas com a clássica fixação de preços.

Com a dada estrutura, os concorrentes de hemoderivados organizaram uma estratégia, combinando preços e loteando o mercado de acordo com a capacidade e o poder de barganha de cada um. Adicionalmente, instituíram um rodízio no qual, a cada leilão, um concorrente diferente sairia vencedor. Dessa maneira, as empresas atuaram em conjunto de forma análoga a um monopolista, resultando, provavelmente, numa divisão ponderada dos lucros.

Mesmo a estrutura do mercado sendo um catalisador natural do cartel e o formato do leilão sendo um facilitador da ação coordenada, ainda existiriam riscos inerentes à prática ilícita. O próprio organizador dos pregões poderia atentar para a conspiração, assim como um concorrente à margem do cartel poderia ofertar hemoderivados a um preço mais baixo. Nesse sentido, o caso da *operação vampiros* é emblemático e mostra indícios de participação do comprador, seja diretamente por parte do pregoeiro ou ainda por parte de autoridades superiores[9]. No voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, como

[9] Mesmo podendo haver o envolvimento de autoridades com altas posições hierárquicas, os indícios de corrupção estão associados à corrupção burocrática. De acordo com a diferenciação proposta por Tanzi (1998), esse tipo de prática seria

já mencionado, há indícios de que um representante de uma das empresas condenadas mantinha contato com um interlocutor provavelmente do governo, indicando o acerto entre entes privados e públicos.

No acerto, o interlocutor privado detalha os lances que serão ofertados e os supostos vencedores de cada leilão. Dessa maneira, são somadas às estratégias de fixação de preços e rodízio de propostas, a exclusão de concorrentes externos ao cartel e a determinação dos vencedores de cada pregão. O somatório de estratégias resolve o problema associado aos riscos mencionados, seja a denúncia do pregoeiro, seja a entrada de um concorrente fora do acordo ofertando lances mais baixos. Assim, a prática de corrupção em conjunto com o cartel em licitação diminui o risco da operação como um todo e permite que se amplifique o escopo do próprio cartel, em consonância com o modelo de Coleman (1999), que propõe as condições para a atuação corrupta, conforme o risco da operação diminui, maior a chance de incidência da prática e maior a garantia de retorno.

Cabe ainda mencionar a forma em que se deu a investigação e a repressão por parte do Cade. Na averiguação de provas, a conversa telefônica entre o empresário da Octapharma Brasil e o suposto lobista foi relacionada como evidência para a execução do cartel, principalmente no que toca a fixação de preços e a determinação dos vencedores, bem como a apuração do caso por parte da autoridade da concorrência só foi possível graças ao compartilhamento de informações cedidas pelas autoridades encarregadas de apurar casos de corrupção. Tais fatos indicam uma certa complementariedade, assim como interdependência na investigação e na repressão dos casos envolvendo as duas práticas.

Outro caso que contribuiu para o desenvolvimento da pesquisa na área de cartéis em licitação diz respeito ao conluio entre empresas de coleta de lixo do interior do Rio Grande do Sul ocorrido em 2008. A investigação que deu origem ao Processo Administrativo nº 08012.011853/2008-13 foi iniciada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPE-RS). O órgão identificou indícios de uma série de práticas delituosas, entre elas o ajuste entre ofertantes, a fixação de preços, a divisão de mercado e o direcionamento privado das licitações. Após diligências, o MPE-RS compartilhou as provas obtidas na esfera criminal com a SDE para que o órgão prosseguisse a investigação no âmbito administrativo no tocante à lesão à concorrência.

Em fevereiro de 2014 o caso fui a julgamento pelo Tribunal do Cade com a relatoria do conselheiro Eduardo Pontual. No voto, o então conselheiro relatou a dinâmica de estratégias que perdurou no ano de 2008 e que manteve

percebido na execução do leilão, em contraste com a corrupção política que recai sobre a preparação do edital ou ainda sobre a própria decisão de compra.

certa estabilidade na relação comercial entre as empresas de coleta de resíduos urbanos e de saúde, assim como sustentou um padrão elevado de preços. O conjunto de estratégias pode ser posto em prática devido, em parte, à alta probabilidade de exercício de poder de mercado, resultado da estrutura do mercado e do caráter das licitações empreendidas. Assim como no mercado de hemoderivados, os produtos ofertados na coleta de lixo podem ser considerados homogêneos. Além disso, as barreiras à entrada, oriundas de exigências regulatórias e altos investimentos iniciais em relação aos ganhos, seriam suficientes para coibir a entrada de potenciais competidores em caso de elevação coordenada de preços.

Já as licitações promovidas pelas prefeituras do Estado sulista detinham aderência às condições favoráveis à prática do cartel. Em suma, tais licitações exigiam uma série de requisitos, limitando o número de participantes e não tinham o poder de se recusar a contratar após o lançamento do edital, diminuindo o poder de barganha do ente público. O próprio desenho das licitações também era convidativo ao monitoramento de um potencial cartel, uma vez que os certames aconteciam com frequência regular e mantinham abertos os nomes dos participantes do leilão. Assim, a previsibilidade das contratações, aliada à transparência excessiva do pregão geraram as condições necessárias para que as empresas pudessem se organizar de maneira a identificar e punir o participante que desviasse da estratégia acordada[10].

No caso concreto, as empresas condenadas atuaram de forma coordenada tendo em vista a maximização de lucros totais e a exclusão de concorrentes ao longo do período de tempo de ao menos vinte e uma licitações realizadas por prefeituras do Estado. As provas obtidas pelo MPE-RS e posteriormente compartilhadas com a SDE, se concentravam em: (i) conversas telefônicas entre representantes das empresas; (ii) troca de e-mails marcando reuniões entre os mesmos representantes e (iii) planilhas de informações obtidas por meio de busca e apreensão.

Pela troca de e-mails e pelas conversas telefônicas, foi possível identificar o acerto de valores de forma a estabelecer um "preço base" para cada um dos serviços ofertados. Importante notar que o mercado inclui a coleta e o transporte de diferentes tipos de resíduos. Assim, os representantes também acordaram pela divisão do mercado tanto no âmbito dos produtos quanto no âmbito geográfico, assim como pela definição do vencedor em cada pregão. Com vistas ao falseamento da concorrência, as empresas que não estivessem

[10] Assim como no caso dos hemoderivados, aqui também é possível imaginar um jogo repetido indefinidamente, com frequência regular e identificação do jogador que desviar da estratégia acordada logo após a rodada. Dessa maneira, os incentivos convergem para a manutenção do cartel.

definidas como vencedoras de um determinado certame deveriam dar lances fictícios, caracterizando a proposta de cobertura. Dessa forma, ocorria um rodízio de vencedores dentro de uma área geográfica específica. Por fim, as planilhas encontradas continham informações de repasses de uma das representantes para a outra ao longo do ano de 2008, indicando a cumplicidade entre as empresas condenadas, além de uma provável subcontratação da empresa que não se sagrava vencedora da falsa competição.

Diante das provas de determinação dos vencedores e da estabilidade que as empresas mantiveram ao longo do ano de 2008 fica difícil crer que não havia alguma complacência por parte dos responsáveis pelos pregões. Apesar de não ser explícita a menção nos autos do Processo, a regularidade de preços elevados ao longo do tempo deveria ter chamado atenção das autoridades encarregadas da compra, assim como a subcontratação entre as mesmas empresas participantes dos certames, logo após o final de cada licitação. Mesmo que o pregoeiro ou a autoridade responsável não tenham atuado ativamente na elaboração e execução do cartel, a simples conivência com o mesmo já seria passível de enquadramento na regulação de fraude em licitações[11].

Não apenas a possibilidade, mas a elevada probabilidade de que a infração ocorra deveria suscitar preocupações por parte da autoridade antitruste, de maneira a contribuir para a investigação e a repressão de casos como esse. Como já mencionado, as condições estruturais do mercado, somadas à dinâmica de licitações geram incentivos para a ação coordenada combinada com a prática corrupta. A frequência sistemática em que ocorrem os leilões, por exemplo, é um típico facilitador de ambas as práticas. Por sua vez, o excesso de transparência, à exemplo da exposição dos nomes e especificidades dos participantes, pode contribuir para o monitoramento do cartel, por um lado, e coibir o envolvimento do pregoeiro por outro.

No caso do *cartel do lixo*, é possível afirmar que tal exposição contribuiu para a execução do acordo assim como é provável que tenha coibido uma ação direta das autoridades responsáveis pelos certames. Ou seja, nesse caso, a transparência teria cumprido parcialmente sua finalidade em relação à corrupção e falhado em relação a formação de cartéis, tal como o *trade-off* proposto pela teoria exposta por Boehm e Olaya (2006). Todavia, os autores argumentam que "*transparency stimulates competition through the information supply effect it produces and by minimizing the risk of curruption*" (BOEHM;

[11] O artigo 90 da Lei nº 8666/93 impõe que: "Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa."

OLAYA, 2006, p.441)[12], o que é parcialmente negado pelos casos expostos, exacerbando uma discussão a respeito da ponderação de elementos como a transparência em relação à competição e corrupção em licitações.

Apesar da discussão em torno dos elementos *ex-ante* ao pregão, é notável a importância da verificação da prática corrupta para a análise de casos de cartel em licitações. Tal como na *operação vampiros*, o compartilhamento da produção derivada de investigações entre Ministério Público e Cade foi fundamental para a punição administrativa no âmbito concorrencial, assim como para a punição criminal no âmbito penal.

4. Melhores práticas para coibir corrupção e cartel em concorrências públicas

A necessidade de coordenação de medidas anticorrupção e antitruste induz à cooperação entre a autoridade de defesa da concorrência local e o órgão de investigação de casos de corrupção. No caso brasileiro, por exemplo, essa integração se daria entre o Cade e a Polícia Federal, juntamente com o Ministério Público. Mesmo tendo competências distintas, a troca de informações entre os agentes facilita o processo de investigação, além de acelerar a implementação de multas e/ou medidas jurisdicionais e prover novos dados para os futuros desenhos de licitações. Ou seja, a colaboração entre os órgãos investigativos se estenderia para os formuladores de concursos de concorrências.

Inseridos nesse contexto, vários órgãos internacionais, tais como a OCDE e o *Transparency International*, consultorias privadas multinacionais, assim como a literatura econômica e jurídica preveem uma série de medidas visando a criação de uma "*cultura de compliance*" (OCDE, 2010; SOKOL, 2012; MISSALI, 2015). Tal *cultura* se baseia em um sistema crível de detecção dos malfeitos combinados com punições suficientes e *enforcement* de aplicação tanto por parte do órgão antitruste, como por parte dos agentes privados. De fato, a inclusão de programas de *compliance* vem sendo aplicada nos últimos anos em acordos entre o Cade e as partes envolvidas em cartéis (MISSALI, 2015). Seguindo a mesma filosofia, os programas de acordos de leniência também têm se consolidado como política de detecção dos conluios em concorrências públicas, ainda que de maneira incipiente e sujeita a críticas mistas (MILLER, 2009; SPAGNOLO, 2000). Por fim, a literatura ainda sugere uma série de medidas que possam mitigar ambos os problemas, a exemplo do uso de indicadores de reputação (SPAGNOLO, 2012).

[12] T.A. [a] transparência estimula a competição por meio do efeito produzido pela oferta de informação e pela minimização do risco de corrupção.

As punições do agente regulador, por sua vez, podem variar de multas financeiras até condenações criminais, passando pela vedação a participação em novas licitações por um determinado período de tempo. Segundo a OCDE, as medidas devem ser sustentadas por três princípios: o desenvolvimento de um roteiro de "*best practices rules*"[13], extensos esforços de defesa das políticas e o *enforcement* das ações que condenarem a corrupção e/ou a colusão, mesmo em casos relativamente pequenos, tal como o caso do *cartel do lixo*.

No contexto transacional, o antitruste ganha a forma de um contrato de longo prazo coletivo entre firmas e consumidores, partindo da hipótese de que os contratos privados entre as partes não são suficientes para atingir os objetivos políticos[14]. Em outras palavras, contratos entre agentes privados podem incorrer em externalidades negativas para os consumidores, a exemplo da combinação de preços. Como há a existência de custos de transação positivos, o poder de barganha dos consumidores geralmente falha em fazer com que as firmas internalizem tais externalidades. A partir disso, se faz necessária a atuação do órgão de defesa econômica (BICKENBACH; KUMKAR; SOLTWEDEL, 1999).

Analogamente, os contratos verticais informais entre agentes privados e públicos também tendem a produzir externalidades negativas, mesmo que benéficos para ambas as partes. Assim, mesmo com o custo de fiscalização, investigação e *enforcement*, além do aumento do custo para as partes envolvidas, a atuação governamental sobre a corrupção e o cartel em concorrência pública é explicada pela mitigação dos efeitos negativos proporcionados pela combinação das práticas. Dessa forma, com a clara percepção de prejuízo econômico para a sociedade, se justifica a preocupação *ex-ante*, seja com a forma que toma o desenho dos editais de licitação e concessão, seja da maneira como ele é realizado (SOREIDE, 2002) [15]. Do mesmo modo, a consternação com as premissas e o *enforcement* para as investigações e aplicações de penas *ex-post* também se faz necessária.

Tendo em vista a alarmante relevância e as perdas ocasionadas pelos cartéis em contratações públicas, a OCDE tem feito esforço na direção de discutir o tema e propor medidas que minimizem a quantidade de infrações. Algumas das indicações têm cunho preventivo, a fim de reduzir o risco de cartel por meio de definições no contrato. Outras, têm por objetivo a melhor

[13] T.A. Regras de melhores práticas.

[14] O termo "político" é utilizado aqui para indicar a melhor solução possível para a sociedade. Nos termos na Nova Economia Institucional, isso quer dizer alcançar o mais alto grau de eficiência para a sociedade e não apenas para as partes envolvidas.

[15] Como verificado, as concorrências públicas podem ser realizadas de diversas maneiras, à exemplo de leilões convencionais ou pregões eletrônicos.

aplicabilidade da punição e as mais eficazes formas de detectar conluio entre participantes de processos de licitação pública.

Dentre as medidas preventivas estão: (i) levar em conta não apenas o produto/serviço e os fornecedores, mas também as características e práticas do mercado em questão; (ii) estruturar a contratação pública de forma a maximizar a participação potencial de candidatos que genuinamente concorram entre si; (iii) especificar necessidades com o objetivo de acatar produtos alternativos; (iv) reduzir a comunicação entre concorrentes e evitar expor informações dos mesmos; (v) selecionar cuidadosamente os critérios de avaliação e adjudicação das propostas de maneira a não desencorajar concorrentes viáveis e; (vi) aumentar a consciência dos funcionários públicos quanto aos riscos de conluio entre concorrentes.

Já entre as considerações para detectar conluio estão[16]: (i) procurar por indícios e padrões na fase da apresentação das propostas por meio do histórico de participação dos concorrentes e da dinâmica do mercado; (ii) procurar por indícios em todos os documentos apresentados e padrões relacionados com o estabelecimento de preços e; (iii) estar sempre alerta para declarações e comportamentos suspeitos, tais como reuniões entre participantes da licitação ou entregas conjuntas de documentos.

A entidade internacional ainda recomenda que, em caso de suspeita de formação de cartel, o órgão comprador deva preservar os documentos e contatar as autoridades de defesa da concorrência. Além disso, também cabe aos órgãos licitantes a tomada de ciência a respeito da legislação vigente que regula o tema em questão e o julgamento quanto à continuidade do processo de compra pública.

Tais indicações trazem à tona uma nova variante problemática: a associação entre colusão em licitação e corrupção por parte do agente público. Muitas das medidas preventivas de conluio são, algumas vezes, favoráveis a esse tipo de corrupção, fazendo com que a discussão sobre o tema se torne turva principalmente e relação ao *trade-off* entre políticas de prevenção à formação de cartel e prevenção à corrupção.

Portanto, o aproveitamento cauteloso das medidas enumeradas é crucial para a eficácia da ação regulatória e para o desenvolvimento do campo de atuação da defesa da concorrência. Nesse sentido, a OCDE, em nova rodada de discussões, indicou a cooperação entre agências de regulação antitruste e

[16] "Os indicadores da existência de conluio descritos acima identificam numerosos padrões suspeitos de propostas e estabelecimento de preços, bem como declarações e comportamentos suspeitos. Não devem, no entanto, ser considerados como prova de que as empresas estão a empreender um cartel. " OCDE. Diretrizes Para Combater o Conluio Entre Concorrentes em Contratações Públicas, fevereiro de 2009, pag.19.

agentes judiciários com o objetivo de traçar estratégias coerentes e obter ganhos com troca de informação. Além disso, há a necessidade da aplicação de multas e penalidades com credibilidade. Por fim, é preciso criar uma cultura de *compliance* nos órgãos públicos e privados com o objetivo de evitar a impunidade e, consequentemente, evitar práticas alinhadas.

5. Conclusão

Em resumo, pode-se afirmar que **o estudo sobre a corrupção é essencial para a análise de cartéis em licitações do ponto de vista da defesa da concorrência**. Essa conclusão fica evidente quando se verifica que há um *trade-off* entre políticas voltadas para coibir os cartéis em concorrências públicas e políticas para frear a corrupção em licitações. Além disso, a complementariedade e as externalidades[17] geradas por meio da coordenação de esforços entre concorrentes e agentes do poder público faz com que as práticas, muitas vezes, se tornem indissociáveis.

A partir dessa análise e das contribuições de Boehm e Olaya (2006) e Klemperer (2004) e de discussões atuais de órgãos internacionais (OCDE; UN), foi possível verificar a existência do *trade-off* de políticas públicas, principalmente no vértice da transparência. Outras variáveis que seguem direções opostas, se considerarmos cartel e corrupção, são o número de regras e as especificações para participar de certames que, apesar de limitar o espaço para fraudes, também limita o espaço para a competição genuína.

Dessa forma, os dois casos apresentados ilustram o somatório das práticas. No caso da compra de hemoderivados, apesar de todas as condições mercadológicas propícias ao cartel e condições favoráveis derivadas dos editais de licitação foram verificados indícios de corrupção em provas documentais. Assim, além de contar com estratégias de cartel em concorrência pública, o caso também contou com estratégias de fraude, a exemplo da exclusão de concorrentes e a determinação prévia do vencedor. Com isso, houve a mitigação dos riscos de insucesso do cartel e o aumento do valor esperado da estratégia acordada.

De maneira parecida, o *cartel do lixo* também pode ser caracterizado como um cartel clássico em um mercado com produtos homogêneos e barreiras à entrada, contando também com a presença de licitações com periodicidade regular. Nele, a transparência das informações divulgadas foi fator fundamental para a estabilidade contínua do acordo que manteve os preços elevados por pelo

[17] As externalidades seriam positivas do ponto de vista dos agentes envolvidos na ação coordenada e negativa se considerado o ponto de vista do setor público e, consequentemente, da sociedade.

menos um ano. Da mesma forma, a transparência não impediu a alta probabilidade de corrupção por parte das autoridades governamentais responsáveis pelos pregões, contrariando Boehm e Olaya (2006).

Com a união de todos os elementos apresentados, chega-se a já explanada conclusão de que o entendimento de casos de cartel em concorrências públicas deve prestar total atenção à pratica de corrupção. Dentre os insights identificados nesse trabalho podem-se destacar: (i) a complementariedade e o auto reforço entre as duas práticas investigadas; (ii) o necessário compartilhamento de informações entre órgão que investigam condutas anticompetitivas e condutas corruptas; (iii) o *trade-off* existente entre políticas *ex-ante* e *ex-post* para coibir cartéis em licitação e fraude nas concorrências públicas e; (iv) a convergências de efeitos de ambas as práticas: a anulação do processo competitivo.

Assim, diferente do que ocorre hoje no Brasil, a corrupção poderia ser incluída na análise antitruste em casos de cartel em licitação, ao menos para fins de investigação e de comprovação das práticas. Além disso, pode-se assumir que a lesividade do cartel ganha voluptuosidade com a inclusão do leiloeiro no acordo. Dessa forma, não seria exagero incluí-lo como polo passivo nos cartéis quando houver elementos para tal.

6. Referências

BICKENBACH, Frank; KUMKAR, Lars; SOLTWEDEL, Rüdiger. The new institutional economics of antitrust and regulation. 1999.

BOEHM, Frederic; OLAYA, Juanita. Corruption in public contracting auctions: the role of transparency in bidding processes. Annals of Public and Cooperative Economics, v. 77, n. 4, p. 431-452, 2006.

CADE. Processo Administrativo Nº 08012.002127/2002-14, Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

_____. Processo Administrativo Nº 08012.003321/2004-71, Gabinete do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

_____. Processo Administrativo Nº 08012.011853/2008-13, Gabinete do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CHOI, Jay Pil; GERLACH, Heiko. Global cartels, leniency programs and international antitrust program. International Journal of Industrial Organization: vol. 30, 2012.

COMPTE, Olivier; LAMBERT-MOGILIANSKY, Ariane; VERDIER,

Thierry. Corruption and competition in procurement auctions. Rand Journal of Economics, p. 1-15, 20

CRAMTON, Peter. Ascending auctions. European Economic Review, v. 42, n. 3, p. 745-756, 1998.

FOLHA DE SÃO PAULO, 10 de abril de 2008. http://www1.folha.uol.com.br/poder/2008/04/390858-procuradoria-processa-vampiros-por-improbidade-administrativa.shtml

G1, 02 de abril de 2015. http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/04/mp-rs-denuncia-37-empresarios-por-formacao-de-cartel-para-coleta-de-lixo.html

HODGSN, Geoffrey M. and JIANG, Shuxia, The Economics of Corruption and the Corruption of Economics: An Institutionalist Perspective (July, 24 2008). Revista de Economía Institucional, Vol. 10, No. 18, First Semester, 2008.

KLEMPERER, Paul. Auctions: theory and practice. Available at SSRN 491563, 2004.

LAMBERT, Ariane; SONIN, Konstantin. Corruption and collusion in procurement tenders. Lambert, K. Sonin, 2003.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. What determines cartel success?. Journal of Economic Literature, p. 43-95, 2006.

MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie M. The economics of collusion: cartels and bidding rings. Cambridge: The MIT Press, 2012.

MILLER, Nathan H. Strategic leniency and cartel enforcement. The American Economic Review, p. 750-768, 2009.

MISSALI, Guilherme Teno Castilho. Programa de Compliance Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro. Revista de Defesa da Concorrência, v. 3, n. 1, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Diretrizes Para Combater o Conluio Entre Concorrentes em Contratações Públicas, Fevereiro de 2009.

_____. – OCDE. Policy RoundTables: Collusion and Corruption in Public Procurement, 2010.

_____. – OCDE. Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares. Paris: OECD Press, 2010.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. Corruption and government: Causes, consequences, and reform. Cambridge university press, 2016.

SOKOL, D. Daniel. Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement. Antitrust Law Journal, v. 78, 2012.

SOREIDE, T. “Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures” Chr. Michelsen Institute, Report 2002:1, CMI Bergen.

SPAGNOLO, Giancarlo. Self-defeating antitrust laws: how leniency programs solve Bertrand's Paradox and enforce collusion in auctions. 2000.

_____. Reputation, competition, and entry in procurement. International Journal of Industrial Organization, v. 30, n. 3, p. 291-296, 2012.

TANZI, Vito. Corruption and the budget: Problems and solutions. In:Economics of corruption. Springer US, p. 111-128, 1998.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2006), Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement. Available from: http://archive.transparency.org/publications/publications/other/procurement_handbook.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 012.762/2003-9

UN “A strategy for improving public procurement”, International Trade Centre UNCTAD, Switzerland, 1999.

BREVE ESTUDO SOBRE PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS E REMÉDIOS COMPORTAMENTAIS IMPOSTOS EM CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS NO MERCADO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA ("PAY-TV")

Lucas Griebeler da Motta

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar preocupações concorrenciais e remédios comportamentais impostos em concentrações econômicas no mercado de prestação de serviços de televisão por assinatura ("Pay-TV"). Para tal, primeiramente explica-se a dinâmica de funcionamento das etapas envolvidas na cadeia produtiva desse mercado e, na sequência, apresentam-se as suas principais características. Feito isso, analisam-se três casos concretos relevantes (SKY/DirecTV, Comcast/NBCU e AT&T/TW), para depois concluir-se, dadas as peculiaridades apresentadas do setor em apreço, que autoridades antitruste ao redor do mundo encontram preocupações concorrenciais semelhantes em casos, épocas e jurisdições dessemelhantes.

Palavras-chave: Concentrações econômicas na indústria de mídia e de televisão por assinatura (Pay-TV); preocupações concorrenciais e remédios na indústria de mídia; concorrência e televisão por assinatura; defesa da concorrência e serviço de acesso condicionado (SeAC); caso SKY/DirecTV (News Corporation e Hughes Electronics); caso Comcast/NBCU; caso AT&T/TW;

Keywords: Mergers and remedies in media and Pay-TV-related industries; competition and media/innovation; competition in the market for providing of services based on conditional access; News Corporation and Hughes Electronics deal (SKY/DirecTV case); Comcast/NBCU deal; AT&T Corporation and Time Warner (AT&T/TW) case.

1. Introdução

Atos de concentração econômica nos mercados de mídia e de telecomunicações, em especial no de televisão por assinatura ("Pay-TV"), costumam suscitar discussões jurídicas de natureza concorrencial muito ricas. Trata-se de mercados historicamente marcados pela presença de *players* robustos que, com certa frequência, apresentam perante as autoridades

antitruste ao redor do mundo operações gigantescas (*mega deals*) que suscitam, via de regra, preocupações concorrenciais relevantes. Por essa razão, tais operações, de uma forma ou de outra, acabam sendo aprovadas com restrições ou até mesmo sendo reprovadas.

O mercado de prestação de serviços de Pay-TV é complexo e é caracterizado pela alta integração vertical entre os agentes envolvidos nas etapas da cadeia produtiva – desde a concepção abstrata de uma ideia original apta à produção de um conteúdo audiovisual vendável até o provimento de diversos canais de programação pelas detentoras de infraestrutura de rede e distribuidoras/operadoras de Pay-TV. Ainda, o setor é caracterizado por transações com considerável interface com questões relacionadas a direitos de propriedade intelectual, pluralidade de conteúdo, regulação e inovação/novas tecnologias.

Tendo em vista a relevância e a atualidade do tema e com o objetivo de apresentar sucintamente preocupações concorrenciais e remédios comportamentais impostos em concentrações econômicas analisadas pelas autoridades antitruste do Brasil, do Chile, dos Estados Unidos da América ("EUA") e do México, dividiu-se o presente artigo em 3 (três) capítulos, a saber: (i) considerações sobre o funcionamento da cadeia produtiva de prestação de serviços de Pay-TV; (ii) características do mercado de Pay-TV que devem ser levadas em consideração em uma análise antitruste; e (iii) breve análise de casos.

Por fim, uma vez enfrentados os pontos acima, conclui-se que há certo padrão nas preocupações concorrenciais encontradas e nos remédios comportamentais impostos pelas autoridades competentes para análise dessas concentrações econômicas, dadas as peculiaridades do mercado de Pay-TV em termos globais, a despeito de os casos analisados serem de épocas e de jurisdições diferentes.

De todo modo, desde já se ressalva que longe de possuir a pretensão de ser um trabalho exaustivo sobre o tema, busca-se, na presente oportunidade, apenas apresentar algumas considerações e casos concretos que, de alguma forma, tiveram o importante papel de fomento ao debate e à reflexão por parte da comunidade econômica e jurídica.

2. Considerações introdutórias sobre o funcionamento da cadeia produtiva de prestação de serviços de Pay-TV

Como pontuado por Paulo Furquim de Azevedo, ex-Conselheiro do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), a cadeia de produção dos serviços de televisão por assinatura é composta por uma gama de atividades sequenciais verticalmente separáveis, isto é: (i) produção

de conteúdo audiovisual; (ii) programação de canais; (iii) empacotamento de canais de programação; e (iv) distribuição/operação de serviços de Pay-TV as principais[1-2].

A primeira, de produção de conteúdo audiovisual, pode ser definida, conforme prevê o art. 2º, inciso XVII, da Lei nº 12.485/2011 ("Lei do Serviço de Acesso Condicionado – SeAC")[3], como a atividade de elaboração, composição, constituição ou criação de conteúdo audiovisual – resultado da atividade de produção que consiste na fixação ou transmissão de imagens, acompanhadas ou não de som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão[4] – em qualquer meio de suporte. É nessa etapa em que são criados e produzidos filmes, shows, desenhos animados, seriados, documentários, entrevistas e demais exibições com potencial de exploração econômica para ulterior transmissão ao público em geral. São exemplos de produtoras a Disney, a Globo e a Universal.

A segunda etapa da cadeia trata da programação de canais, que nada mais é do que a atividade de agrupamento e seleção, conforme uma temática específica[5], de determinados conteúdos audiovisuais, produzidos na etapa

[1] Cf. AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira in CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; e GOMES, Mário Schapiro (Coordenadores). Direito econômico concorrencial – São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 215-216.

[2] Tendo em vista que na experiência brasileira usualmente quem empacota os canais de programação é a própria distribuidora/operadora de serviços de Pay-TV, o presente artigo não tecerá maiores considerações acerca da etapa de empacotamento, a qual compreende a atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante (vide art. 2º, inciso XI, da Lei do SeAC). Tal fato foi reconhecido pela Agência Nacional do Cinema ("Ancine") em recente estudo intitulado TV por assinatura no Brasil: aspectos econômicos e estruturais, p. 59).

[3] De acordo com o art. 2º, inciso XXIII, da Lei nº 12.485/2011 ("Lei do SeAC"), trata-se de serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

[4] Vide art. 2º, inciso VII, da Lei do SeAC.

[5] Tal segmentação temática é de suma importância para definir-se o mercado relevante em que atua cada programadora de canais. Nesse sentido, tanto o CADE quanto a

antecedente. A programação visa a compor a grade horária de programação em linha com estratégias comerciais e de editoração[6] para captura da maior audiência possível. Resulta dessa etapa, por exemplo, a criação de canais voltados à veiculação de diversos desenhos animados, eventos esportivos (basquete, corrida automobilística, futebol, tênis, etc.), documentários (bem-estar e saúde, engenharia, história, tecnologia, etc.), de acordo com a faixa etária e os interesses do público-alvo a ser atingido. São exemplos de programadoras a Fox, a Globo, a Viacom (dona da MTV e da Nickelodeon).

Por fim, é através da terceira etapa, de distribuição/operação de serviços de Pay-TV, que o conteúdo audiovisual inserido nos canais de programação temáticos é levado aos assinantes de uma área geográfica determinada, nacional ou local, mediante autorização ou concessão do Poder

---

Ancine já se pronunciaram: "A segmentação dos canais por gênero também é útil e pode retratar a forma com que as programadoras concorrem e como os assinantes consomem o serviço. Do ponto de vista do consumidor, canais de um mesmo gênero são substitutos mais próximos. Nesse sentido, para o público infantil, por exemplo, um canal desse gênero terá como substituto outro canal do mesmo gênero e não um canal de notícias ou de esportes. Sob a ótica da oferta, é possível observar também que as programadoras competem de maneira mais próxima dentro do mesmo gênero. Nos contratos entre programadoras e operadoras de TV por assinatura apresentados, gêneros de canais específicos são mencionados para fins de posicionamento no line-up ou cláusulas do tipo nação mais favorecida, por exemplo" (Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14, entre AT&T e TW); "Cada gênero, portanto, configuraria um mercado relevante do produto, considerando o fato de que canais de gêneros semelhantes são substitutos mais próximos, enquanto canais de gêneros diversos possuem uma característica de complementaridade, tanto sob a ótica das operadoras de TV por assinatura, para sua formação de pacotes de programação, quanto para os assinantes destas, que buscam tanto maior qualidade quanto maior quantidade de programação disponível" (Ato de Concentração nº 08012.002417/2010-60, entre HBO Latin America e Sony Pictures Entertainment); e "As programadoras atuam na alocação dos conteúdos produzidos pelas produtoras em canais de programação. A principal distinção entre a atividade de programação no mercado de TV por assinatura e de TV aberta diz respeito ao perfil de programação de cada um deles. Enquanto a TV Aberta se baseia no consumo de massa e precisa exibir uma grande variedade de conteúdos audiovisuais em horários preestabelecidos para que seja capaz de atrair a atenção dos mais diversos perfis, a grade horária da TV por Assinatura pode ser muito mais flexível e personalizada, obedecendo a uma segmentação baseada nos nichos de interesse dos espectadores – tais como esportes, variedades, filmes e séries, etc." (Ancine, TV por assinatura no Brasil: aspectos econômicos e estruturais, p. 36).

[6] Atividade de seleção, organização ou formatação de conteúdos audiovisuais apresentados na forma de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado (vide Lei art. 2, inciso, XX da Lei do SeAC).

Público. A transmissão desses conteúdos depende da instalação e utilização de um conjunto de equipamentos e dispositivos que possibilitam a geração, a transmissão, a recepção, o processamento e a reprodução de sinais eletromagnéticos que darão origem a imagens e sons[7]. São exemplos de operadora de Pay-TV a Claro/NET, a SKY e a Telefônica/Vivo TV.

De maneira simplificada e sintética, o mercado de Pay-TV possui a seguinte estrutura: produção de conteúdo audiovisual (estúdios para gravação de filmes e de programas independentes) → programação de canais (disponibilização, através de canais, de grade de programação temática composta por filmes e programas independentes) → empacotamento/operação de serviços de Pay-TV (distribuição de sinais analógicos e digitais por meio de diversas tecnologias, como cabo, fibra óptica, rádio e satélites) → consumo de conteúdo audiovisual/televisivo pelos assinantes de Pay-TV.

3. Características do mercado de Pay-TV que devem ser levadas em conta em uma análise antitruste

Para que melhor se compreendam as preocupações concorrenciais usualmente apontadas por autoridades concorrenciais ao redor do mundo quando da análise de atos de concentração econômica no mercado de mídia e de Pay-TV, faz-se necessário apresentar algumas de suas principais características: (i) trata-se de um mercado de dois lados sujeito a efeitos e externalidades de rede; (ii) o consumo de conteúdo audiovisual não se esgota pelo consumo e seu preço é definido apenas pela demanda; (iii) há elevada quantidade de consolidações entre agentes do setor com alto poder de mercado; (iv) poucas empresas detêm boa parte dos canais de programação em termos de quantidade de canais e de diversidade de gêneros (poder de portfólio); e (v) o mercado em apreço e seus consumidores podem ser afetados negativamente não apenas por um aumento de preços, mas também por uma redução/restrição na diversidade e pluralidade de conteúdo, o que constitui uma preocupação de natureza não-preço, mas de restrição à democracia e à liberdade de expressão[8].

[7] Consoante art. 2º, inciso X, da Lei do SeAC, trata-se das atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo à distribuidora/operadora a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras.

[8] Por evidente, as preocupações listadas acima são meramente exemplificativas, de sorte que o assunto é terreno bastante fértil a discussões envolvendo o desenvolvimento de novas tecnologias e possibilidades de competição dessas novas tecnologias com o mercado tradicional de Pay-TV (plataformas over-the-top – OTT, tais como aplicações

Em particular, o mercado de prestação de serviços de Pay-TV é um

de streaming a exemplo de Netflix, Amazon Prime Video e iTunes Movies efetivamente teriam condições de concorrer com serviços de TV por assinatura que usa cabeamento próprio, satélites e ondas?). Alguns aspectos dessas discussões já têm sido enfrentados pelo CADE no âmbito da análise de determinados casos, como no Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (entre AT&T e TW) e no Ato de Concentração nº 08700.009426/2015-38 (entre Claro e Brasil Telecomunicações). Adicionalmente, outro tema que fomenta debate é a existência de restrições regulatórias com viés com concorrencial que vedam a detenção de participações societárias relevantes por programadoras de canais no capital de operadoras de Pay-TV e vice-versa, tais como as previstas no art. 5º da Lei do SeAC.

típico mercado de dois lados[9] com efeitos de rede[10], porquanto a atratividade e

[9] "The term two-sided market may seem quite odd to the uninitiated. All markets would at first sight appear to have two sides, namely buyers and sellers. In fact, the term two-sided-market refers to a specific type of market. Put simply, a two-sided market is a market in which a firm sells two distinct products or services to two different groups of consumers (the two sides) and knows that selling more to one group affects the demand from the other group, and possibly vice versa. Thus, it is often said that a firm in a two-sided market needs to get both sides on board to do business. A firm in a two-sided market is then said to act as a platform and to somehow connect distinct but interdependent customer groups (the so-called sides) in a way that generates value for at least one of the two customer groups. Typically, these customers cannot obtain such value, or at least not to that extent, without the platform. Prominent examples of two-sided markets include (i) media markets, where firms sell content and advertising space; (ii) payment cards markets, where firms sell the use of a card to buyers and the use of a point-of-sale terminal to shops, or (iii) traditional and online auction houses, which sell their services to buyers and sellers. In media markets, advertisers' demand for ads on a media outlet increases with the number of consumers of content (viewers, readers, listeners), while viewers, readers and listeners might also be, positively or negatively, affected by the quantity of advertising. This is well-known to the management of media outlets. Similarly in payment cards markets, the larger the number of cardholders, the higher the demand from shops and vice versa. Companies such as American Express or Visa are well aware of this relationship between the two demands they face. Also, auction houses, whether Christie's, Sotheby's or Ebay, know that the more buyers visit their auctions the more likely it is that some seller chooses to use their services and vice versa" (FILISTRUCCHI, Lapo; GERADIN, Damien; VAN DAMME, Eric. Identifying Two-Sided Markets, February 21, 2012. TILEC Discussion Paper No. 2012-008. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2008661 – acesso: 20 de setembro de 2017). Para aprofundamento do assunto, além da leitura do artigo supracitado nesta nota de rodapé, recomendam-se os artigos escritos David Evans, em especial: (i) EVANS, David S. The Web Economy, Two-Sided Markets and Competition Policy (April 4, 2010). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1584363 (acesso: 20 de setembro de 2017); (ii) EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses (January 30, 2013). Roger Blair and Daniel Sokol, eds., Oxford Handbook on International Antitrust Economics, Oxford University Press, Forthcoming; University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 623. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2185373 (acesso: 20 de setembro de 2017); e (iii) EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Markets with Two-Sided Platforms (October 1, 2008). Issues in Competition Law and Policy (American Bar Association – ABA Section of Antitrust Law), Vol. 1, Chapter 28, 2008. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1094820 (acesso: 20 de setembro de 2017).

[10] "Network effects are the positive economic effects that result if a service network (e.g., telephone, cable television, computer operating systems) reaches a certain critical size" (BRODER, Douglas. US Antitrust Law and Enforcement. New York: Oxford

utilidade de um elo da cadeia aumenta à medida em que o outro elo também aumenta: empresas atuantes nesse mercado vendem conteúdo audiovisual a operadoras de Pay-TV para atingir a audiência de assinantes/telespectadores, a qual, quanto mais alta for, mais propiciará ganhos com a venda de espaços publicitários. E quanto mais alta for sua audiência, mais uma programadora de canais poderá cobrar de operadoras de Pay-TV para licenciamento de seus produtos midiáticos[11].

Outra característica marcante do mercado em comento diz respeito às formas de custo e precificação do produto final disponibilizado ao usuário final: como o consumo do conteúdo audiovisual não o esgota, ele não sofre escassez ou depreciação a cada vez que é reproduzido, mas, ao contrário, mais valorizado fica. Ainda, o consumo desse mesmo conteúdo por um usuário não retira de outro usuário a possibilidade de usá-lo ou executá-lo, ainda que de forma simultânea. Ainda, tendo em vista que a despeito de a produção de conteúdo audiovisual exigir elevados custos, a transmissão desse conteúdo conta com custos marginais tendentes a zero, sendo justamente esta última etapa, de disponibilização de sinais digitais para assinantes que constituem a audiência, que efetivamente precifica o produto televisivo[12].

O terceiro aspecto relevante desse setor é a complexidade e a quantidade de consolidações entre agentes concorrentes ou verticalmente integrados com alto poder de mercado, dando origem aos chamados *mega deals*[13]. Apenas para fins exemplificativos e ilustrativos, vale citar os seguintes

University Press, 2016, p. 262).

[11] Efeito semelhante acontece nos mercados de meios eletrônicos de pagamento, onde, por exemplo, à medida em que a emissão de novos cartões e/ou o uso de uma determinada bandeira aumenta, aumenta também a sua rede de aceitação e a demanda por serviços de credenciamento de estabelecimentos comerciais para recebimento de pagamentos com cartões de crédito e débito (Inquérito Administrativo nº 08700.000018/2015-11). Da mesma forma, no âmbito do mercado de classificados online, quanto mais anunciantes a plataforma tiver, mais atrativa ela será para eventuais interessados na aquisição de bens e/ou serviços oferecidos nessa mesma plataforma (Ato de Concentração nº 08700.002864/2016-56, entre Web Motors e RBS – Zero Hora Editora Jornalística).

[12] Esses traços distintivos do mercado de mídia e de Pay-TV foram observados e analisados pelo ex-Conselheiro do Tribunal do CADE Luiz Carlos Delorme Prado, em artigo em coautoria com Ary Barradas: PRADO, Luiz Carlos Delorme Prado; BARRADAS, Ary. Economia do cinema e do audiovisual: uma resenha. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2014, p. 6-9. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/discussao/2014/TD_IE_005_2014_Delorme_Prado__Barradas-v.2.pdf (acesso: 20 de setembro de 2017).

[13] AT&T reaches $85.4 billion mega deal to buy Time Warner, disponível em:

casos: (i) AT&T Corporation ("AT&T") e Time Warner ("TW"); (ii) AT&T e DirecTV; (iii) Vivendi e Telecom Italia; (iv) Comcast e NBCU; (v) News Corporation e British Sky Broadcasting ("BSkyB"); (vi) News Corporation e Hughes Electronics Corporation, além de vários outros[14].

Aliado ao aspecto mencionado acima, tem-se que a consolidação de grandes agentes econômicos acarreta a criação e/ou o reforço de poderes de portfólio, em especial no que atine ao mercado de programação de canais[15]. Nesse sentido, como muito bem notado pela Ancine, a criação de portfólios mais diversificados por parte de programadoras está associada a uma estratégia diversificação de risco, pois como há incertezas sobre quais os conteúdos serão bem-sucedidos e quais não serão, quanto maior for o portfólio de canais de uma programadora, esta poderá utilizar a receita advinda de um canal que caiu nas graças na audiência ("hit") para investir em outros canais, aumentando sua

http://www.dw.com/en/att-reaches-854-billion-mega-deal-to-buy-time-warner/a-36124504 (acesso: 25 de setembro de 2017).

[14] Para uma análise mais apurada de atos de concentração econômica no setor, recomenda-se leitura de: (i) American Bar Association ("ABA"), Section of Antitrust Law, Telecom Antitrust Handbook, Second Edition, 2013, p. 63-173; (ii) GARZANITI, Laurent; O'REGAN, Matthew. Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU Competition Law & Regulation. London: Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, 2010, p. 641-866; (iii) DIAZ PINES, Agustin; BIONDI, Yuri. Vertical Effects in Competition Law and Regulatory Decisions in Pay-Television: France, the United Kingdom and the United States (June 8, 2015). 2015 TPRC, The 43rd Research Conference on Communications, Information and Internet Policy, George Mason University School of Law, Arlington, VA. September 25-27, 2015. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2616385 (acesso: 25 de setembro de 2017).

[15] "A adoção de portfólios, associado à prática usual do mercado de venda conjunta de canais possui implicações concorrenciais. Em verdade, programadoras com poder de portfólio acabam por impor condições na formação dos pacotes das operadoras de TV por Assinatura, alterando significativamente as condições de negociação de acordo com o porte da operadora de TV por Assinatura. Assim, programadoras com poder de portfólio possuem maior capacidade de exercício de poder de mercado. [...] Reitera-se que o poder de portfólio é elemento importante na relação entre programadoras e operadoras. Tal característica se traduz em poder de barganha nas negociações com as programadoras de TV por Assinatura" (Nota Técnica nº 05/2017/CGAA4/SGA1/SG, ref. Ato de Concentração nº 08700.001697/2017-15, AT&T e TW).

qualidade e a probabilidade de que um dia ele seja exitoso[16-17-18].

[16] Vide Relatório Ancine citado acima, 2016, p. 26

[17] Embora a detenção de vastos portfólios não seja um problema concorrencial em si mesmo, tal concentração de marcas/produtos pode ser considerada, a depender do caso concreto, uma barreira à entrada: "The holder of a portfolio of leading spirit brands may enjoy a number of advantages. In particular, his position in relation to his customers is stronger since he is able to provide a range of product and will account for a greater proportion of their business. He will have greater flexibility to structure his prices, promotions and discounts, he will have greater potential for tying, and he will be able to realise economies of scale and scope in his sales and marketing activities" (Guinness/Grand Metropolitan, Case IV/M.938 in EZRACHI, Ariel. EU Competition Law: an Analytical Guide to the Leading Cases. Portland: Hart Publishing, 2016, p. 466-467). Considerações sobre o assunto também foram feitas em Case T-210/2001, General Electric vs. Commission, envolvendo uma tentativa de aquisição, pela General Electric, da Honeywell, no mercado da indústria aeroespacial (in EZRACHI, p. 473-474). Tal entendimento também foi esposado pelo CADE no Ato de Concentração nº 08700.003462/2016-79, Reckitt Benckiser e Hypermarcas), como na redação de seu Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal: "O poder de portfólio pode dificultar a entrada efetiva de novos agentes, a capacidade de rivalizar dos concorrentes presentes no mercado e facilitar a prática de condutas lesivas à concorrência. A detenção de portfólios extensos pode diminuir os custos de transação do cliente, que passa a lidar apenas com uma empresa que possui diversos tipos de produtos e marcas, ao invés de vários pequenos fornecedores, um para cada produto. O relacionamento com muitos fornecedores gera um custo de transação relevante, decorrente de aspectos como negociações de preços e condições com cada produto, confecção e controle de contratos, entre outros. Entretanto, esse poder pode dificultar o acesso dos concorrentes menores no mercado, pois a negociação com eles importaria em maiores custos para o cliente. Em médio e longo prazos, a empresa beneficiada pode aproveitar essa situação e exercer o poder de mercado conquistado, elevando o preço de seus produtos e, eventualmente, ganhando participação de mercado das empresas de menor porte do segmento analisado. O agente pode utilizar o seu amplo portfólio para adotar estratégias agressivas e conseguir o fechamento de mercado aos concorrentes, como a diminuição de preços em um segmento onde deseja conquistar participação de mercado enquanto compensa a perda em outros mercados, na forma de subsídios cruzados. A detenção de um portfólio extenso tem efeitos importantes em termos de marketing dos agentes. A oferta de vários produtos maximiza a exposição da marca da empresa e o esforço de propaganda é mais eficiente quando a empresa detém um portfólio grande de produtos, pois, ao divulgar a marca, ela automaticamente está divulgando também todos os seus outros produtos" (Guia do CADE para Análise de Atos de Concentração Horizontal, p. 39-40).

[18] "The models on foreclosure when there are portfolio or variety effects can also be adapted. The difference is that in a conglomerate context it is the consumer who assembles the system of complements, whereas in a vertical merger context the consumers purchase a bundle of complements from competing firms: the downstream

Por fim, o mercado de Pay-TV é meio de comunicação em massa, de forma que se deve ter em mente que o destinatário final do conteúdo audiovisual pode ser severamente prejudicado não apenas por aumento de preços, como também por uma redução/restrição na diversidade e pluralidade de conteúdo. Ora, sendo o acesso à informação elemento fundamental para o fomento do debate de ideias e para a tomada de decisões, uma restrição na diversidade editorial sujeitaria o pensamento crítico e o desenvolvimento de uma esfera pública saudável aos interesses e preferências comerciais de agentes econômicos, em detrimento da cidadania e da própria democracia[19-20].

---

firms acquire the complements from upstream firms and package and sell them as a bundle to final consumers. A portfolio, or range, effect arises if consumer demand is responsive to variety differentials. If consumers value variety, then a variety differential, where one firm has a broader product range than another, raises the demand for the firm with the variety advantage and also reduces the demand and revenues of its rivals. An integrated firm could end up with a variety advantage if postmerger it forecloses. Foreclosure here means not supplying a rival with access to the complements controlled by the integrated firm: if consumers value variety, then a variety advantage can provide the integrated firm with market power or lead to monopolization." (CHURCH, Jeffrey. Vertical Mergers: issues in competition law and policy, v. 2, p. 1455, ABA Section of Antitrust Law, 2008. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1280505 – acesso: 25 de setembro de 2017).

[19] Sobre o tema, recomenda-se leitura de lúcido artigo de Caio Mário da Silva Pereira Neto, o qual aduz que: "De fato, o livre fluxo de informações no setor de comunicação é um elemento-chave tanto para a autonomia individual quanto para a autodeterminação coletiva. Por um lado, acesso à informação é condição essencial para expandir a percepção de cada indivíduo a respeito dos caminhos que pode traçar em sua própria vida. O contato com diferentes concepções de mundo e a possibilidade de escolha consciente a respeito daquela que se pretende adotar são aspectos fundamentais da liberdade individual. [...] A criação e o fortalecimento de gatekeepers limita o fluxo de informações na esfera pública, atribuindo a certos indivíduos e corporações o poder de controlar quem pode falar o quê e para quem. A redução da diversidade, por sua vez, empobrece o debate público, um dos pilares do processo democrático. Apesar de distintos, ambos os efeitos estão intimamente ligados, uma vez que a criação de gatekeepers tende a reduzir a diversidade na esfera pública" (PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Análise de Concentração Econômica no Setor de Comunicação: Defesa da Concorrência, Democracia e Diversidade na Esfera Pública. In Revista de Direito da Concorrência, v. Especial, 2003, p. 56-87.

[20] "No democratic theory condones government censorship. It is also widely thought that much censorship of journalism or creativity by private power is similarly objectionable. All democratic theories assert that the media should perform a "checkin" or "watchdog" or "fourth estate" function. Any ownership structure that impedes this performance should be presumptively condemned. [However], monopoly or conglomerate media enterprises, as long as they do not deny access to any groups and

Tendo em conta as particularidades indicadas acima, determinantes para a realização de qualquer análise antitruste no âmbito de atos de concentração econômica envolvendo o mercado de prestação de serviços de Pay-TV, apresentam-se abaixo três casos concretos para ilustrar o que foi dito nas seções anteriores deste artigo.

4. Breve análise de casos

4.1. News Corporation e Hughes Electronics Corporation ("Caso Sky/Directv")

O presente caso, decorrente de uma operação global entre as duas requerentes[21], envolveu, no Brasil, dois atos de concentração econômica distintos.

O primeiro, Ato de Concentração nº 53500.002424/2003, tratou da aquisição, pela News Corporation ("News Corp") – atuante no mercado de mídia e de entretenimento, em especial nos setores de produção de conteúdo audiovisual, programação de canais e prestação de serviços de Pay-TV por

as long as they produce good and inclusive journalism aimed at finding, promoting and elaborating the common good, perfectly fit society's democratic needs of supporting a society-wide public sphere (BAKER, Edwin. Media Concentration: Giving up on Democracy. University of Florida Law Review, Forthcoming. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=347342 (acesso: 25 de setembro de 2017).

[21] Para mais informações sobre a operação: "In 2002, the DOJ sued to enjoin EchoStar Communications' bid to acquire DBS provider DirecTV from Hughes Electronics Corporation (Hughes) and its parent, General Motors, a horizontal transaction that ultimately was terminated because the FCC blocked the deal. More than a year later, in late 2003, the Federal Communications Commission ("FCC") approved a joint venture among General Motors (GM), News Corp. and Hughes that resulted in control of Hughes, which then operated DirecTV, being transferred from GM to News Corp.'s majority-held subsidiary, Fox Entertainment Group (Fox).The transaction presented vertical concerns (in lieu of the original horizontal concerns presented by the failed EchoStar bid) because Fox, then the fourth national broadcast network in the United States, supplied programming to DirecTV as well as DBS rivals such as EchoStar and cable MSOs, and also operated thirty-five local broadcast affiliate stations. Recognizing that News Corp. and its subsidiaries pioneered new forms of satellite programming, especially in Europe, the FCC had little difficulty concluding that the potential improvement in DirecTV's service offerings under News Corp.'s innovative and aggressively competitive management, while inherently difficult to quantify precisely, would be a major public interest benefit" ABA Section of Antitrust Law, Telecom Antitrust Handbook, p. 151-152).

satélite –, de 34% (trinta e quatro por cento) das ações da Hughes Electronics Corporation ("Hughes"), tendo como consequência, no Brasil, o exercício do controle indireto, pela News Corp, da DirecTV Brasil. Assim, com a operação, a adquirente, que já era acionista indireta da SKY Brasil ("SKY") – prestadora de serviços de Pay-TV no país –, passou a deter participação societária também na principal concorrente desta, a DirecTV Brasil.

Por sua vez, o segundo, Ato de Concentração nº 53500.029160/2004, conexo ao primeiro, consiste em uma complexa reorganização societária da SKY que redundou na integração das atividades desta com as da DirecTV Brasil. Para tal, as requerentes estruturaram os seguintes passos: (i) os sócios da SKY, quais sejam, News Corp, Liberty Media ("Liberty") e Globo Participações ("Globopar"), celebraram um aditamento ao acordo de sócios da SKY para reduzir a participação da Globopar; (ii) paralela e simultaneamente, a Liberty decidiu alienar indiretamente sua participação na SKY à News Corp, via controlada sua DirecTV, passando o controle da SKY a ser detido pela DirecTV; (iii) a News Corp alienou sua participação societária e demais ativos no mercado de Pay-TV na América Latina à sua controlada DirecTV; (iv) em troca da quase totalidade das quotas da DirecTV Brasil, convencionou-se que esta passaria a deter 29,5% (vinte e nove e meio por cento) do capital da SKY. Após a conclusão dessas etapas, as requerentes afirmaram que pretendem realizar a migração dos assinantes da DirecTV para a SKY, nela consolidando a base de clientes das duas operadoras de Pay-TV.

Consoante definição de mercado relevante material e geográfica adotada pelo CADE, os mercados afetados pela operação seriam os seguintes: (i) mercado de produção de conteúdo midiático nacional e de licenciamento de direitos inerentes – abrangência nacional; (ii) mercado de produção de conteúdo midiático internacional e de licenciamento de direitos inerentes – abrangência internacional; (iii) mercado de programadoras nacionais de Pay-TV – abrangência nacional; (iv) mercado de programadoras internacionais de Pay-TV – abrangência nacional; (v) mercado de operadoras de Pay-TV – abrangência local[22].

[22] O CADE adotou definição de mercado relevante geográfica similar à adotada pela FCC no âmbito do caso EchoStar e DirecTV: "Next, the FCC examined the relevant geographic markets. Following its standard approach, the FCC concluded that technically each individual's residence represented a separate relevant geographic Market, since no customer would change residences in order to avoid a small but significant and non-transitory price increase. Because it would be impractical to evaluate millions of markets, the FCC aggregated customers who faced similar competitive choices. The FCC presumed that to be the area of the local cable franchise. To further simplify the analysis, the FCC grouped those broader geographic markets into three broad categories: markets not served by any cable system, markets served by

Após analisar detidamente a transação, o então Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado, em 24 de maio de 2006, identificou, dentre outras, as seguintes preocupações concorrenciais: (i) a operação acarreta uma concentração de 34% (trinta e quatro por cento) no mercado de prestação de serviços de Pay-TV em geral, podendo chegar a um quase-monopólio no provimento desses mesmos serviços via satélite, caso se segmente o mercado em apreço por tipo de tecnologia utilizada para transmissão de sinais; (ii) tendo em vista que alguns municípios seriam atendidos apenas pela tecnologia de satélite, a SKY, sendo uma quase-monopolista, poderia exercer de forma abusiva sua posição dominante e adotar condutas unilaterais em detrimento da concorrência e aumentar os preços em face de seus consumidores; (iii) não apenas o mercado de prestação de serviços de Pay-TV é atingido pela operação, como também o são os mercados de produção de conteúdo audiovisual e de programação de canais, que são completamente dependentes do primeiro mercado; (iv) a extinção da DirecTV como uma concorrente efetiva da SKY significa uma restrição de acesso ao mercado de conteúdo para os canais da primeira operadora, de modo que não somente tais canais deixam de ter perspectiva de crescimento, mas, ao revés, passam a ter perspectiva de perda de audiência; e (v) a operação acarreta maior integração vertical da cadeia produtiva de prestação de serviços de Pay-TV, dada a participação societária, inclusive com direitos de veto conferidos por acordos entre sócios, de empresas do Grupo Globo em agentes atuantes nas três principais etapas dessa cadeia.

Objetivando mitigar as preocupações encontradas, o então Conselheiro-Relator determinou a imposição dos seguintes principais remédios: (i) vedação, por 5 (cinco) anos e por parte das sociedades integrantes da News Corp, à prática de tratamento discriminatório em favor de empresas do seu grupo econômico para aquisição/licenciamento de conteúdo audiovisual a qualquer operadora de Pay-TV; (ii) vedação, também pelo período de 5 (cinco) anos, ao exercício de qualquer cláusula de exclusividade para fornecimento de conteúdo audiovisual e/ou canais de programação a quaisquer operadoras de Pay-TV, em especial no que tange a eventos esportivos; (iii) a SKY, como quase-monopolista em algumas regiões do Brasil, deverá adotar preço único em todo o território nacional para cada pacote de canais que oferecer, sendo permitidas promoções locais de preço determinado, devendo tal compromisso ser publicado pela SKY em jornais de grande circulação; (iv) pelo prazo de 3 (três) ano, a SKY deve transmitir os canais hoje disponíveis na DirecTV para os assinantes desta última e que serão migrados para a plataforma da primeira; (v) também pelo prazo de 3 (três) anos, a SKY deve garantir as

low-capacity cable systems, and markets served by high-capacity cable systems" (ABA Section of Antitrust Law, Telecom Antitrust Handbook, p. 92).

mesmas condições comerciais ofertadas pela DirecTV às programadoras de conteúdo nacional que com esta última mantinham contratos de aquisição/licenciamento de conteúdo; e (vi) todas as sociedades integrantes do Grupo Globo devem abster-se de exercer quaisquer direitos contratuais que lhes concedam poderes de veto e/ou de determinação unilateral das condições de transmissão de conteúdo pela SKY – como preço e grade ou numeração de canais ("*line-up*") –, devendo tal restrição constar dos atos societários da SKY[23].

4.2. Comcast e NBC Universal ("Caso Comcast/NBCU")

A concentração econômica entre Comcast Corporation ("Comcast") e NBC Universal ("NBCU") envolveu a transferência de controle de licenças de transmissão, operação de satélites e de outras tecnologias de rádio da General Electric ("GE") para a Comcast, uma operadora de sistemas a cabo para transmissão de canais de programação de vários segmentos e prestação de serviços de Internet banda-larga – a Comcast também era detentora de participação societária em 11 (onze) redes de programação nacionais, além de participação minoritária no estúdio de filmes Metro-Goldwyn-Mayer ("MGM"). A NBCU, por sua vez, era um grupo de comunicação, entretenimento e mídia, que operava, dentre outros, diversas redes de programação, estúdios de produção de conteúdo audiovisual e parques temáticos.

[23] Os remédios impostos pela FCC também visam à mitigação de preocupações concorrenciais atinentes à criação de incentivos para discriminação e fechamento de mercado a concorrentes não integrados verticalmente: "Nonetheless, the FCC also concluded that the post-transaction entity would have an increased incentive and ability to engage in anticompetitive foreclosure strategies with respect to two types of must have video programming products, broadcast television station signals and regional cable programming sports networks, in order to secure higher prices for its programming. The conditions structured to mitigate that risk included (1) a non-discrimination pledge by both Fox and DirecTV in selection, price, terms or conditions of carriage made available to unaffiliated programming services, and (2) a series of program access-like undertakings that would remain enforceable even if News Corp. ceased to be subject to the Commission's program access rules for its satellite-delivered content. The FCC also insisted on a commercial arbitration process for carriage negotiations with unaffiliated MVPDs for Fox's regional and national sports programming services, largely to avoid local programming disruptions and provide a vehicle for resolving retransmission consent disputes. After first issuing a second request, the DOJ announced that it would not challenge the transaction in light of conditions imposed by the FCC in connection with its approval of the transfer of the DirecTV licenses" (idem, p. 152-153).

A operação consistia, primeiramente, na compra, pela GE, dos 20% (vinte por cento) restantes do capital da sua controlada NBCU, que estava nas mãos da Vivendi, um conglomerado de mídia francês, atuante nos mercados de música, televisão, cinema, editoração, telecomunicações, jogos de videogame e Internet. Subsequentemente, Comcast e GE acordaram em constituir uma *joint venture* ("JV") chamada Navy LLC ("Navy"). Para compor o capital desta última, a GE contribuiu com a própria NBCU, além de outros ativos utilizados pela NBCU para operação das suas atividades reguladores, ao passo que a Comcast cedeu à JV alguns de seus ativos relacionados aos negócios de produção de conteúdo, redes de programação e de Internet – os negócios da Comcast no mercado de operação de cabos permaneceram inalterados, não entrando no capital desta nova JV. Adicionalmente a tal contribuição de ativos, com o objetivo de adquirir 51% (cinquenta e um por cento) do capital da JV, a Comcast realizou um pagamento em dinheiro de aproximadamente USD 6,5 bilhões (seis bilhões e quinhentos milhões de dólares) à GE, a qual ficou com os 49% (quarenta e nove por cento) restantes da JV.

A FCC, ao analisar a operação, encontrou preocupações concorrenciais advindas tanto da integração vertical quanto da concentração horizontal entre as requerentes, a saber: (i) preocupações decorrentes da verticalização: (i.1) possibilidade de prática de condutas exclusionárias – a operação criaria incentivos para que o conteúdo audiovisual e os canais de programação da JV não fossem fornecidos a operadoras de Pay-TV concorrentes da Comcast, ou, se fossem fornecidos, as negociações subjacentes teriam condições desvantajosas para aumentar o custo de rivais e/ou diminuir a qualidade de seus serviços para desvio da base de clientes de plataformas competidoras para a Comcast/NBCU; e (i.2) possibilidade de prática de condutas discriminatórias, por parte da operadora de Pay-TV verticalizada, no sentido de esta não querer contratar a difusão de canais de programação de concorrentes ou de a estes impor termos e condições comerciais não-razoáveis, diminuindo possibilidades de competição entre programadoras independentes e programadoras afiliadas ao grupo econômico das requerentes; (ii) preocupações decorrentes de elementos horizontais: (ii.1) aumento da concentração horizontal nos mercados de produção de conteúdo audiovisual, programação de canais e operação de Pay-TV, em especial nos nichos e regiões em que Comcast e NBCU já eram dominantes antes mesmo da operação; e (ii.2) possibilidade de redução no desenvolvimento e na inovação de determinadas categorias de programação, em detrimento da qualidade e da diversidade de conteúdo disponibilizados aos assinantes de Pay-TV, em especial nos segmentos de esportes, noticiários e canais voltados ao público feminino[24].

[24] Além dessas preocupações, a FCC também suscitou outras, tais como restrições à

A operação foi aprovada pela FCC e pelo Departamento de Justiça dos EUA ("DoJ") no início de 2011, sujeita a uma série de condições para fomentar e proteger a concorrência nos mercados afetados: (i) estabelecimento de procedimento arbitral para solucionar eventuais impasses entre Comcast/NBCU acerca de condições comerciais para licenciamento de conteúdo; (ii) a Comcast deveria fornecer serviços de Internet banda-larga desvinculados de televisão a cabo, evitando, assim, venda casada a seus consumidores; (iii) a Comcast estaria proibida de praticar quaisquer arranjos e/ou termos contratuais que indevidamente limitassem a liberdade negocial e a criatividade de fornecedores de conteúdo audiovisual; (iv) proibição de retaliação, por parte da Comcast, a quaisquer produtoras e/ou programadoras de canais que também licenciam seus conteúdos para concorrentes da Comcast; e (v) proibição de exercício de direitos políticos, por parte da Comcast/NBCU, em sociedades atuantes no mesmo mercado relevante afetado pela operação[25].

A transação entre Comcast/NBCU também foi notificada à Comissão Europeia, mas devido à baixa participação de mercado de ambas as empresas no Espaço Econômico Europeu ("EEE" ou "EEA") e dada a inexistência de integração vertical entre as operações das requerentes na Europa, a operação foi aprovada sem restrições.

4.3. AT&T Corporation e Time Warner ("Caso AT&T/TW)

Trata-se de uma operação global para aquisição, por parte da AT&T, que presta serviços de entretenimento, mídia, Pay-TV e telecomunicações nos EUA e na América Latina, do controle unitário da TW, uma empresa de mídia e entretenimento, detentora de três divisões de negócios distintos, a saber: (i) Turner, uma produtora e programadora de conteúdo para canais básicos de Pay-TV; (ii) HBO, uma produtora e programadora de conteúdo *premium* de Pay-TV; e (iii) Warner, uma produtora, licenciadora e programadora de conteúdo para Pay-TV e jogos eletrônicos. Como AT&T controla as operadoras de Pay-TV DirecTV e SKY, ao passo que a TW produz conteúdo audiovisual e programa, dentre outros, os canais Cartoon Network, CNN, HBO, Sony e TNT,

concorrência no mercado de produção e distribuição de conteúdo audiovisual para plataformas online e criação de eventuais desincentivos à independência jornalística. Contudo, tendo em vista que o objetivo do presente artigo é discutir preocupações de cunho concorrencial no mercado de prestação de serviços de Pay-TV, optou-se por não adentrar em outras discussões que, a despeito de serem interessantes, não diziam diretamente respeito ao tema sob estudo.

[25] Ou seja, trata-se de uma restrição comportamental, mas que, em verdade, possui efeitos estruturais (ABA Section of Antitrust Law, Telecom Antitrust Handbook, p. 155-156).

tem-se que a operação acarretará integração vertical entre as atividades das requerentes.

As autoridades concorrenciais e regulatórias do Chile e do México aprovaram a operação, mas entenderam que esta poderia, de alguma forma, criar incentivos para a prática de condutas unilaterais por parte das requerentes, tais como aumento de custos de rivais, recusa em contratação/licenciamento de canais TW a plataformas de Pay-TV concorrentes de AT&T/DirecTV/SKY na América Latina, imposição de termos e condições comerciais discriminatórias a concorrentes tanto no mercado de programação quanto de operação de Pay-TV. Adicionalmente, referidas autoridades entenderam que poderia haver redução da concorrência nos mercados afetados pela operação em razão de eventual coordenação e acesso a informações comercial e concorrencialmente sensíveis de plataformas e canais concorrentes das requerentes, tendo em vista que, de um lado, AT&T detém as plataformas da DirecTV e da SKY, que firmam contratos com diversas programadoras de canais (incluindo concorrentes da TW), e, de outro, TW firma contratos com diversas operadoras de Pay-TV (incluindo concorrentes da AT&T)[26].

Como medidas para resguardo da concorrência, as autoridades do Chile e do México entraram em um acordo com as requerentes para que estas, além de se sujeitarem aos remédios já mencionados nos casos acima (estabelecimento de mecanismo arbitral para solução de disputas em litígios relacionados ao licenciamento de canais de programação, obrigações de não-discriminação, etc.), dentre outros, também: (i) tenham executivos independentes para o desenho e a execução de estratégias comerciais e publicitárias de geração e transmissão de conteúdos audiovisuais; (ii) executem as atividades de produção, programação e operação de Pay-TV de maneira independente; e (iii) evitem a nomeação de administradores que atuem concomitantemente tanto para a AT&T e suas controladas, como também para a TW e suas controladas.

No Brasil, a Superintendência-Geral do CADE ("SG/CADE") emitiu nota técnica endossando boa parte das preocupações concorrenciais também encontradas pelas autoridades chilena e mexicana, opinando, assim, pela

[26] Vide notícias veiculadas nos seguintes sites: (i) http://eleconomista.com.mx/industrias/2017/08/23/que-implican-las-condiciones-ift-att-sobre-sky-mexico; (ii) https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-08-22/at-t-time-warner-deal-challenged-by-brazil-antitrust-agency; (iii) http://latinlawyer.com/article/1147149/at-t-time-warner-merger-approved-in-chile; (iv) http://teletela.com.br/teletime/04/09/2017/agencia-reguladora-chilena-aprova-fusao-att-e-time-warner/; e (v) http://globalcompetitionreview.com/article/1147102/chile-clears-at-t-time-warner (acesso: 30 de setembro de 2017).

reprovação da operação. Esta foi encaminhada ao Tribunal do CADE, tendo sido designado como relator o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, o qual se filiou às principais preocupações levantadas pela SG/CADE: (i) a estrutura verticalizada decorrente da operação criaria incentivos para prática de discriminação de outras programadoras; e (ii) haveria possibilidade de fechamento de mercado no segmento de operação de Pay-TV, por meio do direcionamento dos conteúdos da TW para entidades afiliadas à AT&T.

Almejando uma solução consensual para o caso, o CADE e as partes negociaram um Acordo em Controle de Concentrações ("ACC"), aprovado em outubro de 2017, prevendo, dentre outras, as seguintes obrigações: (i) separação estrutural das programadoras de canais TW das operações da SKY no Brasil, cada qual com estruturas de administração e governança próprias, não sendo permitida troca de informações sensíveis; (ii) as programadoras de canais afiliadas à AT&T/TW devem licenciar, às operadoras de Pay-TV independentes, seus conteúdos audiovisuais mediante condições comerciais não-discriminatórias (sendo, porém, admitidas algumas exceções, desde que se constate racionalidade econômica baseada em fatores objetivos como volume de assinantes, nível de penetração do canal, empacotamento, prazo do contrato, histórico comercial, etc.); (iii) a SKY não se recusará a transmitir canais de programadoras independentes e nem poderá impor-lhes termos que possam ser considerados discriminatórios em relação àqueles impostos às programadoras afiliadas à AT&T/TW; (iv) nomeação de um terceiro independente para fiscalização do cumprimento dos deveres estabelecidos no ACC ("*trustee*"), que emitirá relatórios semestrais para auxiliar a Procuradoria Federal Especializada do CADE ("PFE-CADE") no monitoramento dos remédios, e (v) adoção de arbitragem para solução de conflitos relacionados às condições comerciais de contratos de licenciamento de conteúdo audiovisual, a ser conduzida pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá ("CCBC"), com custas a cargo de AT&T/TW se a contraparte independente (programadora de canais ou operadora de Pay-TV não-afiliada à AT&T/TW) detiver menos de 20% de participação em qualquer mercado relevante. Por fim, constou do ACC cláusula que dispõe que eventuais condenações administrativas por ações discriminatórias, condutas coordenadas ou criação de barreiras à entrada poderá ensejar a revisão dos termos do ACC.

A operação foi aprovada sem quaisquer restrições pela Comissão Europeia, dado que no EEE a AT&T apenas presta serviços de telecomunicações a clientes corporativos. Por outro lado, ainda está enfrentando sérias objeções do Governo de Donald Trump nos EUA, objeções essas que, receia-se, sejam mais políticas do que técnicas[27], em razão da guerra

[27] Global Competition Review ("GCR") – AT&T: US must prove market power to stop

declarada do presidente norte-americano ao canal Cable News Network ("CNN"), integrante da Turner/TW.

5. Conclusão: preocupações concorrenciais semelhantes em casos, épocas e jurisdições dessemelhantes

Como visto, o mercado de prestação de serviços de Pay-TV é marcado pelo alto grau de verticalização entre os agentes econômicos nele atuantes, sendo que boa parte destes representam empresas multinacionais de grande envergadura, como AT&T/DirecTV/SKY, Comcast/NBCU, Fox e TW – vide casos estudados acima.

Por essa razão e dadas as especificidades do mercado em apreço, via de regra, as preocupações concorrenciais encontradas pelas autoridades antitruste ao redor do mundo em operações concernentes a tal setor tendem a ser bastante semelhantes – quais sejam, adoção de condutas discriminatórias, aumento de custos de rivais, criação de incentivos contra a diversidade, a inovação e a independência de canais de programação, recusa em contratar, etc. –, a despeito de os casos, as épocas e as jurisdições envolvidas serem dessemelhantes.

Ainda que se reconheça o mérito e, em alguma medida, o efeito mitigador de alguns pontos críticos endereçados pelos remédios impostos ou negociados, dada a modernização e o rápido desenvolvimento de novas tecnologias para distribuição de conteúdo audiovisual e dada a própria dinamicidade inerente ao mercado de entretenimento, tem-se que além de o monitoramento desses remédios ser muito difícil, agentes dominantes conseguiriam, ao menos em tese, praticar atos anticompetitivos por meio de pequenas nuances cujos efeitos seriam dificilmente detectáveis, tais como alterações repentinas de *line-up* de canais não-afiliados para apropriação indevida de audiência em favor de canais afiliados/verticalizados ou, no limite, até mesmo interrupção sumária e unilateral de transmissão de alguns canais[28].

---

vertical deal. Disponível em: http://globalcompetitionreview.com/article/1151215/at-t-us-must-prove-market-power-to-stop-vertical-deal (acesso: 10 de dezembro de 2017). Vox – 8 antitrust experts on what Trump's war on CNN means for the AT&T/Time Warner merger: there is no question that AT&T will use those comments in its defense. Disponível em: https://www.vox.com/policy-and-politics/2017/12/6/16730874/att-time-warner-cnn-trump-antitrust (acesso: 10 de dezembro de 2017).

28 Embora não se tenha notícia de que essa conduta tenha já sido utilizada com objetivos anticompetitivos, sabe-se que há plenas condições operacionais e técnicas para retirada sumária de um canal do ar, tal qual recentemente aconteceu com a Fox Sports, que teve sua transmissão interrompida pela SKY durante uma partida de futebol entre o Juventus e o Inter de Milão (disponível em:

Portanto, trata-se de assunto bastante recente e propício ao debate, que deve ser estudado mais de perto para que se tentem conciliar as eficiências econômicas alegadas por futuras requerentes e as novas (e, em alguma medida, até mesmo velhas) preocupações concorrenciais advindas de novas consolidações no setor. Afinal, se criatividade e inventividade são os combustíveis da indústria do entretenimento, nunca se sabe quando será o próximo *mega deal* – certamente mais complexo que os seus antepassados.

6. Referências

AMERICAN BAR ASSOCIATION – ABA Section of Antitrust Law. Telecom Antitrust Handbook, Second Edition, 2013.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira in CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; e GOMES, Mário Schapiro (Coordenadores). Direito econômico concorrencial – São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BAKER, Edwin. Media Concentration: Giving up on Democracy. University of Florida Law Review, Forthcoming. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=347342 (acesso: 25 de setembro de 2017).

BLOOMBERG. AT&T-Time Warner Deal Challenged by Brazil Antitrust Agency, Disponível em: https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-08-22/at-t-time-warner-deal-challenged-by-brazil-antitrust-agency (acesso: 30 de setembro de 2017).

BRASIL. Agência Nacional do Cinema – ANCINE. TV por assinatura no Brasil: aspectos econômicos e estruturais, 2016.

BRODER, Douglas. US Antitrust Law and Enforcement. New York: Oxford University Press, 2016.

CHURCH, Jeffrey. Vertical Mergers: issues in competition law and policy, v. 2, p. 1455, ABA Section of Antitrust Law, 2008. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1280505 (acesso: 25 de setembro de 2017).

DEUTSCHE WELLE – DW. AT&T reaches $85.4 billion mega deal to buy Time Warner. Disponível em: http://www.dw.com/en/att-reaches-854-billion-mega-deal-to-buy-time-warner/a-36124504 (acesso: 25 de setembro de 2017).

DIAZ PINES, Agustin; BIONDI, Yuri. Vertical Effects in Competition Law and Regulatory Decisions in Pay-Television: France, the United Kingdom and the United States (June 8, 2015). 2015 TPRC, The 43rd Research Conference

https://uolesportevetv.blogosfera.uol.com.br/2017/02/05/sem-acordo-fox-sai-do-ar-na-sky-no-meio-de-jogo-e-irrita-espectadores/ - acesso: 30 de setembro de 2017).

on Communications, Information and Internet Policy, George Mason University School of Law, Arlington, VA. September 25-27, 2015. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2616385 (acesso: 25 de setembro de 2017).

EL ECONOMISTA. ¿Qué implican las condiciones del IFT a AT&T sobre Sky México? Disponível em: http://eleconomista.com.mx/industrias/2017/08/23/que-implican-las-condiciones-ift-att-sobre-sky-mexico (acesso: 30 de setembro de 2017).

EVANS, David S. The Web Economy, Two-Sided Markets and Competition Policy (April 4, 2010). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1584363 (acesso: 20 de setembro de 2017).

___.; SCHMALENSEE, Richard. Markets with Two-Sided Platforms (October 1, 2008). Issues in Competition Law and Policy (ABA Section of Antitrust Law), Vol. 1, Chapter 28, 2008. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1094820 (acesso: 20 de setembro de 2017).

___.; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses (January 30, 2013). Roger Blair and Daniel Sokol, eds., Oxford Handbook on International Antitrust Economics, Oxford University Press, Forthcoming; University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 623. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2185373 (acesso: 20 de setembro de 2017).

EZRACHI, Ariel. EU Competition Law: an Analytical Guide to the Leading Cases. Portland: Hart Publishing, 2016.

FILISTRUCCHI, Lapo; GERADIN, Damien; VAN DAMME, Eric. Identifying Two-Sided Markets, February 21, 2012. TILEC Discussion Paper No. 2012-008. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2008661 (acesso: 20 de setembro de 2017).

GARZANITI, Laurent; O'REGAN, Matthew. Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU Competition Law & Regulation. London: Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, 2010.

GLOBAL COMPETITION REVIEW – GCR. Chile clears AT&T/Time Warner. Disponível em: http://globalcompetitionreview.com/article/1147102/chile-clears-at-t-time-warner (acesso: 30 de setembro de 2017).

___. AT&T: US must prove market power to stop vertical deal. Disponível em: http://globalcompetitionreview.com/article/1151215/at-t-us-must-prove-market-power-to-stop-vertical-deal (acesso: 10 de dezembro de 2017).

LATIN LAWYER. AT&T-Time Warner merger approved in Chile. Disponível em: http://latinlawyer.com/article/1147149/at-t-time-warner-merger-

approved-in-chile (acesso: 30 de setembro de 2017).

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Análise de Concentração Econômica no Setor de Comunicação: Defesa da Concorrência, Democracia e Diversidade na Esfera Pública. *In* Revista de Direito da Concorrência, v. Especial, 2003.

PRADO, Luiz Carlos Delorme Prado; BARRADAS, Ary. Economia do cinema e do audiovisual: uma resenha. Instituto de Economia da UFRJ, 2014. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/discussao/2014/TD_IE_005_2014_Delorme_Prado__Barradas-v.2.pdf (acesso: 20 de setembro de 2017).

TELETIME. Agência reguladora chilena aprova fusão AT&T e Time Warner. Disponível em: http://teletela.com.br/teletime/04/09/2017/agencia-reguladora-chilena-aprova-fusao-att-e-time-warner/ (acesso: 30 de setembro de 2017).

UOL ESPORTE E TV. Sem acordo, Fox sai do ar na SKY no meio de jogo e irrita espectadores. Disponível em: https://uolesportevetv.blogosfera.uol.com.br/2017/02/05/sem-acordo-fox-sai-do-ar-na-sky-no-meio-de-jogo-e-irrita-espectadores/ (acesso: 30 de setembro de 2017).

VOX. 8 antitrust experts on what Trump's war on CNN means for the AT&T/Time Warner merger: there is no question that AT&T will use those comments in its defense. Disponível em: https://www.vox.com/policy-and-politics/2017/12/6/16730874/att-time-warner-cnn-trump-antitrust (acesso: 10 de dezembro de 2017).

DESAFIOS DO *BIG DATA* AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Luiza Andrade Machado

Resumo: A evolução tecnológica permitiu a multiplicação exponencial do volume de dados coletados, processados, analisados e utilizados pelas empresas em diferentes mercados. Denominados, de maneira simplificada, pelo termo *big data*, tais dados e a tecnologia a eles relacionada mostram-se relevantes ferramentas para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de produtos e serviços, principalmente em mercados digitais. Considerando o recente debate acerca da relevância do *big data* para a concorrência, esse trabalho tem por objetivo analisar os desafios enfrentados pelo direito da concorrência sobre o assunto, no âmbito de atos de concentração e também de condutas anticompetitivas.

Palavras-chave: *Big data*, concorrência, vantagem competitiva, atos de concentração, condutas anticompetitivas

Keywords: *Big data, competition, competitive advantage, merger review, anticompetitive practices*

1. Introdução

"*O recurso mais valioso do mundo não é mais o óleo, mas os dados*". Essa afirmação, título de recente artigo publicado pela revista norte-americana *The Economist*[1], reflete a realidade na qual o volume de produção dos mais diversos tipos de dados cresce exponencialmente e seu uso tem se tornado um importante aliado de empresas para, por exemplo, permitir a identificação de padrões de consumo, o desenvolvimento de estratégias de *marketing*, o oferecimento de novos e melhores produtos e serviços direcionados ao perfil específico dos consumidores, a organização logística, dentre outros.

Nesse sentido, estudo da consultoria McKinsey&Company enfatiza que o uso de *big data*, cujo significado será aprofundado abaixo, se tornará o

[1] Tradução livre de "The world's most valuable resource is no longer oil, but data", artigo publicado em maio de 2017 e disponível em https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource. Acesso em 11.09.2017.

principal fundamento para a concorrência e o crescimento de empresas. De acordo com o estudo:

> Do ponto de vista da competitividade e do potencial de captura de valor, todas as empresas precisam dar relevância à big data. Na maior parte das indústrias e de maneira semelhante, concorrentes estabelecidos e novos entrantes deverão potencializar estratégias orientadas por dados para inovar, concorrer e capturar valor a partir de informações consistentes e até em tempo real[2].

Não à toa, tem-se observado nos últimos anos aumento gradual do interesse, e também da preocupação, das autoridades da concorrência e da doutrina sobre o assunto.

Nesse contexto, o presente artigo apresenta um panorama dos principais desafios que serão – e, em alguns casos, já estão sendo – enfrentados pelo direito da concorrência diante de modelos de negócio que tendem cada vez mais a utilizar dados como ferramenta fundamental para seu desenvolvimento. Este estudo baseia-se não apenas em aspectos teóricos, mas também na jurisprudência internacional e nacional sobre o assunto, com foco nas discussões envolvendo tanto atos de concentração, como condutas anticompetitivas. Preliminarmente, faz-se necessário esclarecer a definição de *big data* para fins do presente trabalho.

2. O conceito de *big data*

Conforme apontado pelo *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos, estamos na era do *big data*[3], cujo desenvolvimento deve-se ao rápido avanço de tecnologias que potencializaram a coleta de dados. Veja-se, por exemplo, a ampliação da presença de *smartphones*, computadores, sensores e

[2] Tradução livre de "From the standpoint of competitiveness and the potential capture of value, all companies need to take big data seriously. In most industries, established competitors and new entrants alike will leverage data-driven strategies to innovate, compete, and capture value from deep and up-to-real-time information". MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity, 2011. Disponível em: http://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation. Acesso em 21.09.2017.

[3] FEDERAL TRADE COMMISSION. Big Data – A Tool for Inclusion or Exclusion?, 2016, p. i. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf. Acesso em: 24.09.2017

outros dispositivos conectados à internet no nosso cotidiano, inclusive sob a denominação de Internet das Coisas (ou, *Internet of Things* – IoT), que permitem a coleta de praticamente todas as ações e comunicações de seus usuários. Além disso, a criação de soluções que permitem e/ou facilitam o processamento e análise desses dados, tais como computação em nuvem[4] e inteligência artificial, contribui para o delineamento dessa nova era.

Nesse sentido, embora a literatura não ofereça definição clara de *big data*[5], este pode ser considerado um termo "guarda-chuva" utilizado para descrever o constante aumento no fluxo de dados coletados de indivíduos a partir de dispositivos conectados, bem como a nova geração de soluções que estão sendo utilizadas para extrair *insights* e valor desse fluxo de dados[6]. Desse modo, o conceito de *big data* é usualmente associado a determinadas características, identificadas como *volume*, *velocidade*, *variedade* e *valor* dos dados, resumidamente denominados "4Vs"[7-8].

A coleta, processamento, análise e uso de *big data* vêm sendo utilizados no desenvolvimento de negócios em diversos setores da economia, em especial, no ambiente digital. Cada vez mais empresas estão adotando

[4] i.e., o fornecimento de serviços de computação – servidores, armazenamento, bancos de dados, rede, software, análise e muito mais – pela Internet, conforme definição da Microsoft, disponível em: https://azure.microsoft.com/pt-br/overview/what-is-cloud-computing/. Acesso em: 20.09.2017.

[5] ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation, 2013, p. 326. Disponível em: http://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/supporting-investment-in-knowledge-capital-growth-and-innovation_9789264193307-en. Acesso em: 24.09.2017.

[6] WORLD BANK GROUP. Big Data – Innovation Challenge. Pioneering approaches to data-driven development, 2016, p. iii. Disponível em: http://pubdocs.worldbank.org/en/791961475349840153/BigData-Publication-e-version-FINAL.pdf. Acesso em 24.09.2017.

[7] OCDE. Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation, 2013, p. 326. AUTHORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT. Competition Law and Big Data, 2016, pp. 4-5. Disponível em: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf. Acesso em 24.09.2017. OCDE. Bringing Competition Policy to the Digital Era, 2016, p. 5. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm. Acesso em 24.09.2017. BOUTIN, Xavier; CLEMENS, Georg. Defining Big Data in Competition, 2017, pp. 3-4. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2938397. Acesso em 24.09.2017.

[8] Alguns autores sustentam que características tais como veracidade e validação também deveriam ser atribuídas ao big data e que, portanto, seria definido por "6Vs".

modelos de negócios e estratégias comerciais que se baseiam no resultado da análise dos dados coletados e que podem resultar no desenvolvimento e aperfeiçoamento de novos e melhores produtos e/ou serviços aos consumidores.

Diante do fato de o *big data* estar se tornando importante fator de concorrência entre as empresas, torna-se fundamental o debate acerca das preocupações e do papel que o direito da concorrência deve exercer em relação ao assunto.

3. Atos de concentração e *big data*

Declarações recentes de Margrethe Vestager (Comissária Europeia da Concorrência) e Edith Ramirez (ex-Presidente do *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos) de que "*we as consumers have a new currency that we can use to pay for them – our data*" [9] e "*today's currency is data*"[10] demonstram a relevância de modelos de negócios impulsionados não pela cobrança de valores pelos serviços e produtos que oferecem, mas pela obtenção de dados de seus usuários e consumidores. É o caso, por exemplo, dos serviços "gratuitos" de redes sociais e buscadores de conteúdo oferecidos por grandes empresas digitais, tais como Facebook e Google. A predominância dessas empresas em mercados digitais, bem como o aumento no número de operações relacionadas a *big data*[11], suscitaram o debate internacional sobre o impacto desse tema em atos de concentração.

Nesse artigo, operações envolvendo *big data* serão abordados sob três aspectos: (i) os dados como ativos relevantes das empresas; (ii) a privacidade como preocupação do direito da concorrência, e (iii) a insuficiência do critério de faturamento para a notificação de operações às autoridades da concorrência.

(i) Os dados como ativos relevantes das empresas

[9] Conforme discurso da Comissária em evento promovido pela DLD (Digital-Life-Design) em Munique, em janeiro de 2016. Disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en. Acesso em: 27.09.2017.

[10] De acordo com notícia do jornal New York Times, de dezembro de 2014, disponível em https://www.nytimes.com/2014/12/22/business/federal-trade-commission-raises-its-voice-under-its-soft-spoken-chairwoman.html?mcubz=3. Acesso em 20.09.2017.

[11] STUCKE, Maurice, GRUNE, Allen. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data, 2015, p. 3. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051. Acesso em: 25.09.2017.

A coleta, processamento e análise de dados permite maior conhecimento sobre as preferências dos consumidores com o objetivo de aperfeiçoar os produtos e serviços oferecidos e/ou inovar e desenvolver novas oportunidades de negócios. Haveria, portanto, vantagem competitiva por parte das empresas que detêm dados e os utilizam para direcionar suas decisões comerciais. Além disso, especialmente em mercados digitais, quanto maior o número de consumidores e mais relevante a base de dados da empresa, maior será a atratividade para a publicidade e, consequentemente, maior será sua receita com anunciantes. Assim, não há como negar que os dados, em especial *big data*, são ativos relevantes das empresas.

Nesse contexto, operações envolvendo a aquisição de dados, ou *big data*, suscitam preocupações concorrenciais quando tendentes a aumentar o poder de mercado das partes ou impliquem significativas barreiras à entrada ou permanência de concorrentes nos mercados objeto de análise. Ainda que a operação não implique a combinação efetiva dos dados por ausência de interesse econômico das partes ou por questões técnicas, a eliminação de potencial concorrência em mercados nos quais as partes utilizam seus dados para concorrer também suscita preocupações[12].

No caso de mercados digitais, em particular, a existência de efeitos de rede (ou *network effects*) – que conferem maior valor a determinados produtos/serviços na medida em que o número de novos usuários desses mesmos produtos/serviços aumenta – tende a impulsionar a dominância de empresas que já detém elevado número de usuários e, consequentemente, que passarão a ter acesso a maior volume de dados.

A abordagem dos dados como ativos relevantes no âmbito de atos de concentração já tem sido adotada por autoridades da concorrência, principalmente pela Comissão Europeia. Recentemente, em 2014, ao avaliar a operação de aquisição do Whatsapp pelo Facebook, a Comissão Europeia analisou se potencial concentração de dados decorrente da operação poderia reforçar a posição do Facebook no mercado de publicidade *online*[13]. Em casos anteriores, tais como Google/DoubleClick, Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV e Microsoft/LinkedIn[14], a combinação dos

[12] CILEA, Andrea, MANIGRASSI, Luca. EU merger control and big data – Quid novi sub sole? Concurrences - Big Data and competition law On-Topic, Paris, n. 4, p. 3, 2017.

[13] COMISSÃO EUROPEIA. Case Nº COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, 2014, p. 29. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. Acesso em 24.09.2017.

[14] COMISSÃO EUROPEIA. Case Nº COMP/M.4731 – Google/ DoubleClick, 2008, p.

ativos das empresas envolvidas, em particular os dados por elas detidos, também foi analisada pelas respectivas autoridades da concorrência, embora em nenhum dos casos a autoridade tenha identificado preocupações concorrenciais que tornassem necessária a reprovação ou a imposição de remédios às operações notificadas.

No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência ("Cade") também já analisou os impactos dos dados como ativos relevantes em determinadas operações notificadas. Na operação envolvendo a formação de um *bureau* de crédito entre os principais bancos do país para atuar nos mercados de serviços de informações de crédito para pessoas físicas e jurídicas[15], a principal preocupação endereçada pela autoridade decorreu do fato de os bancos serem, ao mesmo tempo, fornecedores de informações e consumidores dos serviços prestados por eles. Essa situação poderia, por exemplo, facilitar a prática de condutas anticompetitivas, tais como a discriminação no acesso a informações geradas pelos bancos aos *bureaux* de crédito existentes no mercado (que passariam a ser concorrentes do novo *bureau* criado), bem como a discriminação do acesso de bancos concorrentes aos serviços do novo *bureau*. Para afastar referidas preocupações, a operação foi aprovada mediante a celebração de Acordo em Controle de Concentrações que prevê, dentre outros, obrigação de não discriminação de *bureaux* de crédito concorrentes no acesso a informações de crédito fornecidas pelas instituições financeiras.

(ii) A privacidade como preocupação do direito da concorrência

O caso Facebook/Whatsapp reavivou ainda intensos debates sobre a competência do direito da concorrência para lidar com questões relacionadas à privacidade dos consumidores. Se, por um lado, parte da doutrina entende que o objetivo da política da concorrência é unicamente promover a concorrência por meio da alocação eficiente de recursos e que preocupações relacionadas à privacidade não deveriam ser endereçadas por ela, mas sim por outras áreas tal como o direito do consumidor[16], observa-se, por outro lado, crescente debate

95. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf. Case Nº COMP/M.6314 – Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV, 2012, p. 120. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6314_20120904_20682_2898627_EN.pdf. Case Nº M.8124 – Microsoft / LinkedIn, 2016. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf. Acesso em 24.09.2017.

[15] Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Santander, Bradesco e Itaú Unibanco. Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira, julgado em 16.11.2016.

[16] SOKOL, Daniel, COMERFORD, Roisin. Antitrust and Regulating Big Data, 2016.

sobre a importância de se considerar a privacidade como um relevante fator de concorrência, não baseada no preço.

Isso porque, principalmente em mercados nos quais produtos e serviços são ofertados gratuitamente aos consumidores, em troca da obtenção de seus dados, violações à privacidade decorrentes do exercício de poder de mercado justificariam a intervenção de autoridades da concorrência para lidar com a privacidade com uma preocupação concorrencial[17].

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE"), diante do entendimento de que os dados são "a nova moeda da internet", eventual aumento no volume de dados privados coletados seria comparável, em parte, ao aumento de preço. De maneira equivalente, se os consumidores valorizam a privacidade como importante característica de um produto e/ou serviço, a redução da privacidade seria análoga à redução da qualidade do negócio ofertado[18]. Nesse contexto, a análise dos efeitos de determinada operação em relação a fatores que não preço, tais como qualidade, inovação e também privacidade, não deveriam ser marginalizadas pelas autoridades da concorrência[19]. Ademais, a redução da privacidade de consumidores também pode ser considerada uma conduta abusiva quando praticada por empresas que detêm posição dominante, como será detalhada mais adiante.

Em 2008, o caso Google/DoubleClick foi o primeiro no qual a

Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2834611. BALTO, David, LANE, Matthew. Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753249. COOPER, James. Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment, and Subjectivity, 2013, Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283390. Acesso em: 24.09.2017.

[17] OCDE. Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, 2016, p. 18. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm. Acesso em: 24.09.2017.

[18] OCDE. Op. cit., p. 18.

[19] De acordo com Lande: "Antitrust is actually about consumer choice, and price is only one type of choice. The ultimate purpose of the antitrust laws is to help ensure that free market will bring to consumers everything they want from competition. This starts with competitive prices, of course, but consumers also want an optimal level of variety, innovation, quality, and other forms of non-price competition. Including privacy protection". LANDE, Robert, The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern, 2008, p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121934. Acesso em: 25.09.2017.

preocupação com a privacidade ganhou contornos sob a ótica da concorrência. Apesar da operação não ter sido bloqueada pela Federal Trade Commission dos Estados Unidos, preocupações quanto ao impacto que ela geraria à privacidade dos consumidores foram suscitadas pela Conselheira Pamela Jones Harbour, em seu voto dissidente[20], e por muitas partes interessadas[21]. Mais recentemente, nos casos Facebook/Whatsapp e Microsoft/LinkedIn, a Comissão Europeia também mencionou o fato de as condições conferidas pelas empresas à privacidade de seus usuários serem um fator de concorrência.

(iii) A insuficiência do critério de faturamento para a notificação de operações às autoridades da concorrência

O critério de faturamento usualmente utilizado pelas autoridades da concorrência para determinar as operações sujeitas à notificação concorrencial pode se mostrar insuficiente para lidar, por exemplo, com operações que envolvam a aquisição de empresas que, apesar de não possuírem elevado faturamento, são inovadoras e detêm ativos/dados relevantes que passarão a ser utilizados como vantagem competitiva pela empresa adquirente[22].

É o caso, novamente, da aquisição do Whatsapp pelo Facebook. Embora o valor da operação tenha sido de US$ 19 bilhões, apenas três jurisdições na União Europeia teriam competência para avaliá-la sob a ótica do direito da concorrência devido ao baixo valor do faturamento do Whatsapp[23]. De todo modo, para evitar o risco de diferentes decisões de cada uma das autoridades da concorrência competentes, as empresas optaram por submeter a operação apenas à revisão por parte da Comissão Europeia ("*on-stop-shop review*").

Com o objetivo de impedir que operações relevantes sejam excluídas da análise da autoridade da concorrência por ausência de faturamento de uma

[20] De acordo com o voto da Conselheira Pamela Jones Harbour, "the Commission could have utilized the full scope of its statutory powers to ensure competition was not harmed, while also addressing the privacy issues", disponível em https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf. Acesso em: 25.09.2017.

[21] Conforme press release sobre o caso disponível em https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/federal-trade-commission-closes-googledoubleclick-investigation. Acesso em 25.09.2017.

[22] As legislações dos Estados Unidos e México adotam não apenas o critério de faturamento, mas também de valor das operações.

[23] Conforme informado pelo presidente da autoridade da concorrência alemã em entrevista à International Financial Law Review, 2017, p. 1. Disponível em: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Interviews/IFLR_next%20stop_digital%20markets.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em 25.09.2017.

das partes, a Alemanha recentemente alterou sua legislação concorrencial para incluir também critério de notificação relacionado ao valor das operações[24]. De acordo com a OCDE, referida alteração permitiria, inclusive, auxiliar as autoridades a identificar operações preventivas por meio das quais empresas já estabelecidas buscam deslocar/adquirir potenciais inovadores disruptivos[25].

4. Condutas anticompetitivas e *big data*

As condutas anticompetitivas envolvendo a coleta, processamento, análise e uso de *big data* vêm sendo cada vez mais debatidas pela doutrina, embora ainda em campo teórico devido aos poucos casos analisados pelas autoridades da concorrência sobre o assunto. A dificuldade de dimensionamento da relevância do *big data* para o desenvolvimento dos negócios e do impacto de seu controle por parte de empresas com poder de mercado, bem como o aperfeiçoamento do uso de algoritmos por empresas são alguns dos desafios enfrentados na análise das duas grandes variedades de atos tendentes à dominação dos mercados: a exclusão e a colusão. É o que será tratado a seguir.

(i) Condutas exclusionárias

Embora as discussões sobre a relevância do *big data* para o desenvolvimento dos negócios abranjam não apenas mercados digitais, mas também mercados não digitais (*i.e.*, oferecimento de produtos e serviços por meios físicos)[26], grande parte dos debates sobre o impacto que eventuais

[24] Devem ser notificadas à autoridade da concorrência alemã (a Bundesartemmamt) operações nas quais (i) o faturamento conjunto de todas as partes envolvidas seja superior à € 500 milhões, no mundo; (ii) o faturamento de uma das partes seja superior a € 25 milhões, na Alemanha; e (iii) o faturamento de qualquer outra parte seja superior a € 5 milhões, na Alemanha. No entanto, a partir da entrada em vigor do 9th Amendment to the German Competition Act, em 9 de junho de 2017, outros seguintes critérios passaram a vigorar de maneira alternativa: (a) o faturamento conjunto de todas as partes envolvidas seja superior à € 500 milhões, no mundo; (b) o faturamento de uma das partes fosse superior a € 25 milhões, na Alemanha; (c) o valor da operação seja de € 400 milhões; e (d) a empresa alvo tenha atividades em grau considerável na Alemanha.

[25] OCDE. Op. cit., p. 20.

[26] Conforme reportagem especial do jornal Valor Econômico sobre inovação, de novembro de 2016, a General Eletric utiliza o big data e as tecnologias a ele relacionadas para tornar mais eficiente a logística de movimentação de ativos em sua fábrica; a White Martins utiliza o big data e sensores IoT para entender o perfil de consumo dos clientes; a TIM, com base nos dados sobre geolocalização e consumo de seus clientes, define os investimentos em cobertura e capacidade.

restrições de acesso a dados podem gerar sobre a concorrência focam-se nos mercados digitais.

Os mercados digitais tendem a permitir a coleta substancial de informações sobre seus usuários e a extração de informações desses dados pode ser feita de maneira automatizada e com aplicação imediata aos negócios, concedendo vantagens competitivas àqueles que detiverem tais dados. Além disso, de acordo com estudo conjunto das autoridades da concorrência francesa e alemã, os mercados digitais são usualmente percebidos como altamente concentrados, havendo o receito de que o desenvolvimento da coleta e exploração dos dados possa aumentar esse processo de concentração[27]. Nesse contexto, discute-se atualmente o papel do *big data* como fator determinante para a concentração de poder nesses mercados e se a eventual limitação do acesso aos dados pode impedir ou dificultar a entrada e/ou manutenção de concorrentes no mercado, representando assim importante barreira à entrada[28].

Em síntese, nos termos do voto da Comissária Terrell McSweeny do *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos: "*Pode um empresa que controla vasta quantidade de dados deter algum tipo de poder de mercado que crie barreiras à entrada?*"[29].

Para alguns autores[30], o mero fato de uma empresa deter a tecnologia *big data* não conferiria a ela vantagem competitiva em relação aos demais concorrentes e, portanto, não representaria uma barreira à entrada. Isso porque haveria inúmeras fontes de dados, que não o tornariam um recurso inimitável, raro, insubstituível ou que, por si só, detenha valor.

Para que haja vantagem competitiva em relação ao *big data*, esses autores sustentam a necessidade de desenvolvimento, pelas empresas, de competências que permitam a extração de informações relevantes desses dados, seja por meio da contratação de profissionais com a habilidade de desenvolver algoritmos e/ou conceber novas experiências, ou do desenvolvimento e uso de ferramentas tecnológicas. Nessa mesma linha, outros autores defendem que há

---

[27] AUTHORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT. Op. cit., p. 26.

[28] Tradução livre de "Can one company controlling vast amounts of data possess a kind of market power that creates a barrier to entry?". TERRELL MCSWEENY. In: CRA Conference. Panel Discussion: Why Regulate Online Platform: transparency, fairness, competition or innovation?, 2015. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/903953/mcsweeny_-_cra_conference_remarks 9-12-15.pdf. Acesso em 20.09.2017.

[30] LAMBRECHT, Anja. TUCKER, Catherine E. Can Big Data Protect a Firm from Competition?, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705530 Acesso em 20.09.2017.

inúmeras fontes de dados, e que dados *online* são onipresentes e não-concorrentes (*non-rivalrous*), indicando que eles podem ser livremente obtidos e não seriam fonte de poder de mercado[31].

De outro lado, há quem argumente que se, de fato, os dados fossem livremente acessíveis, as empresas não gastariam valores consideráveis de dinheiro com o oferecimento de produtos e serviços gratuitos em busca da coleta e análise de dados que permitiram a elas manter vantagem competitiva em decorrência dos dados obtidos e em relação aos demais concorrentes[32]. Nesse sentido, defende-se que, apesar de a coleta e o controle de volume substancial de dados não ser ilícito, o abuso em relação ao *big data* com o objetivo de aumentar os custos de entrada e manter ou elevar o poder de mercado pode implicar violação ao direito da concorrência e, assim, permitiriam a intervenção de autoridades de defesa da concorrência[33].

De acordo com a OCDE, dentre as estratégias que teriam por objetivo limitar o acesso tempestivo de rivais a dados relevantes, impedir que outros compartilhem dados, inibir a portabilidade de dados ou excluir rivais que ameacem a vantagem competitiva derivada dos dados, estariam os contratos de exclusividade com fornecedores de dados[34]. Outros entendem, no entanto, que acordos de exclusividade dificilmente afetariam a concorrência, uma vez que seria possível obter dados similares de inúmeras outras fontes, tais como fontes públicas, *data brokers* ou até diretamente de seus próprios usuários[35].

Além disso, a concessão de acesso a dados de maneira discriminatória com o objetivo de conferir à determinada empresa vantagem competitiva em relação a seus concorrentes também pode suscitar preocupações concorrenciais. Seria o caso, por exemplo, de um fornecedor, plataforma ou operador de mercado verticalmente integrado ao mercado varejista que utiliza o acesso que detém a relevantes dados no mercado a montante para obter vantagens em relação aos demais concorrentes no mercado a jusante[36].

Outras estratégias exclusionárias, tais como a possiblidade de venda casada de determinada base de dados em conjunto com serviços de análise de

---

[31] COWEN, Tim. Big Data as a Competition Issue: Should the EU Commission's Approach Be More Careful?, European Network Law & Regulation Quartely, Volume 4 (2016), Issue 1, p. 15. SOKOL, Daniel. COMERFORD, Roisin. Antitrust and Regulating Big Data, 2016.

[32] STUCKE, Maurice, GRUNE, Allen. Op. cit., p. 9.

[33] OCDE. Op. cit., p. 20.

[34] OCDE. Op. cit., p. 20.

[35] BALTO, David, LANE, Matthew. Op. cit. p. 5.

[36] OCDE. Op. cit., p. 21.

dados[37] e, inclusive, a violação dos direitos de privacidade dos usuários por parte de empresas que detêm posição dominante, também são fonte de preocupação e debate pela literatura diante do desenvolvimento do *big data*. Especificamente sobre a questão da privacidade, a autoridade da concorrência alemã instaurou recentemente investigação contra o Facebook para averiguar se, por meio dos seus termos de uso dos dados coletados de seus usuários, a empresa abusou de sua posição dominante no mercado de redes sociais[38].

De todo modo, a análise das estratégias de empresas que detém posição dominante no que diz respeito aos dados precisa ser realizada caso a caso, para que seja possível identificar a existência de eficiências decorrentes da estratégia ou, de outro lado, eventual objetivo de monopolizar o acesso e uso de dados e aumentar os custos de entrada e manutenção de concorrentes no mercado.

(ii) Condutas colusivas

O rápido avanço dos centros de processamento de dados, a enorme velocidade e capacidade de tratamento desses dados, alinhado a recursos humanos especializados, permitiu o aperfeiçoamento de métodos de análise de *big data*, resultando no desenvolvimento e difusão do uso de algoritmos especializados e da inteligência artificial.

Conforme estudo recente da OCDE, apesar de esse desenvolvimento resultar em eficiências para as empresas e consumidores em termos de produtos e serviços novos, melhores e mais personalizados, há o risco de que ele possa facilitar a adoção de comportamentos colusivos pelas empresas, sem que haja qualquer acordo formal ou interação com humanos[39].

Veja-se, por exemplo, possíveis estratégias passíveis de serem desenvolvidas por empresas por meio de algoritmos e que poderiam resultar em colusão tácita com seus concorrentes:

---

[37] OCDE. Op. cit., p. 21.

[38] Conforme press release da autoridade da concorrência alemã, disponível em: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/02_03_2016_Facebook.html. Acesso em: 24.09.2017. Ainda, de acordo com o presidente dessa autoridade da concorrência, Andreas Mundt, "[I]t is essential to also examine under the aspect of abuse of market power whether consumers are sufficiently informed about the type and extent of data collected".

[39] OCDE. Algorithms and collusion, 2017. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/algorithms-and-collusion.htm. Acesso em: 20.09.2017.

OFERTA	ACEITAÇÃO
Empresa, de maneira intermitente, define um preço maior por alguns segundos (sinal sem custo)	Concorrente eleva o preço para o valor sinalizado
Empresa programa algoritmos para igualarem ao preço do líder	O líder, reconhecendo o comportamento, aumenta o preço
Empresa divulga publicamente um algoritmo de precificação	Concorrente baixa e executa o mesmo algoritmo de precificação
Empresa programa um preço anticompetitivo para ser acionado sempre que o preço do concorrente estiver abaixo de um determinado limite	Reconhecendo o algoritmo, o concorrente sempre mantém o preço acima do limite
Empresa utiliza máquinas com algoritmos de aprendizagem para maximizar lucros conjuntos (por exemplo, contabilizando os impactos nos lucros dos concorrentes)	Concorrente reage com a mesma estratégia

Fonte: CAPOBIANCO, Antonio; GONZAGA, Pedro. Algorithms and Competition: Friends or Foes

Nesse sentido, estudo recente da Comissão Europeia sobre o setor de *e-commerce*, que avaliou informações apresentadas por milhares de empresas do setor, identificou que a maioria dos varejistas monitoram os preços *online* de seus concorrentes e que dois terços deles utilizam programas de *software* automáticos para ajustar seus próprios preços com base nos preços observados de seus concorrentes[40].

A transparência dos mercados digitais e a habilidade dos algoritmos em responderem de maneira praticamente instantânea às decisões comerciais estratégicas de seus rivais, tendem a facilitar a estabilidade de eventual ação coordenada, considerando a alta capacidade de monitoramento e identificação de comportamentos desviantes. Fatores usualmente responsáveis pelo colapso de cartéis, tais como o desvio por participantes com o objetivo de obterem

[40] COMISSÃO EUROPEIA. Report from the Commission to the Council and the European Parliament – Final report on the E-commerce Sector Inquiry, 2017, p. 5. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf. Acesso em 05.12.2017.

lucros maiores que seus rivais e, ainda, a instabilidade e os vieses do comportamento humano, podem ser eliminados pelo uso dos algoritmos[41].

Embora, até o momento, não se tenha evidências empíricas dos efeitos que os algoritmos possuem, de fato, no nível de preços e grau de concorrência nos mercados[42], não se deve minimizar o fato de que seu aperfeiçoamento tende a tornar os mercados nos quais são utilizados ainda mais transparentes e facilitar a adoção de estratégias comerciais coordenadas entre seus participantes. Os desafios das autoridades da concorrência estarão relacionados possivelmente à compreensão do funcionamento dessas novas tecnologias e do impacto que poderão gerar sobre a concorrência, bem como à dificuldade de identificação e punição desses tipos de práticas, principalmente quando não decorrerem de intenção, comunicação ou coordenação humana[43].

5. Conclusões

A coleta, armazenamento, processamento, análise e uso de *big data* tendem a gerar importantes benefícios aos consumidores, empresas e à economia, tais como: (i) o aumento das vendas por meio de publicidade direcionada e ofertas especiais; (i) melhor análise das características dos consumidores; (iii) personalização de produtos e serviços; (iv) desenvolvimento e aperfeiçoamento de produtos e serviços; (v) aperfeiçoamento de modelos de negócios; (vi) oferecimento de serviços gratuitos, e (vii) desenvolvimento de novos negócios que buscam fortalecer o controle dos consumidores sobre seus dados, também conhecidos como PIMS (*Personal Information Management Systems*)[44].

No entanto, é crescente o debate acerca dos impactos que a tecnologia *big data* gera em relação à concorrência, principalmente em mercados nos quais ela tem se tornado importante fator para o desenvolvimento de produtos e serviços e representaria, assim, importante vantagem competitiva. Discute-se,

[41] GOETEYN, Geert. Algorithms and artificial intelligence and the risk of collusion, Concurrences - Big Data and competition law On-Topic, Paris, n. 4, p. 13, 2017.

[42] OCDE. Op. cit., p. 32.

[43] GOETEYN, Geert. Op. cit., p. 16.

[44] COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. The commercial use of consumer data, 2015, p. 7. Disponível em: https://www.google.com.br/search?q=the+commercial+use+of+consumer+data&oq=the+commecial+use+of&aqs=chrome.1.69i57j0l5.3186j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em 25.09.2017.

portanto, o papel do direito da concorrência no controle de estruturas e condutas que envolvam *big data*.

Sob o enfoque do controle de estruturas, operações envolvendo a aquisição de dados em mercados nos quais estes são considerados ativos relevantes para o desenvolvimento da atividade econômica têm suscitado novos desafios às autoridades da concorrência. A combinação da base de dados de duas empresas pode aumentar seu poder de mercado após a operação e, ainda, as barreiras à entrada ou manutenção de concorrentes que precisariam desses dados para atuarem no mercado. Além disso, a análise concorrencial dos potenciais efeitos de operações sobre os preços praticados mostra-se inviável em mercados cujos produtos e serviços são oferecidos "gratuitamente" aos seus clientes e usuários, em troca da obtenção de seus dados, de modo que, nestes casos, a análise de outros fatores tais como qualidade, inovação e também privacidade deveriam ser mais aprofundados pelas autoridades da concorrência. Por fim, a adoção de novos critérios para a notificação de operações às autoridades da concorrência, tal como o valor de operações e não apenas o faturamento das empresas envolvidas, ampliaria o controle concorrencial de operações que, apesar de não envolverem empresas com elevado faturamento, são inovadoras e têm significativa capacidade competitiva.

No que diz respeito ao controle de condutas, a dominância de gigantes da tecnologia tais como Amazon, Facebook e Google e o rápido desenvolvimento de novas tecnologias e ferramentas de *hardware* e *software* que permitem às empresas utilizarem os dados por elas coletados no desenvolvimento de estratégias comerciais mais eficientes e ágeis, têm suscitado preocupações da doutrina e de autoridades da concorrência estrangeiras. Se a exploração de *big data* por empresas dominantes significa importante vantagem competitiva, comportamentos abusivos relacionados à exploração de *big data* e que tenham o potencial de aumentar os custos de entrada e manter ou elevar o poder de mercado também devem ser objeto de maior análise e atenção das autoridades. Há, ainda, o risco de que o desenvolvimento de algoritmos complexos e da inteligência artificial aumente a transparência dos mercados digitais e facilite a adoção de comportamentos colusivos entre concorrentes. Tais discussões são ainda recentes e fundamentam-se, de maneira geral, em argumentos teóricos, sem o devido aprofundamento em relação às peculiaridades de cada mercado digital, tais como publicidade *online*, redes sociais, vendas *online* e outros. Isso porque, além de terem sido poucos os casos analisados pelas autoridades da concorrência nos quais a questão da relevância concorrencial dos dados foi abordada, o conhecimento acerca das efetivas estratégias comerciais das empresas em relação ao *big data* tende a ser reduzido.

Assim, necessário o desenvolvimento de estudos empíricos que permitam ampliar e aprofundar a análise da tese atualmente em debate - o *big data* confere importante vantagem competitiva às empresas dominantes e consequentemente, aumenta as barreiras à entrada, manutenção e desenvolvimento de concorrentes principalmente em mercados digitais -, bem como a compreensão do papel a ser exercido pelas autoridades da concorrência nesse cenário.

6. Referências

AUTHORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT. Competition Law and Big Data, 2016. Disponível em: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf. Acesso em 24.09.2017.

BALTO, David, LANE, Matthew. Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753249. Acesso em: 24.09.2017.

BOUTIN, Xavier; CLEMENS, Georg. Defining Big Data in Competition, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2938397. Acesso em 24.09.2017.

CILEA, Andrea, MANIGRASSI, Luca. EU merger control and big data – Quid novi sub sole? Concurrences - Big Data and competition law On-Topic, Paris, n. 4, p. 1-7, 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Report from the Commission to the Council and the European Parliament – Final report on the E-commerce Sector Inquiry, 2017, p. 5. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf. Acesso em 05.12.2017.

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. The commercial use of consumer data, 2015. Disponível em: https://www.google.com.br/search?q=the+commercial+use+of+consumer+data&oq=the+commecial+use+of&aqs=chrome.1.69i57j0l5.3186j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em 25.09.2017.

COOPER, James. Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment, and Subjectivity, 2013, Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283390. Acesso em: 24.09.2017.

COWEN, Tim. Big Data as a Competition Issue: Should the EU Commission's Approach Be More Careful?, European Network Law & Regulation Quartely,

Volume 4 (2016), Issue 1, p. 14-23.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Big Data – A Tool for Inclusion or Exclusion?, 2016. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf. Acesso em: 24.09.2017

GOETEYN, Geert. Algorithms and artificial intelligence and the risk of collusion, Concurrences - Big Data and competition law On-Topic, Paris, n. 4, p. 12-17, 2017

LAMBRECHT, Anja. TUCKER, Catherine E. Can Big Data Protect a Firm from Competition?, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705530 Acesso em 20.09.2017.

LANDE, Robert, The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121934. Acesso em: 25.09.2017.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity, 2011. Disponível em: http://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation. Acesso em 21.09.2017.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). OCDE. Algorithms and collusion, 2017. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/algorithms-and-collusion.htm. Acesso em: 20.09.2017.

_____. Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation, 2013. Disponível em: http://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/supporting-investment-in-knowledge-capital-growth-and-innovation_9789264193307-en. Acesso em: 24.09.2017.

_____. Bringing Competition Policy to the Digital Era, 2016. Disponível em: http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm. Acesso em 24.09.2017.

SOKOL, Daniel, COMERFORD, Roisin. Antitrust and Regulating Big Data, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2834611. Acesso em: 24.09.2017.

STUCKE, Maurice, GRUNE, Allen. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051. Acesso em:

25.09.2017.

TERRELL MCSWEENY. In: CRA Conference. Panel Discussion: Why Regulate Online Platform: transparency, fairness, competition or innovation?, 2015. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/903953/mcsweeny_-_cra_conference_remarks_9-12-15.pdf. Acesso em 20.09.2017.

WORLD BANK GROUP. Big Data – Innovation Challenge. Pioneering approaches to data-driven development, 2016. Disponível em: http://pubdocs.worldbank.org/en/791961475349840153/BigData-Publication-e-version-FINAL.pdf. Acesso em 24.09.2017.

A INFRAÇÃO DE *GUN JUMPING* NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Marcela Abras Lorenzetti

Resumo: Com a entrada em vigor da Lei n. 12.529/11, o Brasil passou a adotar o controle prévio de estruturas, introduzindo, a prática de *gun jumping* no rol de infrações à ordem econômica. Apesar de previsões legais expressas e publicações institucionais do Cade acerca do tema, a complexidade e diversidade de operações existentes entre os agentes econômicos impede que sejam apresentadas definições demasiadamente restritas. Assim, o presente artigo apresenta uma visão geral da jurisprudência do Cade envolvendo consumação prévia de atos de concentração, com o objetivo de identificar critérios e parâmetros utilizados pela autoridade antitruste na análise dessa prática.

Palavras-chave: Concorrência – Cade – *Gun jumping* – consumação prévia – atos de concentração – controle de estruturas – controle prévio – jurisprudência.

Keywords: Competition – CADE – *gun jumping* – transactions – concentration control – pre-merger control – jurisprudence.

1. Introdução

O Direito da Concorrência no Brasil passou por mudanças relevantes em maio de 2012, a partir da entrada em vigor da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11). Dentre as principais mudanças introduzidos pela nova legislação concorrencial, merece destaque a instituição do regime *ex-ante* de **controle prévio de atos de concentração**[1], oposto ao sistema anteriormente adotado, o controle *ex post*.

Com esta alteração, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro um novo tipo de infração concorrencial: **o *gun jumping*** – termo emprestado da doutrina estrangeira que significa a consumação de uma operação antes da aprovação pela autoridade competente. Nesse sentido, a Lei

[1] Lei n. 12.529/11, art. 88, §2º: O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

n. 12.529/11 estabelece que operações de notificação obrigatória não podem ser consumadas antes de apreciadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), sob pena de nulidade e/ou multa:

> Art. 88, §3º: Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

Em outras palavras, o controle prévio de atos de concentração impõe às partes envolvidas o dever de manter preservadas as condições competitivas existentes entre elas, até decisão final da autoridade concorrencial[2].

A fim de esclarecer o que poderia caracterizar consumação prévia de operação, o Regimento Interno do Cade (RICade), em seu art. 147, §2º, lista os seguintes atos: transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.

Apesar das disposições normativas acerca do tema, surgiu um crescente debate sobre quais atos concretos poderiam ser considerados *gun jumping*, por ser uma novidade nas normas concorrenciais brasileiras. Buscando dar maior transparência e clareza para a questão, foi editado pelo Cade em maio de 2015 o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica, ou simplesmente Guia da *Gun Jumping*[3]. Dividido em três sessões, o Guia buscou esclarecer (i) atividades que podem caracterizar *gun jumping*, (ii) procedimentos a serem adotados para diminuição do risco de *gun jumping*, e (iii) quais as possíveis punições em caso de consumação prévia e como é feita a dosimetria das penas.

Ainda, a autoridade antitruste editou a Resolução 13/2015, cujo objeto é a regulamentação dos procedimentos adotados para averiguação de eventual prática de *gun jumping*. Essa norma estabelece como devem ser os procedimentos administrativos para apuração de ato de concentração (APACs). Consoante os incisos do art. 1º, a referida resolução é aplicável para os casos

---

[2] Lei n. 12.529/11, art. 88, §4º: Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3odeste artigo.

3 Disponível em português e inglês no site do Cade, em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna

de (i) atos de concentração notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, (ii) atos de concentração não notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, bem como (iii) operações que não são de notificação obrigatória, mas cuja submissão pode ser requerida pelo Cade nos termos do §7º do art. 88 da Lei 12.529, de 2011[4].

Anteriormente a esta norma, os casos de *gun jumping* eram endereçados pelo Cade com a celebração de Acordos em Controle de Concentrações (ACCs). Atualmente, quando a operação já estiver sob análise da autoridade antitruste, mas houver possibilidade de verificação de consumação antecipada, a análise do mérito do ato de concentração será suspensa até decisão final do APAC[5]. É estabelecido, também, que operações não apresentadas ao Cade, quando entendido se tratar de caso de notificação obrigatória, deverão ser submetidas à análise da autoridade em 30 dias[6].

Apesar dos esforços empreendidos pelo Cade para que as questões e dúvidas relacionadas à prática de *gun jumping* sejam esclarecidas e tratadas com transparência, a diversidade de operações existentes impede que sejam apresentados critérios excessivamente restritos, seja por meio de normas jurídicas ou publicações como o Guia de *Gun Jumping*. Assim, apresentar-se-á a jurisprudência existente até o momento sobre o tema, com objetivo de identificar, com base em exemplos concretos, parâmetros adotados pela autoridade na análise de possíveis caso de consumação prévia de ato de concentração.

2. Jurisprudência do Cade

Apesar do pouco tempo em que o controle prévio está em vigor e, consequentemente, da infração de *gun jumping*, a jurisprudência do Cade sobre o tema é relativamente extensa, tendo sido julgados, até a presente data (outubro

[4] Essa hipótese não se refere à prática de gun jumping, mas sim a operações que, apesar de não atenderem os critério de notificação obrigatória, o Cadedeseja analisar por entender terem relevância concorrêncial.

[5] Resolução 13/2015, art. 3º: Constatada a possibilidade de consumação de ato de concentração descrita no art. 1º, I, a decisão de mérito será sobrestada até decisão final do APAC, estejam os autos na Superintendência-Geral ou no Tribunal Administrativo do Cade.

[6] Resolução 13/2015, art. 11: Nos casos em que o Cade determinar a notificação do ato de concentração, as partes deverão apresentá-lo, nos termos dos arts. 53 e seguintes da Lei 12.529, de 2011, dos arts. 108 e seguintes do Regimento Interno e da Resolução Cade nº 02, de 2012, em até 30 (trinta) dias, contados da ciência da decisão do Tribunal Administrativo do Cade que determinar a notificação do ato de concentração.

de 2017), doze casos, com reconhecimento de infração em dez deles. Este número, é, proporcionalmente, alto, tendo em vista que o controle prévio de concentrações foi implementado apenas em maio de 2012.

De todo modo, as decisões do Cade permitem identificar algumas situações concretas que podem ser entendidas como consumação prévia de operações. Assim, a seguir serão apresentadas informações sobre (i) quais atos configuram *gun jumping*, (ii) critérios de dosimetria e (iii) formas de identificação da infração.

2.1. Atos que configuram ou não gun jumping

Alguns casos de condenação dispensaram análise mais aprofundada do que seria ou não *gun jumping*, eis que os contratos simplesmente nunca foram notificados à autoridade. Ou seja, estas operações teriam sido efetivamente implementadas sem apresentação ao Cade[7], de forma que o ato que configuraria infração seria a mera ausência de notificação. No entanto, há casos que, pela sua complexidade, resultaram em análises sobre a complexidade e consequências dos atos praticados.

Em consonância com os exemplos citados no Guia de *Gun Jumping*, as condenações por consumação prévia de ato de concentração, antes de decisão final pela autoridade abarcam: **pagamento antecipado pela operação**[8]**, assunção de direitos e obrigações do contrato**[9]**, troca de informações concorrencialmente sensíveis**[10]**, influência em decisões**[11], dentre outras.

Destaca-se que algumas ações, apesar de não configurarem, por si só, infração, foram consideradas pelo Cade como indicativos de eventual *gun jumping*. São exemplos, a divulgação de comunicados sobre a formalização da operação antes de decisão da autoridade[12] e ausência de cláusula no contrato objeto da operação suspendendo sua eficácia até aprovação do Cade[13].

---

[7] Como os Atos de Concentração 08700.002285/2014-41 e 08700.006284/2016-38.

[8] Atos de Concentração 08700.008292/2013-76, 08700.008289/2013-52 e 08700.007899/2013-39.

[9] Atos de Concentração 08700.005775/2013-19, 08700.007161/2013-71, 08700.009018/201586 e 08700.002655/2016-11.

[10] Atos de Concentração 08700.005775/2013-19 e 08700.007899/2013-39.

[11] Atos de Concentração 08700.005775/2013-19, 08700.008292/2013-76 e 08700.007899/2013-39.

[12] Atos de Concentração 08700.002285/2014-41 e 08700.009018/201586.

[13] Atos de Concentração 08700.008289/2013-52, 08700.007899/2013-39 e 08700.008289/2013-52.

É relevante apontar que, apesar do cuidado na análise do tema pela autoridade, ainda persistem dúvidas sobre quais práticas são permitidas ou não pela autoridade. Por exemplo, em casos em que se considerou troca de informações sensíveis como *gun jumping* não foram especificadas quais tipos de informação seriam consideradas concorrencialmente relevantes, e nem porque este ato não se enquadraria na exceção prevista pelo Guia de *Gu Jumping* de "necessárias para fins de *due dilligence"*.

Quanto às hipóteses de arquivamento, o Plenário do Cade entendeu, até o momento, que minuta contratual não colocada em vigor não enseja notificação obrigatória perante a autoridade[14], e que pagamento de sinal, depósito em conta bloqueada (*escrow*) e pagamento de *break up fee* são exceções à vedação de pagamento antecipado da operação[15] – conforme estabelecido no Guia editado pela autarquia. Relevante notar que em ambos os casos de arquivamento, dúvida quanto à correta tradução de termos em inglês contribuiu para a suspeita de possível *gun jumping*. Tais casos servem como alerta, portanto, para que as partes envolvidas em uma operação sejam cuidadosas na apresentação de traduções ao Cade.

2.2. Critérios de dosimetria

Além disso, a jurisprudência do Conselho permite verificar, também, quais critérios foram adotados para quantificar a dosimetria das penalidades previstas na Lei 12.529/11. O art. 152 *caput* e §1º do RICade[16] determina que a dosimetria da pena será feita conforme os quesitos estabelecidos para as demais infrações concorrenciais pela Lei de Defesa da Concorrência (e.g., boa fé, gravidade da infração, reincidência, etc.). Em casos de consumação prévia da operação, tais critérios genéricos são aplicados de forma mais específica e direcionada, considerando-se as peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse sentido, alguns dos elementos considerados pelo Cade para dosimetria da pena são: **se a notificação da operação ocorreu de forma**

[14] Consoante voto proferido no Ato de Concentração 08700.007899/2013-39.

[15] Conforme voto proferido no APAC 08700.005408/2016-68.

[16] RICade, art. 152: O Cade poderá impor multa às partes que empreendam qualquer ação no sentido de consumação da operação de submissão obrigatória, em desacordo com o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 147, em valor não inferior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e não superior a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), nos termos do art. 88, § 3º, da Lei nº 12.529, de 2011.

§1º No cálculo da multa, o Cade levará em conta o porte das requerentes, o dolo, a má fé e a potencialidade anticompetitiva da operação, dentre outros fatores que considerar relevantes.

espontânea ou não[17], **os possíveis efeitos da operação no mercado** (ou seja, qual o potencial de a operação consumada previamente afetar negativamente a concorrência)[18], **o valor da operação**[19], **tempo transcorrido entre a infração e a notificação (duração do *gun jumping*)**[20], **se existia dúvida ou não sobre a obrigatoriedade da notificação**[21], dentre outros[22].

No que diz respeito ao valor das multas, a Lei estabelece um piso e um teto, podendo o montante variar entre R$ 60 mil e R$ 60 milhões. Até o momento, as condenações por consumação prévia de atos de concentração somam um total de R$ 48.768.056,15, com uma média de R$ 3.751.388,93,24 por condenação. São poucos os casos em que a multa foi aplicada em valor mínimo, e não há nenhum caso até o momento no qual foi imposta a penalidade máxima. Isto demonstra que a autoridade tem buscado atender os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, considerando as particularidades de cada caso, sem desconsiderar o caráter dissuasório da pena.

A multa mais alta imposta até o momento foi referente à operação entre Technicolor S/A e Cisco Systems, Inc.[23], no valor de R$ 30 milhões, de forma que cabe esmiuçar os motivos para tanto. Neste caso, o Cade tomou ciência da consumação antecipada da operação por meio de divulgação de comunicado no sítio eletrônico da empresa Technicolor. Argumentaram as partes que foi elaborado um *carve-out agreement*, com o objetivo específico de excluir o Brasil dos efeitos do fechamento do negócio até aprovação pela autoridade nacional.

Este argumento foi rejeitado pelo Plenário do Cade, afirmando-se que "**os acordos de *carve-out* não serão aceitos no Brasil para fins de exclusão ou mitigação da pena de *gun jumping***". Assim, foi aplicado ao caso as agravantes:o caso teve como agravantes da multa o porte das requerentes, o dolo e a vantagem auferida/pretendida pelas partes envolvidas na operação; tendo sido onsiderados o elementos atenuantes deausência de má-fé das

[17] Ato de Concentração 08700.010394/2014-32.

[18] Atos de Concentração 08700.005775/2013-19, 08700.008289/2013-52, 08700.002285/2014-41, 08700.010394/2014-32, 08700.009018/201586, 08700.004167/2016-30 e 08700.007553/2016-83.

[19] Ato de Concentração 08700.004167/2016-30.

[20] Atos de Concentração 08700.004167/2016-30 e 08700.006284/2016-38.

[21] Ato de Concentração 08700.010394/2014-32.

[22] Outros critérios considerados pelo Cade abrangem existência ou não de boa-fé das partes, porte econômico e situação financeira das empresas envolvidas, vantagem auferida, etc.

[23] APAC 08700.011836/2015-49, referente ao Ato de Concentração 08700.009018/201586.

empresas, ausência de potencialidade lesiva da operação e pouco tempo do *gun jumping*.

Em se tratando de outras penalidades além do pagamento de multa, destaca-se que houve um único caso no qual foi determinada a nulidade do negócio celebrado e consumado antecipadamente entre as partes. Trata-se do caso Blue Cycle[24], no qual o Plenário declarou a nulidade de contrato de distribuição exclusiva, com o objetivo de "permitir o retorno das partes à posição anterior à entrada em vigor desde novo modelo de distribuição (...) de modo a evitar eventuais impactos negativos ao mercado"[25].

Interessante destacar que a aplicação desta sanção não foi unânime, tendo o Conselheiro Relator João Paulo Resende entendido que tal punição envolve custos sociais complexos, como dificuldade em se desfazer negócios jurídicos já celebrados e possível prejuízo a interesses de terceiros de boa-fé. Também no caso OGX e Petrobras[26], no qual não houve imposição de nulidade, a Conselheira Ana Frazão teria apresentado o mesmo raciocínio, entendo que tal sanção não é essencial para a efetividade do controle prévio, podendo haver dispensa em alguns casos:

> Com efeito, algumas situações jurídicas mostram-se de tal forma rotineiras e banais na vida empresarial contemporânea que é difícil imaginar que possam elas ser alcançadas pela pena de nulidade prevista no art. 88, § 3º, da nova Lei Antitruste. (...) Interpretação que inclua tais atos no âmbito da nulidade estabelecida no art. 88 da Lei nº 12.529/2011 parece-me, pelo menos à primeira vista, desarrazoada, seja porque não traz nenhum benefício à efetividade da política antitruste, **seja porque gera custos sociais gigantescos, a serem arcados principalmente por terceiros de boa-fé, que não estão de forma alguma relacionados à prática infrativa.**[27] (grifo nosso)

Vale notar que, apesar de a Conselheira entender que casos em que a não imposição de nulidade seriam **exceção**, tal penalidade não tem sido aplicada pelo Cade.

Cumpre destacar um último item da Resolução, a possibilidade de abertura de processo administrativo para averiguar se os atos que de consumação prévia configuram também alguma outra infração antitruste que demande sanção (como no caso de troca de informações sensíveis), nos termos

[24] APAC 08700.002655/2016-11, referente ao Ato de Concentração 08700.004167/2016-30.

[25] Voto-vista do Conselheiro Paulo Burnier, proferido nos autos do APAC.

[26] Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19.

[27] Voto da Conselheira Ana Frazão no Ato de Concentração 08700.005775/2013-19.

do §3º do art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência. Contudo, não houve, até o momento, nenhum caso em que isso tenha sido utilizado. No entanto, os agentes de mercado devem reconhecer a existência desse risco, uma vez que há previsão legal expressa nesse sentido.

2.3. Formas de identificação do gun jumping

Por fim, a experiência do Cade permite também vislumbrar os meios pelos quais a autoridade vem identificando casos de consumação prévia de operações. Apesar de as situações de notificação espontânea serem maioria, o Conselho também tem se atentado a comunicados e notícias veiculadas pela imprensa[28] e informações fornecidas em outros processos e procedimentos em trâmite perante o Cade[29]. Tal postura ativa-investigativa é um indicativo da seriedade com a qual a autoridade vem tratando a prática de *gun jumping* e a necessidade de operações serem submetidas ao crivo da autoridade. Com efeito, já foi afirmado que:

> (...) **a infração de *gun jumping* é sempre de uma gravidade elevada**, mesmo nos casos em que as operações consumadas precocemente não levantem preocupações concorrenciais, uma vez que tal prática representa **desafio frontal ao próprio regime de controle prévio** de estruturas estabelecido pela Lei nº 12.529/2011.[30] (grifo nosso)

Inegável, portanto, a crescente atenção dedicada pela autoridade a este tema, com o objetivo de consolidar sua jurisprudência acerca da prática e sinalizar ao mercado que o controle prévio de atos de concentração instituído pela Lei n. 12.529/11 deve ser respeitado.

3. Sinais para o mercado

Considerando que a autoridade vem adotando uma postura bastante rígida com relação ao *gun jumping*, é importante que os agentes econômicos tenham ciência dos mecanismos que podem ser adotados para mitigar o risco de caracterização desta infração. Por essa razão, o Guia de *Gun Jumping* publicado pelo Cade dedica uma sessão específica a estes procedimentos.

---

[28] Atos de Concentração 08700.004167/2016-30 e 08700.010394/2014-32.

[29] Como ocorreu durante a submissão da operação de criação de joint venture entre Itaú e Mastercard, que levou o Cade a iniciar averiguação acerca de um contrato celebrado entre Mastercard e Hipercard, cuja investigação ainda não foi encerrada.

[30] Voto da Conselheira Ana Frazão no Ato de Concentração 08700.005775/2013-19.

De forma geral, as orientações são focadas na forma pela qual as partes podem trocar informações necessárias (e essenciais) para negociarem a operação ou enquanto esta esteja sob análise do Cade sem extrapolar os limites previstos na Lei. Assim, a publicação da autoridade sugere (i) adoção de protocolo antitruste – procedimentos a serem adotados para que não haja excesso na troca de informações; (ii) *clean teams* – comitê independente formado por funcionários, consultores independentes ou ambos –, ou comitês executivos – formados por membros das empresas parte da operação; e (iii) *parlor rooms* – espaços destinados especificamente às discussões envolvendo a operação, ente membros do comitê independente, observando-se o protocolo antitruste.

Os apontamentos feitos pela autoridade são relativamente restritos, e mais direcionados ao tratamento do fluxo de informações entre os agentes econômicos parte de um ato de concentração, destacando a importância de manter tal fluxo dentro dos limites do estritamente necessário para realização de *due diligince* e estudos sobre a viabilidade de determinada operação.

Assim, demais exemplos de como as partes podem evitar eventuais problemas concorrenciais advindos do *gun jumping* devem ser pensados conforme o caso concreto e com base na jurisprudência do Cade. Como exemplo, tem-se a já citada questão da utilização de termos em inglês: no caso Reckitt/Hypermarcas[31], a dúvida acerca da existência ou não de consumação prévia da operação se iniciou pelo fato de que o contrato, originalmente celebrado em inglês, teve em sua tradução juramentada o uso da expressão-termo "pagamento inicial" para se referir a "*down payment*". A expressão na origem, se reveria ao instituto jurídico do sinal ou arras, previsto na legislação nacional, sendo uma das exceções à veação de pagamento antecipado prevista no Guia de *Gun Jumping*.

Outra importante recomendação é que as partes tenham cautela ao divulgar negociações em andamento, atentando para que a redação de *releases* deixe claro que ainda não se trata de um negócio consumado. Também é adequado que os instrumentos formais celebrados entre as partes prevejam a necessidade de aprovação das autoridades competentes. Conforme mencionado anteriormente, estas questões foram consideradas pelo Cade como possível indício de desrespeito ao sistema de controle prévio de estruturas.

Deve-se considerar, também, que o RICade prevê a possibilidade, **em caráter excepcional**, de pleitear a execução de certos atos que seriam considerados como infração antes de decisão final acerca da operação[32]. Trata-se do instituto

[31] APAC 08700.005408/2016-68, referente ao Ato de Concentração 08700.003462/2016-79.

[32] RICade, Art. 155: O requerente de aprovação de ato de concentração econômica poderá solicitar, no momento da notificação ou após a impugnação pela

da **autorização precária** que, inclusive, foi mencionado em uma das decisões de *gun jumping* do Cade quando as partes argumentaram a urgência em consumar o negócio:

> Para esse possível problema, a JBS poderia cautelarmente ter pleiteado ao CADE a antecipação de alguns dos efeitos da consumação da operação, com a devida comprovação do perigo na demora e da plausibilidade do direito alegado.[33]

Entretanto, há resistência da autoridade na concessão de tal pedido. Houve apenas uma decisão sobre essa questão[34], negando o pedido formulado pelas partes. Na ocasião, o Cade destacou que a autorização precária foi instituída considerando-se principalmente situações de *failing firm*[35], e que sua aplicação deve ser excepcional "justamente por criar uma reserva à lógica do controle prévio dos atos de concentração"[36].

Assim, como medida de cautela adicional, é importante que os agentes econômicos busquem apresentar operações para análise do Cade com a maior brevidade possível pois, apesar de teoricamente possível de uma autorização cautelar para consumação da operação ou parte dela, a autoridade antitruste já indicou de forma clara que tal medida não será concedida levianamente, para não desvirtuar o controle prévio estabelecido na Lei n. 12.529/11.

4. Experiência internacional

Apesar de o controle *ex ante* ter sido implementado há mais tempo

---

Superintendência-Geral, autorização precária e liminar para a realização do ato de concentração econômica, nos casos em que, cumulativamente:

I. não houver perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado;

II. as medidas cuja autorização for requerida forem integralmente reversíveis; e

III. o requerente lograr demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não seja concedida.

[33] Voto do Conselheiro Márcio de Oliveira no Ato de Concentração 08700.005775/2013-19.

[34] Ato de Concentração 08700.002699/2017-13.

[35] Teoria que diz respeito a operações envolvendo agente econômico em situação falimentar, na qual não se vislumbra mais possibilidade de recuperação de sua saúde financeira.

[36] Voto do Conselheiro Paulo Burnier ao analisar o pedido de autorização precária no Ato de Concentração 08700.002699/2017-13.

nas principais jurisdições estrangeiras, como o Estados Unidos e Europa, por já terem adotado o sistema *ex-ante* na concepção de sua legislação concorrencial, o número de casos envolvendo a infração de *gun jumping* é restrito se comparado ao Brasil e sua breve experiência. Ainda, tem-se que a preocupação das autoridades estrangeiras tem direcionamento um pouco distinto ao adotado no Brasil até o momento: enquanto o Cade tem mostrado grande esforço em lembrar os agentes econômicos do controle prévio adotado desde 2012, no exterior o foco maior fica reservado às potenciais consequências anticompetitivas da consumação antecipada de operações.

Nesse sentido, há duas normas norte-americanas que vedam a prática de *gun jumping*: o Sherman Act e o Hart-Scott-Rodino (HSR) Act. Assim:

> O §1º do Sherman Act proíbe acordos anticompetitivos entre empresas independentes. (...) O HSR Act tem sido interpretado pela Divisão Antitruste como proibição de que um adquirente exerça 'controle operacional substancial' sobre a parte adquirida antes de transcorrido o período de espera estipulado pela norma, tipicamente de 30 dias (...). Ao menos em teoria, *gun jumping* não seria uma violação do Sherman Act, exceto se a conduta violasse essa norma mesmo se inexistente qualquer operação. (...) Por outro lado, o governo interpreta que o HSR Act proíbe o exercício de controle sobre uma empresa adquirida antes do período de espera.[37] (tradução livre)[38]

De forma similar, as normas da Comissão Europeia proíbem a consumação de operações antes de observados os requisitos formais (como a *standstill obligation* estabelecida pelas *EU Merger Regulation*), bem como a

[37] Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger - Richard Liebeskind, Partner, PILLSBURY WINTHROP LLP - Washington, D.C. - Presented to ABA Section of Business Law, Antitrust Committee ABA Annual Meeting San Francisco, California, August 8, 2003.

[38] No original, em inglês: "Sherman Act § 1 prohibits anticompetitive agreements between independent firms. (…) The HSR Act has been interpreted by the Antitrust Division to prohibit an acquirer from exercising 'substantial operational control' over an acquired firm prior to the expiration of the HSR waiting period, typically 30 days (…). In theory at least, gun-jumping should not violate the Sherman Act unless the underlying conduct would violate the Sherman Act even absent a merger. (…) By contrast, the government interprets the HSR Act to prohibit an acquirer from exercising 'control' over an acquired firm before the expiration of the statutory waiting period."

atuação coordenada de concorrentes[39]. Houve, em dezembro de 2007, caso[40] que chamou atenção para os riscos concorrenciais em razão de troca de informações sensíveis antes/durante a realização de operações.

A maior preocupação nas jurisdições estrangeiras com possíveis práticas concertadas (como troca de informações sensíveis ou influência de uma empresa em seu concorrente) da consumação antecipada de operações, em contraponto com o foco do Cade no *gun jumping* em si, pode ser justificada pelo fato de que, no exterior, o controle prévio de estruturas está há muito consolidado.

A preocupação não é consolidar e disseminar o fato que o controle, agora, ,é prévio, mas sim aos problemas que uma consumação prévia trará.É razoável supor que, com o passar do tempo, a autoridade brasileira, a exemplo do que ocorre no estrangeiro, dirija seus esforços principalmente para casos em que eventual consumação prévia tenha efeitos negativos no mercado. Isto porque se espera, em alguns anos, que dúvidas sobre o que configura *gun jumping*, ou questões como contratos associativos[41], estejam esclarecidas e os entendimentos consolidados, de forma que se tornarão cada vez mais raros os casos de ausência ou intempestividade de notificação de operações que devem ser submetidas ao Cade.

5. Conclusão

Conforme ilustrado no presente artigo, tem-se que a infração de *gun jumping* tem atraído a atenção do Cade. Isso fica evidenciado tanto pelo número de decisões condenatórias, quanto pelos casos nos quais o a autoridade questionou e identificou, de iniciativa própria, a consumação prévia de operações.

Nesse sentido, vale lembrar que a gravidade de tal prática já foi expressamente destacada em decisão da autoridade, afirmando o Cade que a ofensa vai além das potenciais consequências anticompetitivas do *gun jumping*,

[39] Art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia: 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.

[40] Case COMP/M.4734 – INEOS/Kerling

[41] Desde a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência muito se debate sobre o que seriam "contratos associativos", considerados de notificação obrigatória. Apesar da edição de Resoluções pelo Cade buscando esclarecer o assunto, muitas dúvidas permanecem entre os agentes econômicos.

sendo um atentado contra a própria Lei. Os poucos casos de multa mínima e o fato de que os valores impostos têm aumentado demonstram que o Cade não será tolerante com o desrespeito ao sistema de controle prévio estabelecido pela Lei de Defesa da Concorrência.

Ademais, é razoável considerar que a quantidade de casos envolvendo *gun jumping* continuará a aumentar nos próximos anos. Tal expectativa é justificada pela novidade do controle *ex ante* e permanência de dúvidas sobre quais atos são permitidos ou não dentro desse regime (apesar de a Lei n. 12.529/11 estar em vigor há mais de 5 anos, a jurisprudência do Cade revela que infrações cometidas há certo tempo podem ser identificadas e punidas em momento posterior), bem como pelo fato de que a autoridade tem se mostrado atenda ao tema.

No entanto, conforme os agentes do mercado se familiarizam com essa realidade, e o Cade adquire experiência e se torna cada vez mais capaz de apresentar orientações mais claras aos agentes econômicos, espera-se que o número de casos diminua e a persecução da autoridade torne-se mais direcionada à potenciais consequências anticompetitivas do *gun jumping*, como ocorre na experiência internacional.

6. Referências

Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica, disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna

Gun-jumping e atos até o fechamento de operações: a proteção do investimento no contexto da análise prévia de atos de concentração – Ricardo Villela Mafra Alves da Silva – Revista do IBRAC, vol. 24/2013, p.11 – Julho de 2013.

Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC – Carolina Saito – Revista de Defesa da Concorrência, vol. 1, nº 2, Novembro de 2013, p.92.

Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger - Richard Liebeskind, Partner, PILLSBURY WINTHROP LLP - Washington, D.C. - Presented to ABA Section of Business Law, Antitrust Committee ABA Annual Meeting San Francisco, California, August 8, 2003.

Gun Jumping: Complying with U.S. Antitrust Laws Prior to Closing a Transaction - William R. Vigdor before the Institute of Brazilian Competition Law – October 30, 2014.

The current state of the EU merger control system: ten areas where improvements could be made – Jean-François Bellis, Porter Elliott and Johan Van Acker – International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law

2011, p. 325.

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM SETORES REGULADOS: UM ESTUDO EMPÍRICO SOBRE A ATUAÇÃO DO CADE

Márcio Roberto Moran

Resumo: Este estudo se propõe a revelar indícios sobre a atuação do Cade em F&A ocorridas em mercados regulados. Utilizando-se de um banco de dados com 4.072 transações julgadas ao largo de catorze anos e modelos *Probit*, os resultados apontam para a prevalência do Paradigma E-C-D, bem como o possível papel da Teoria do Interesse Público, como fonte de argumentação para as decisões proferidas pela referida autoridade.

Palavras-chave: Defesa da concorrência. Mercados regulados. Fusões e aquisições. Cade. Modelos probit.

Keywords: Defense of competition. Regulated markets. Mergers and acquisitions. Cade. Probit models.

1. Introdução

A aplicação de leis ou regramentos de defesa da concorrência em setores dotados de regulação específica configura-se em fenômeno largamente explorado por estudiosos de diversos países. A literatura conta que, em certas jurisdições, determinados setores regulados estão isentos das leis de defesa da concorrência, enquanto, em outros sistemas legais, os órgãos reguladores setoriais têm competência similar às autoridades responsáveis por questões concorrenciais. Em alguns trabalhos ainda, discute-se a ausência de sobreposições entre os regramentos da concorrência e da regulação setorial, o que pode ou não se traduzir em níveis reduzidos de conflito entre as políticas públicas destacadas.[1] Complementarmente, publicações pretéritas também avançam sobre os estudos de caso posicionados na intersecção dos dois universos concorrencial e regulatório setorial, sobretudo no que tange às fusões e aquisições (F&A).[2]

Contudo, apesar das abundantes descrições e análises sobre o desenho institucional, os termos das leis ou regramentos das referidas políticas públicas

[1] E.g., Ezrachi (2017) e UNCTAD (2011).

[2] E.g., Motta e Ruta (2012) e UNCTAD (2011).

e os casos práticos, a literatura apresenta-se incompleta quanto às discussões empíricas sobre a jurisprudência de autoridades de defesa da concorrência em setores regulados. A pesquisa bibliográfica empreendida para a construção deste artigo não aponta uma referência sequer com propósito e resultados com tal enquadramento.[3] Sendo assim, julga-se necessário que a literatura avance, igualmente, na identificação de padrões e tendências das decisões dos órgãos competentes a partir de um grande número de casos.

Em virtude do exposto, este artigo se propõe a revelar, empiricamente, indícios sobre os fatores que influenciam as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em setores dotados de ordenamento específico, bem como os compara aos achados obtidos nos testes realizados com setores não-regulados. A fim de que tais exercícios fossem possíveis, um banco de dados formado por 4.702 fusões e aquisições (F&A) julgadas no Brasil, entre 2000 e 2013, foi utilizado em regressões probabilísticas originais do tipo *Probit*. A amostra abrange transações com impactos sobre os mercados regulados pelas seguintes agências ou órgãos estatais brasileiros: Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional de Petróleo (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Banco Central (Bacen).

A fundamentação teórica a seguir, o detalhamento da estratégia empírica contido na terceira seção deste artigo, a análise dos resultados na quarta seção e as considerações finais no quinto e último tópico somam-se a esta introdução para a consecução do objetivo anunciado.

2. Fundamentação teórica

A regulação setorial é um fenômeno global. Nos cinco continentes, investidores estão sujeitos às regras e condições de atuação em determinados mercados. A elaboração, a implantação e a supervisão de tais regras e condições, normalmente, ficam a cargo de agências ou comissões reguladoras e dos bancos centrais. Os setores financeiro e de seguros, de telecomunicações, de saúde suplementar, de petróleo, gás e energia, bem como de transportes, são alvos clássicos de políticas regulatórias específicas. Em comum, os referidos setores apresentam duas características intrínsecas: as economias de escala (Gagnepain, Ivaldi e Latgé-Roucolle, 2014) e a importância para outros setores

[3] Ver Moran (2015) para acessar extensa revisão bibliográfica sobre determinantes de decisões de autoridades de defesa da concorrência em todo mundo, sobretudo para fusões ou aquisições.

e a sociedade (Bittencourt, Paim, Cunha e Nascimento, 2015).

No contexto da defesa da concorrência e das F&A, as economias de escala potencialmente estão presentes quando uma transação horizontal ou vertical é analisada. Por se tratar da redução do custo unitário de produção em função do aumento da quantidade produzida por uma empresa, a concentração de participações de mercado ou o domínio de elos subsequentes de uma cadeia produtiva é fundamental para que a mencionada redução de custo ocorra. Afinal, segundo Besanko, Dranove e Shanley (2000) e Pindyck e Rubinfeld (2009), as economias de escala se materializam quando (i) os custos fixos são diluídos em um volume maior de produção, (ii) a produtividade dos insumos variáveis aumenta, (iii) novas tecnologias são adotadas, (iv) a gestão de estoques melhora, ou, finalmente, em virtude das (v) propriedades físicas da produção. Nestes casos, cabe à autoridade de defesa da concorrência estimar as eficiências geradas pela fusão ou aquisição, e garantir que, pelo menos, parte da redução de custo alcance os consumidores.

Como alternativa ao cenário descrito, as empresas fundentes podem se apropriar dos ganhos de sinergias oriundos da transação para promover a elevação das barreiras à entrada de competidores no mercado (e.g., restrições de fornecimento de insumos aos concorrentes; e adoção de preços predatórios, temporiamente, para evitar ou enfraquecer a concorrência (Nusdeo, 2002)). Em outras palavras, se as sinergias geradas representam uma vantagem competitiva para a empresa resultante da fusão ou aquisição, os concorrentes e os entrantes podem ser negativamente afetados a depender das estratégias da empresa concentrada.

Nas duas situações acima descritas, então, compete à autoridade de defesa da concorrência avaliar se a chamada 'posição dominante' se configura e qual é probabilidade de exercício de poder de mercado pela 'nova' empresa, bem como pondear sobre os efeitos líquidos da transação, uma vez estimados os ganhos de eficiência (Oliveira e Rodas, 2004). Em caso de efeitos líquidos negativos, espera-se que a autoridade imponha condições às empresas requerentes para efetivarem a fusão ou aquisição—os chamados remédios ou proíba a concretização da transação. Segundo Wang e Rudanko (2012), os remédios são utilizados pela autoridade de modo que o potencial efeito anticoncorrencial da transação não aconteça e os ganhos de eficiência estimados se realizem na prática.

No que diz respeito à importância dos setores regulados para os outros setores e a sociedade, as expectativas sobre a atuação da defesa da concorrência em F&A estão fundamentadas em duas correntes teóricas: a Teoria do Interesse Público e a Teria da Escolha Pública.

A Teoria do Interesse Público assume que a atuação estatal existe para corrigir falhas de mercado e incrementar os níveis de eficiência econômica, o

que, em tese, se converte em benefícios à sociedade. Portanto, de acordo com esta teoria, um agente regulador ou fiscalizador, tal qual o Cade, se constitui para representar o interesse público. Alternativamente, a Teoria da Escolha Pública baseia-se na ideia de que a atuação estatal é um mecanismo de captura de interesses privados. O foco, então, está nos políticos, nos burocratas, no comportamento das empresas e na interação entre estes elementos, com o intuito de se explicar o desenho das políticas públicas e as decisões dos órgãos estatais. Sendo assim, a Economia Política—e.g., a macroeconomia e as políticas financeira, industrial e comercial—é considerada potencial influenciadora da autoridade da concorrência. As chamadas 'zonas de exceção', para ilustrar, podem fazer parte do escopo da política de defesa da concorrência em certos períodos (Horn e Stennek, 2007).

Em resumo, as economias de escala, características de setores regulados, invocam os dois paradigmas mais tradicionais da defesa da concorrência—Paradigma Estrutura-Conduta-Desempenho (E-C-P) e Paradigma Eficiência, enquanto a discussão sobre a importância dos setores regulados para os outros setores e a sociedade está intimamente ligada ao problema 'agente-principal'. Uma vez que o Paradigma E-C-P associa a concentração de mercado resultante de uma fusão ou aquisição às estratégias da empresa criada a partir da transação, e tais estratégias ao exercício de poder de mercado (Church e Ware, 2000), reitera-se a relevância da participação de mercado da 'nova' empresa e das barreiras à entrada para o melhor entendimento da atuação de uma autoridade de defesa da concorrência em mercados regulados. Adicionalmente, convém antecipar que indicadores macroeconômicos—especificamente, as projeções para o Produto Interno Bruto para o ano subsequente ao julgamento da fusão ou aquisição pelo Cade e a Taxa de Desemprego no ano do julgamento da fusão ou aquisição pelo Cade, bem como fatores relacionados às políticas industrial e comercial—precisamente, a origem do capital dos grupos empresariais adquirente e adquirido, podem explicar as decisões da autoridade de defesa da concorrência. Segundo Muller (2003), é elevada a correlação entre a Teoria da Escolha Pública e a Economia Política.

Na próxima seção, então, a descrição dos modelos econométricos utilizados nesta pesquisa inclui os elementos principais há pouco destacados.

3. Estratégia empírica

Conforme explicitado na seção introdutória, este artigo pretende revelar indícios sobre fatores que influenciam as decisões do Cade para F&A em mercados regulados, assim como busca evidenciar se os mesmos fatores

têm efeitos semelhantes sobre as decisões do Cade para F&A em mercados não-regulados. Para isso, um banco de dados formado por 4.702 transações julgadas sob a égide da Lei 8.884/94 pela referida autoridade de defesa da concorrência, entre 2000 e 2013, foi utilizado em seis regressões originais do tipo *Probit*.

As regressões *Probit* são expressas pela função: $y_i^* = \beta . x_i' + u_i$, onde y_i* é um termo não-observável, associado à variável dependente *y; i* = número de observações (varia de 1 a *n*); *n* = tamanho do conjunto amostral; β = vetor de parâmetros; *x* = vetor de variáveis independentes; e u_i : N(0,1). Essa função representa uma curva de probabilidade *p* no intervalo [0, 1] e se relacionada à uma distribuição de probabilidade normal padronizada (Hill, Griffiths e Judge, 1999).

Neste trabalho, a variável dependente assume dois possíveis resultados: 'Cade intervém na transação' tem valor '1'; e 'Cade não intervém na transação' tem valor '0'. Quanto aos vetores de parâmetros β e de variáveis independentes *x*, a Tabela 1 mostra onze termos, sendo que quatro desempenham papel de variável de controle—'Eficácia do Governo', 'Estado de Direito', 'Número de Votos' e 'Experiência do Conselho'. As variáveis de controle introduzem, nas regressões, potenciais efeitos sobre a variável dependente que não foram discutidos na fundamentação teórica. Segundo Studenmund (2000) e Wooldridge (2009), a inclusão dos referidos termos ajuda a minimizar preocupações com possíveis viéses decorrentes da omissão de variáveis.

Tabela 1 – Variáveis Independentes

Variável	*Conceito*	*Medida*
Participação de Mercado	Nível de concentração de mercado decorrente da transação	= Soma das participações de mercado das empresas requerentes após a transação, extraída de documentos oficiais disponíveis no sítio eletrônico do Cade.
Potencial Anticompetitivo	Potencial anticompetitivo da fusão ou aquisição	= '1' se o tempo de análise da transação julgada, desde a notificação ao veredito final, excede o período limite especificado pela Lei nº 8.884/94; '0' caso contrário
Exigência de Capital	Nível de barreiras de entrada no setor	= Posição no ranking de 'exigência de capital' para empreender por atividade econômica (adaptado de Gershon (2013)).
Adquirente Brasileiro	Origem do capital do grupo adquirente	= '1' se a origem do capital do grupo empresarial adquirente era brasileira; '0' caso contrário, extraída de documentos oficiais disponíveis no sítio eletrônico do Cade.

Variável	*Conceito*	*Medida*
Adquirido Brasileiro	Origem do capital do grupo adquirido	= '1' se a origem do capital do grupo empresarial adquirido era brasileira; '0' caso contrário, extraída de documentos oficiais disponíveis no sítio eletrônico do Cade.
Crescimento Econômico	Nível de crescimento da economia brasileira	= Taxa de crescimento estimada do Produto Interno Bruto (Pib) brasileiro para o ano subsequente ao ano de julgamento final da transação (Banco Central do Brasil)
Desemprego	Nível de desemprego na economia brasileira	= Índice de desemprego apurado no ano-calendário do julgamento final da transação (*Inter-American Development Bank dataset*)
Eficácia do Governo	Qualidade do serviço público e do serviço cível e grau de independência de pressão política, bem como qualidade da formulação e da implantação de políticas	= Estimativa da percepção de um grande número de empreendimentos, cidadãos e especialistas em pesquisas sobre o conceito em questão, que pode variar de, aproximadamente, -2,5 (fraco) a 2,5 (forte), publicada pelo World Bank (*Worldwide Governance Indicators*).
Estado de Direito	Confiança nas leis, respeito aos contratos e aos direitos de propriedade	= Estimativa da percepção de um grande número de empreendimentos, cidadãos e especialistas em pesquisas sobre o conceito em questão, que pode variar de, aproximadamente, -2,5 (fraco) a 2,5 (forte), publicada pelo World Bank (*Worldwide Governance Indicators*)
Número de Votos	Número de votos válidos do painel de decisão	= Número de votos válidos, calculado a partir de dados extraídos de documentos oficiais disponíveis no sítio eletrônico do Cade
Experiência do Conselho	Experiência dos conselheiros no cargo	= Média do número de dias em que os membros do painel de votação do Cade estiveram nos cargos de conselheiro ou presidente até a data de julgamento final da transação, calculada a partir de dados extraídos de documentos oficiais disponíveis no sítio eletrônico do Cade

Fonte: Elaborado pelo autor

Convém explicitar que as variáveis 'Participação de Mercado' e 'Potencial Anticompetitivo' se alternam em dois blocos de regressões idênticos, com o intuito de se incrementar a robustez dos achados, uma vez que a participação da empresa fundente no mercado relevante mais crítico em termos de potencial anticompetitivo, segundo o Cade à época dos julgamentos, não está

disponível em alguns documentos oficiais ou não foi coletada até a data de conclusão desta pesquisa. As regressões *Probit*, então, foram numeradas de acordo com as (sub-)amostras e a utilização de uma entre as últimas duas variáveis citadas.

- Modelo 1 – 'Setores Regulados' com variável 'Participação de Mercado';
- Modelo 2 – 'Setores Regulados' com variável 'Potencial Anticompetitivo';
- Modelo 3 – 'Setores Não-Regulados' com variável 'Participação de Mercado';
- Modelo 4 – 'Setores Não-Regulados' com variável 'Potencial Anticompetitivo';
- Modelo 5 – 'Todos os Setores' com variável 'Participação de Mercado';
- Modelo 6 – 'Todos os Setores' com variável 'Potencial Anticompetitivo';

Ainda no que tange à robustez dos testes empíricos adiante apresentados, *Variance Inflation Factors* (*VIFs*) foram calculados para todos os termos independentes, em todas as regressões. Com isto, é possível afirmar que qualquer preocupação associada à multicolinearidade entre as variáveis utilizadas está afastada deste estudo, uma vez que os *VIFs* encontrados estão fora do limite de risco [5; 10] apontado por Stine (1995). A Tabela 2, a seguir, confirma a adequação dos *VIFs* ao padrão esperado.

Tabela 2 – *Variance inflation factors*

Variáveis	Setores Regulados		Setores Não-Regulados		Todos os Setores	
	Modelo 1 (n=95)	Modelo 2 (n=769)	Modelo 3 (n=716)	Modelo 4 (n=3.781)	Modelo 5 (n=811)	Modelo 6 (n=4.702)
Participação de Mercado	1,12		1,12		1,10	
Potencial Anticompetitivo		1,24		1,17		1,18
Exigência de Capital	1,28	1,08	1,06	1,02	1,05	1,02
Adquirente Brasileiro	1,54	1,41	1,18	1,30	1,23	1,32
Adquirido Brasileiro	1,38	1,25	1,14	1,28	1,18	1,28
Crescimento Econômico	1,58	1,37	1,44	1,58	1,38	1,52
Desemprego	4,66	4,09	4,60	4,36	4,62	4,29
Eficácia do Governo	2,02	2,42	2,42	2,42	2,34	2,41

Estado de Direito	2,57	2,34	2,47	2,60	2,46	2,55
Número de Votos	1,42	1,24	1,26	1,26	1,25	1,25
Experiência do Conselho	1,81	1,44	1,82	1,72	1,80	1,66

Fonte: Elaborada pelo autor

Finalmente, antes da análise dos resultados, a Tabela 3 mostra as estatísticas descritivas das variáveis dependente e independentes.

Tabela 3 – Estatística descritiva das variáveis (amostra completa)

Variáveis	n	Média	D. Padrão	Min	Max
Dependente					
Intervenção	4.072	0,08	0,27	0,00	1,00
Independentes					
Participação de Mercado	811	0,24	0,21	0,00	1,00
Potencial Anticompetitivo	4.702	0,51	0,50	0,00	1,00
Exigência de Capital	4.702	7,48	1,93	1,00	10,00
Adquirente Brasileiro	4.072	0,27	0,45	0,00	1,00
Adquirido Brasileiro	4.072	0,43	0,50	0,00	1,00
Crescimento Econômico	4.072	3,88	0,46	2,03	5,03
Desemprego	4.072	7,51	1,22	5,70	9,35
Eficácia do Governo	4.072	-0,05	0,11	-0,23	0,18
Estado de Direito	4.072	-0,26	0,17	-0,49	-0,00
Número de Votos	4.072	6,01	0,78	3,00	7,00
Experiência do Conselho	4.072	672,86	251,46	108,00	1.351,80

Fonte: Elaborada pelo autor

4. Análise dos resultados

A Tabela 4 apresenta os resultados das regressões descritas na seção anterior. A partir da análise dos parâmetros e das significâncias estatísticas das variáveis-alvo deste estudo, têm-se que a probabilidade de intervenção do Cade em F&A compreendidas em mercados regulados aumenta quanto maior for a 'Participação de Mercado' da empresa resultante da transação (Modelo 1: β = 0.00, $p < .01$), o 'Potencial Anticompetitivo' das transações (Modelo 2: β = 1.04, $p < .01$) e as 'Exigências de Capital' (Modelo 1: $\beta = 0.34$, $p < .01$; Modelo 2: $\beta = 0.09$, $p < .01$). Embora o parâmetro do termo 'Participação de Mercado' esteja próximo de zero, os achados sugerem que fatores estruturais de mercado,

alinhados ao Paradigma E-C-D, são levados em conta pela autoridade de defesa da concorrência brasileira nos julgamentos de casos com efeitos em mercados regulados.

Curiosamente, porém, os testes realizados com os setores não-regulados não apontam com segurança para o mesmo caminho: a 'Participação de Mercado' das empresas fundentes não é estatisticamente significante, assim como as 'Exigências de Capital' revelam significância estatística apenas se acompanhadas da variável 'Participação de Mercado' (Modelo 3: $\beta = 0.10$, $p < .10$). O termo 'Potencial Anticompetitivo', de qualquer forma, sustenta-se como fator explanatório das decisões do Cade em mercados não-regulados também (Modelo 4: $\beta = 0.76$, $p < .01$).

Tabela 4 – Resultados

Variáveis	Setores Regulados		Setores Não-Regulados		Todos os Setores	
	Modelo 1 (n=95)	Modelo 2 (n=769)	Modelo 3 (n=716)	Modelo 4 (n=3.781)	Modelo 5 (n=811)	Modelo 6 (n=4.702)
Participação de Mercado	0,00**		0,00		0,00*	
	(0,00)		(0,00)		(0,00)	
Potencial Anticompetitivo		1,04**		0,76**		0,80**
		(0,22)		(0,09)		(0,08)
Exigência de Capital	0,34**	0,09*	0,10†	0,02	0,13**	0,03
	(0,10)	(0,04)	(0,05)	(0,02)	(0,04)	(0,02)
Adquirente Brasileiro	0,86†	0,57**	0,11	0,22*	0,22	0,29**
	(0,49)	(0,19)	(0,19)	(0,09)	(0,17)	(0,08)
Adquirido Brasileiro	1,72*	0,90**	0,97**	0,80**	0,98**	0,78**
	(0,72)	(0,23)	(0,16)	(0,10)	(0,16)	(0,09)
Crescimento Econômico	0,29	-0,23	-0,18	-0,18†	-0,11	-0,23*
	(0,40)	(0,17)	(0,17)	(0,10)	(0,13)	(0,09)
Desemprego	-0,96**	-0,47**	0,07	-0,01	-0,04	-0,09†
	(0,34)	(0,12)	(0,12)	(0,06)	(0,11)	(0,05)
Eficácia do Governo	10,98**	1,53	-0,51	-1,33*	0,26	-0,93†
	(3,46)	(1,11)	(1,00)	(0,57)	(0,91)	(0,52)
Estado de Direito	-8,12**	-0,75	-0,49	-0,65†	-1,22†	-0,66*
	(2,17)	(0,71)	(0,76)	(0,35)	(0,68)	(0,33)
Número de Votos	0,68*	0,12	-0,06	-0,09†	0,04	-0,05
	(0,34)	(0,10)	(0,11)	(0,05)	(0,10)	(0,05)
Experiência do Conselho	0,00	0,00	0,00**	0,00**	0,00**	0,00**
	(0,00)	(0,00)	(0,00)	(0,00)	(0,00)	(0,00)
Constante	-6,12*	-0,64	-2,94*	-1,97**	-3,32**	-1,50**
	(3,11)	(1,35)	(1,22)	(0,60)	(1,09)	(0,51)
Pseudo R^2	0,47	0,32	0,17	0,18	0,18	0,19
Likelihood ratio chi-square	40,21	108,43	70,98	245,62	97,78	314,82
Prob > chi2	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00

Nota: *Erros-padrão ajustados (clustvar) entre parênteses. Significância estatística a † p<.10; * p<.05; ** p<.01*

Fonte: Elaborada pelo autor

Quando se observa os resultados do agregado de 'Todos os Setores', concluí-se que há indícios do poder explicativo das variáveis 'Participação de Mercado' (Modelo 5: $\beta = 0.00$, $p < .05$) e 'Exigências de Capital' (Modelo 5: $\beta = 0.13$, $p < .01$), se estimadas conjuntamente. Contudo, novamente na presença do termo 'Potencial Anticompetitivo'—confirmado como fator consistente para explicar as intervenções do Cade (Modelo 6: $\beta = 0.80$, $p < .01$), as 'Exigências de Capital' perdem significância estatística.

No que tange ao poder preditivo das variáveis associadas à Economia Política, fundamentadas no debate sobre a Teoria do Interesse Público e da Teoria da Escolha Púbica, vê-se que a origem do capital nacional aumenta a probabilidade de intervenção do Cade em F&A ocorridas em setores regulados: os parâmetros de 'Adquirente Brasileiro' (Modelo 1: $\beta = 0.86$, $p < .10$; Modelo 2: $\beta = 0.57$, $p < .01$) e 'Adquirido Brasileiro' (Modelo 1: $\beta = 1.72$, $p < .05$; Modelo 2: $\beta = 0.90$, $p < .01$) são estatisticamente significantes e positivos. Parcialmente, pelo menos, é razoável a sustentação de tais resultados no intenso processo de privatizações, intimamente associado aos setores regulados, que a economia brasileira viveu nos anos 1990 e início dos 2000 (Nasser, 2008; Velasco Jr., 2010), assim como do suporte dado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) a determinados grupos empresariais brasileiros, sobretudo a partir da segunda metade dos anos 2000, supostamente para a maior competitividade das empresas em mercados globais ou para o incremento tecnológico nacional (Bazuchi, Zacharias, Broering, Arreola e Bandeira-de-Mello, 2013; Moran, Seth e Ziebarth, 2016).

Nos mercados não-regulados e em 'Todos os Setores', observa-se resultado semelhante e argumentação semelhante também, porém com certa inconsistência quanto à significância estatística da variável 'Adquirente Brasileiro', se testada com a variável 'Participação de Mercado'. A concentração industrial brasileira pré-anos 2000 é notória e largamente explorada na literatura.[4] Portanto, o maior ímpeto do Cade à intervenção em negócios com a presença de empresas brasileiras não parece ser uma tentativa de implantação de política industrial, mas uma consequência do histórico da própria economia brasileira.

Por fim, entre os achados relevantes deste exame empírico, cabe ainda mencionar os efeitos da variável 'Desemprego' sobre a probabilidade de

[4] E.g. Haber (2006) e OECD (2005).

intervenção do Cade em F&A nos setores regulados (Modelo 1: β = -0.96, p < .01; Modelo 2: β = -0.47, p < .01). Quanto maior o nível de desemprego, menor é a propensão do Cade a alterar os acordos entre as empresas fundentes. Excetuando-se a significância estatísticas dos dois parâmetros indicados entre parenteses, apenas uma única regressão mostra alguma significância do parâmetro da mesma variável (Modelo 6: β = -0.09, p < .10), o que denota tratar-se de uma característica singular da atuação da defesa da concorrência, no Brasil, em setores regulados. Dentre as potenciais explicações para tais resultados, a Teoria do Interesse Público pode se verificar na preocupação do Cade com o uso intensivo de mão-de-obra nos setores-alvo desta pesquisa.

5. Considerações finais

A defesa da concorrência por um conselho, comissão ou agência autônoma está longe de ser unanimidade em um mundo cheio de comissões, agências ou órgãos reguladores setoriais. No Brasil, não é diferente. Mas, como estaria se comportando o Cade diante de tantos impasses históricos, tais como a disputa com o Bacen para atuar no setor financeiro?

Este estudo procurou identificar os fatores que determinam as decisões interventivas do Cade em F&A em diversos setores regulados. Esta iniciativa inédita cobriu catorze anos de julgamentos realizados, 4.072 transações e ofereceu um primeiro panorâma da jurisprudência na área. Portanto, com os resultados apresentados, abre-se o caminho para a maior previsibilidade da atuação da referida autoridade, seja por investidores, executivos e consultores ou acadêmicos.

Entre as limitações deste trabalho, destacam-se a ausência de mais termos associados às teorias basilares da defesa da concorrência, sobretudo no que tange às eficiências geradas por uma operação. Os setores regulados, em alguma medida, se caracterizam por monopólios naturais. Sendo assim, as eficiências geradas podem explicar muito das decisões do Cade. Adicionalmente, convém citar a necessidade de se individualizar as análises por setor regulado, pois as particularidades podem revelar fontes importantes de explicação do comportamento da autoridade de defesa da concorrência. Em outras palavras, sugere-se que o próximo passo desta linha de pesquisa ofereça respostas a relação bilateral do Cade com agências específicas.

6. Referências

BAZUCHI, K. R. V.; ZACHARIAS, S. A. da S.; BROERING, L. W.; ARREOLA, M. F.; BANDEIRA-DE-MELLO, R. The Role of Home Country

Political Resources for Brazilian Multinational Companies. **Brazilian Administration Review**, v. 10, n. 4, p. 415-438, Oct./Dec. 2013.

BESANKO, D.; DRANOVE, D.; SHANLEY, M. **Economics of strategy**. New York: John Wil Ley & Sons, 2000.

BITTENCOURT, W. R.; PAIM, J. V. A.; CUNHA, J. V. A.; NASCIMENTO, E. M. Estudo sobre a evolução da concentração do setor bancário no brasil e da taxa de juros. **Revista de Gestão, Finanças e Contabilidade UNEB**, v. 5, n. 3, p. 05-25, maio/ago., 2015

CHURCH, J.; WARE, R. **Industrial Organization**: a strategic approach. United States: McGraw-Hill, 2000. 926 p.

EZRACHI, A. Sponge. **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 5, n. 1, p. 49–75, 2017.

GAGNEPAIN, P.; IVALDI, M.; LATGÉ-ROUCOLLE, C. Merger analysis and public transport service contracts. In: CHENG, T. K.; LIANOS, I.; SOKOL, D. D. **Competition and the state**. 2014, Chapter 13, p. 224-238.

GERSHON, L. **Study: industries with low barriers to entry**. 2013. Disponível em: https://www.creditdonkey.com/barriers-to-entry.html. Acessos em: junho de 2016.

HABER, Stephen. The Political Economy of Industrialization. In: BULMER-THOMAS, Victor; COATSWORTH, John; CORTES-CONDE, Roberto. **The Cambridge economic history of Latin America volume 2**: the long twentieth century. 2006, Chapter 13, p. 537-584.

HILL, C.; GRIFFITHS, W.; JUDGE, G. **Econometria**. São Paulo: Saraiva, 1999.

HORN, H.; STENNEK, J. The political economy of EU merger control: small vs. large member States. *In*: GHOSAL, V.; STENNEK, J. **Contributions to economic analysis**: the political economy of antitrust. Amsterdam: Elsevier, 2007, p. 259-285.

MORAN, M. R. **Determinants of merger review decisions: an assessment of the Brazilian antitrust authority's capabilities and the influential role of antitrust commissioners**. 2015. 160p. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Administração, Economia e Contabilidade, USP, São Paulo.

MORAN, M. R.; SETH, A.; ZIEBARTH, J. A. **Conflitos entre políticas públicas e (falta de) coordenação de ações estatais: uma análise empírica da presença da bndespar e da atuação do Cade em fusões e aquisições no Brasil**. Prêmio ABDE-BID/Associação Brasileira de Desenvolvimento. Rio de Janeiro: ABDE Editorial, 2016.

MOTTA, M.; RUTA, M. A political economy model of merger policy in international markets. **Economica**, v. 79, n. 313, p. 115–136, 2012.

MULLER, D. C. **Public choice III**. New York: Cambridge University Press, 2003.

NASSER, A. B. M. **Competição e concentração no setor bancário brasileiro atual: estrutura e evolução ao longo do tempo**. III Prêmio SEAE de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica. Secretaria de Acompanhamento Econômico/Ministério da Fazenda do Brasil. Brasília: SEAE/MF, 2008.

NUSDEO, A. M. de O. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

OECD - Organization for Economic Co-operation and Development. **Brazil – Peer Review of Competition Law and Policy**. Paris: OECD, 2005. 133 p.

OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. **Direito e economia da concorrência**. São Paulo: Renovar, 2004.

PINDYCK, R.; RUBINFELD, D. **Microeconomics**. Prentice Hall, 7th ed. 2009. 768p.

STINE, R. A. Graphical interpretation of Variance Inflation Factors. **The American Statistician**, v. 49, n. 1, p. 53-56, 1995.

STUDENMUND, A. H. **Using econometrics**: a practical guide. India: Pearson, 6th Edition, 2000.

UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development. 2011. **The importance of coherence between competition policies and government policies**. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/ciclpd9_en.pdf . Acessos: agosto de 2017.

VELASCO JR., L. A privatização no Sistema BNDES. **Revista do BNDES**, n. 33, p. 307-382, 2010.

WANG, W.; RUDANKO, M. EU merger remedies and competition concerns: an empirical assessment. **European Law Journal**, v. 18, n. 4, p. 555–576, July 2012.

WOOLDRIDGE, J. M. **Introductory econometrics: a modern approach**. South-Western: Cengage, 2009. 865 p.

WORLD BANK. **Worldwide Governance Indicators**. Disponível em: http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home. Acessos: junho de 2016.

FUNÇÃO DO CADE NO CONTROLE DE ESTRUTURAS: UMA ANÁLISE DOS ACORDOS EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO

Maria Gabriela Castanheira Bacha

Resumo: Para verificar a função do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ao intervir na economia, mais especificamente quando o órgão antitruste verifica problemas concorrenciais derivados de Atos de Concentração e decide pela aprovação mediante a celebração de Acordo em Controle de Concentração (ACC), o presente trabalho analisou todos os Atos de Concentração aprovados mediante celebração de ACC entre abril de 2015 e abril de 2017. Foi verificado que, no geral, foram estabelecidos remédios comportamentais de difícil monitoramento, o que é incompatível com as atribuições do órgão de defesa da concorrência.

Palavras-chave: CADE, Concorrência, Concentração, Regulação, Remédios.

Key-words: CADE, Competition, Concentration, Regulation, Remedies.

1. Introdução

Quando se fala de intervenção estatal na economia, a linha é tênue entre as competências dos órgãos reguladores e do órgão de defesa da concorrência. Evidentemente, todas as intervenções estatais devem ser realizadas com a finalidade de aumentar o bem-estar social. No entanto, enquanto o órgão de defesa da concorrência visa preservar e/ou fomentar a competição por meio de ação sobre o poder de mercado dos agentes, o órgão regulador pode ter outros objetivos a serem perseguidos.

Ainda assim, inexiste uma "isenção antitruste" do ponto de vista legal. Isso porque a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, não estabelece isenção setorial para a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), bem como artigo 31 dessa lei, ao estabelecer sobre quais agentes a lei de defesa da concorrência se aplica, apresenta ampla redação, incluindo até mesmo atividades monopolizadas. Adicionalmente, o princípio da livre concorrência é amparado constitucionalmente como princípio da ordem econômica (art. 170, IV, Constituição Federal). Nesse sentido, é permitido legalmente ao CADE intervir

em qualquer âmbito econômico, incluindo setores regulados, com a finalidade de preservar e/ou fomentar a concorrência.

Contudo, o que vem sendo verificado recentemente – principalmente após a introdução do controle prévio de estruturas pela Lei nº 12.529/2011 – é a interferência cada vez mais proativa do CADE na economia. Essa atuação é mais proeminente no controle de estruturas, mais especificamente quando o órgão antitruste verifica problemas concorrenciais derivados da operação e decide pela aprovação mediante a celebração de Acordo em Controle de Concentração (ACC). Com a finalidade de atestar qual função o CADE vem exercendo nesses casos, o presente trabalho analisou todos os Atos de Concentração condicionados a ACCs em um período de dois anos (entre abril de 2015 e abril de 2017[1]) e verificou que a autoridade antitruste vem impondo a adoção de remédios comportamentais de difícil implementação e monitoramento, agindo como verdadeira reguladora da atividade econômica, o que é incompatível com suas atribuições.

O trabalho é divido em três outras seções, além desta introdução. Na próxima seção, serão tratados os conceitos de regulação econômica e defesa da concorrência a serem utilizados. A segunda seção tratará do controle de estruturas pelo CADE, mais especificamente explicando brevemente o que são ACCs e quais são os tipos de remédios antitruste que podem ser previstos nos acordos. A seção seguinte se ocupará da análise dos Atos de Concentração aprovados mediante celebração de ACC entre abril de 2015 e abril de 2017 com a finalidade de verificar a natureza dos remédios negociados e a função da atuação do CADE nesses casos. A última seção apresentará as conclusões.

2. Regulação econômica e defesa da concorrência

A regulação compreende qualquer forma de atuação ou intervenção estatal sobre o domínio econômico que não envolve a exploração direta de atividade econômica em regime de mercado, abrangendo, assim, atividades como coordenar, dirigir, fiscalizar, incentivar, fomentar, coibir, desincentivar, planejar e organizar condutas, dentre outras (MARQUES NETO, 2005, p. 31). O uso desses diferentes mecanismos de intervenção pode ser mais ou menos intenso a depender das preferências do governo à época, podendo deixar maior ou menor nível de liberdade aos agentes econômicos.

[1] Em 11 de maio de 2016, na 85ª Sessão Ordinária de julgamento do Tribunal do CADE, houve a aprovação, com restrições, do Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10 – Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda, o qual não foi incluído na presente análise por não se tratar de ACC.

A finalidade da regulação econômica, mais especificamente, é normatizar o exercício das diversas atividades pelos particulares de modo a promover os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência, presentes no *caput* e no inciso IV do art. 170 da CF, em especial o cenário de concorrência perfeita, quando este não se estabelece pelas próprias características do mercado ou do sistema produtivo para o bem em questão (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 102). Assim, a implementação da regulação econômica justifica-se pela impossibilidade de os mercados e seus agentes, por meio da sua livre atuação, se comportarem em uma determinada estrutura de mercado de modo a promover a concorrência perfeita.

A relação "agente-principal" pode ser utilizada para se entender a necessidade da regulação econômica. Enquanto os reguladores são os principais, os regulados são os agentes, cujos comportamentos não necessariamente se conciliam com os objetivos buscados pelo regulador de maior eficiência e bem-estar. Nesse contexto, surge a necessidade de construção de uma estrutura de incentivos de baixo custo e fácil implementação para alinhar as condutas dos agentes, ou regulados, com os objetivos buscados pelo principal, ou regulador (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 102).

A defesa da concorrência, por sua vez, é o conjunto de regras jurídicas designadas a prevenir, apurar e reprimir as diversas formas de abuso de poder econômico, com o objetivo de obstar a monopolização de mercados e propiciar a livre iniciativa em favor da coletividade (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 29).

Enquanto o objetivo da regulação econômica tradicional seria substituir os mecanismos de mercado diante de falhas consideradas insuperáveis pela própria atuação dos agentes, a defesa da concorrência visaria tão somente proteger esses mecanismos. Assim, ao passo que a atividade regulatória pressuporia uma determinada estrutura de mercado, a defesa da concorrência atuaria sobre essa estrutura para prevenir configurações anticoncorrenciais, tornando prescindível a própria regulação (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 138).

As competências da autoridade antitruste e do regulador foram delimitadas em quatro elementos diferenciadores principais por Oliveira e Rodas (2004, p. 139):

a) No que diz respeito ao objetivo, a defesa da concorrência tem seu âmbito mais restrito, focando sempre na reversão dos benefícios ao consumidor. A regulação, por sua vez, incorpora um conjunto maior de preocupações, como universalização dos serviços, integração regional e meio ambiente.

b) Sobre o método de trabalho, a autoridade antitruste utiliza os próprios mecanismos de mercado, enquanto o regulador tende a substituí-los.

c) Em relação ao momento de atuação, a autoridade concorrencial tenderia a agir a posteriori (com exceção nos controles de ato de concentração), enquanto o regulador estabelece regras a priori que devem ser seguidas pelos regulados.

d) A autoridade antitruste deveria ter preferência por remédios estruturais que resolvessem definitivamente o problema concorrencial. A autoridade regulatória, por poder substituir os mecanismos de mercado, tenderia a utilizar remédios comportamentais.

A autora francesa Marie-Ane Frison Roche (2005, p. 208), por sua vez, esclarece que o direito da concorrência, na medida em que sanciona os comportamentos anticoncorrenciais, não adota uma perspectiva de regulação, dado que está apenas reconduzindo, casuisticamente, condutas contrárias à livre concorrências. Por outro lado, ao construir e manter organizações econômicas não espontâneas e não perenes por sua própria força, o direito da concorrência também se constitui de mecanismos regulatórios (FRISON ROCHE, 2005, p. 208).

Nesse sentido, o presente trabalho busca verificar eventual proeminência da atividade regulatória por parte do CADE quando da aplicação de remédios em ACCs celebrados no âmbito de Atos de Concentração.

3. O controle de estruturas pelo Cade

3.1. Acordos em Controle de Concentrações (ACCs) e remédios antitruste

O Acordo em Controle de Concentrações (ACC) é um acordo celebrado entre o CADE e as partes requerentes de um Ato de Concentração que objetiva estabelecer uma solução intermediária entre a aprovação incondicional e a reprovação total de determinada operação que gera efeitos anticompetitivos (CABRAL; MATTOS, 2016, p. 58). Assim, o ACC estipula remédios antitruste que deverão ser implementados pelas partes requerentes (chamadas no âmbito do ACC de "compromissárias") como condição para a aprovação do Ato de Concentração, de modo que determinadas eficiências decorrentes da operação sejam preservadas, ao mesmo tempo que os problemas concorrenciais identificados sejam endereçados (CABRAL; MATTOS, 2016, p. 58).

Nesse sentido, o ACC pode ser entendido como um provimento administrativo que tem por função primordial assegurar a obtenção de eficiências suficientes para a aprovação de um Ato de Concentração (CARVALHO; CASTRO, 2013, p. 103). Não obstante, os remédios a serem estabelecidos por um ACC devem seguir alguns princípios. Primeiramente, o remédio deve ser efetivo, de modo que atinja o objetivo para o qual foi estabelecido. Em segundo lugar, tanto na perspectiva da autoridade antitruste quanto na das empresas envolvidas, os custos adminsitrativos devem ser os mínimos necessários. Por fim, o remédio deve ser proporcional, sendo limitado ao problema concorrencial identificado, incluindo apenas medidas estritamente necessárias para resolvê-lo (CABRAL; MATTOS, 2016, p. 60). Tais princípios, se não respeitados, levam o CADE a extrapolar sua competência.

Os remédios passíveis de serem estabelecidos em ACCs são usualmente classificados em dois tipos: estruturais e comportamentais. O remédio estrutural consiste em medidas imediatas e definitivas, com realocação de direito de propriedade para terceiros, e tem por objetivo manter o mercado afetado pela operação com uma estrutura competitiva (PEREIRA NETO; AZEVEDO, 2015, p. 224). Geralmente, o remédio estrutural se dá por meio de um desinvestimento, ou seja, alienação de um pacote de ativos para outro competidor já estabelecido no mercado ou para um entrante. O pacote a ser desinvestido pode ser constituído por ativos tangíveis e/ou intangíveis, e pode consistir em um negócio total em andamento ou um conjunto parcial de ativos. O importante é que o pacote seja capaz de reforçar a posição de um concorrente ou facilitar a entrada de um novo competidor (PEREIRA NETO; AZEVEDO, 2015, p. 224). Já o remédio comportamental consiste no disciplinamento do comportamento das compromissárias, e geralmente se materializa na imposição de uma restrição ao direito de livre iniciativa das partes.

Apesar de implicarem na alteração da estrutura das empresas requerentes e, por isso, serem mais custosos a estas, os remédios estruturais são considerados mais eficazes por serem mais simples de serem monitorados. Os remédios comportamentais, por sua vez, são mais difíceis de terem seu cumprimento verificado, dado que a estrutura, recursos e expertise da autoridade antitruste, diferentemente de um órgão regulador, são mais apropriados para o controle *ex post*, e não ao acompanhamento em tempo real das atividades econômicas, tornando mais difícil o monitoramento da imposição e manutenção das restrições comportamentais pelas empresas (PEREIRA NETO; AZEVEDO, 2015, p. 224). Dessa forma, o estabelecimento de remédios comportamentais pode extrapolar a competência do CADE como órgão antitruste para órgão regulador caso eles não obedeçam aos princípios de simplicidade, objetividade e proporcionalidade, o que inclui em grande parte sua facilidade de monitoramento.

Com a finalidade de verificar qual função o CADE vem desempenhando no controle de estruturas e a compatibilidade com sua estrutura e recursos, passa-se à análise dos ACCs celebrados pela autoridade antitruste no período considerado (abril de 2015 a abril de 2017).

4. Aspectos da função do Cade diante dos remédios impostos em ACCs

Entre abril de 2015 e abril de 2017, 9 (nove) ACCs foram celebrados pelo CADE como requisitos para aprovação de Atos de Concentração.

Pela análise desses casos, é possível observar que, no geral, a percepção do CADE é a de que ele não agiu como regulador da atividade econômica nos ACCs celebrados. Na análise da *joint venture* formada entre SBT, Record e ReveTV[2], por exemplo, o Conselheiro Alexandre Cordeiro, em seu Voto-Vista, expressou entendimento de que um remédio só seria entendido como regulador da atividade caso fosse aplicável a todos os agentes mercado. Assim, a despeito de o ACC ter previsto diversos remédios comportamentais de difícil monitoramento[3], como as obrigações foram elaboradas única e exclusivamente para o caso concreto e vinculavam tão somente as partes e condicionavam unicamente a *joint venture*, o acordo não tinha por escopo ou efeito a regulação de segmento sob competência da Anatel ou da Ancine.

Ademais, de acordo com o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos quando da análise da combinação das atividades entre BM&FBOVESPA e

[2] Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21 – TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A. ("SBT"); Rádio e Televisão Record S.A. ("Record"); e TV Ômega Ltda. ("RedeTV"). Trata-se de constituição de uma joint venture entre SBT, Record e RedeTV destinada a atuar, principalmente, no licenciamento do sinal digital de seus canais de programação para prestadoras de serviços de televisão por assinatura. A operação foi julgada em maio de 2016 e aprovada pelo Tribunal do CADE mediante assinatura e cumprimento de ACC.

[3] O ACC (i) estabeleceu qual deveria ser o objeto social da joint venture (e a necessidade de solicitar autorização do CADE para sua alteração), (ii) limitou o prazo máximo de duração da joint venture – e consequentemente do ACC – a 6 (seis) anos, condicionando a prorrogação à apreciação do CADE como novo ato de concentração, (iii) determinou a aplicação de percentual significativo de receitas no desenvolvimento de produtos e serviços para televisão por assinatura e outras mídias, tanto pela joint venture quanto pelas empresas individualmente, (iv) vinculou a forma de cobrança da joint venture pelo licenciamento dos sinais de seus canais de televisão aberta ao porte do licenciante, estabelecendo tratamento diferenciado para pequenas e médias operadoras, e (v) condicionou a incorporação de novos sócios à análise do CADE.

Cetip[4], na hipótese de o órgão regulador *stricto sensu* estar entorpecido ou dormente, o CADE estaria dentro de suas competências caso optasse por remédios de cunho regulatório. De acordo com o Conselheiro, os órgãos reguladores e o órgão de defesa da concorrência exercem funções complementares, sendo o CADE chamado a atuar na omissão ou na falha do regulador. Dessa forma, a despeito da omissão do Conselheiro em relação à forma pela qual o CADE deveria monitorar esses remédios, estaria dentro das atribuições do órgão a possibilidade de negociar ACCs com função regulatória.

Não obstante a percepção do CADE sobre sua própria atuação, diversos exemplos de remédios em ACCs celebrados no período analisado são ilustrativos da atuação regulatória da autoridade antitruste. Primeiramente, em alguns casos, o CADE determinou ou impediu a celebração de determinados tipos de contratos por parte das compromissárias, por um determinado período de tempo.

Na fusão entre a Dabi e a Gnatus[5], por exemplo, ao proibir às compromissárias a celebração de novos compromissos de exclusividade com distribuidores, representantes comerciais e/ou prestadores de serviços de assistência técnica pelo período de 5 (cinco) anos, o CADE impôs remédio regulatório com alto custo de monitoramento, principalmente diante do fato de não ter previsto mecanismo concreto de fiscalização – o ACC apenas estabelece a previsão genérica de que "o CADE poderá, a qualquer tempo, solicitar que as

[4] Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 – BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros ("BM&FBOVESPA") e CETIP S.A. ("Cetip"). Trata-se de combinação das atividades entre BM&FBOVESPA e Cetip, aprovada pela maioria dos Conselheiros do Tribunal do CADE mediante a celebração de ACC em março de 2017.

[5] Ato de Concentração nº 08700.001437/2015-70 – Dabi Atlante S/A Indústrias Médico Odontológica ("Dabi") e Gnatus Equipamentos Médico Odontológicos Ltda. ("Gnatus"). Trata-se de fusão entre Dabi, empresa atuante nos mercados de fabricação e comercialização de produtos odontológicos, e Gnatus, atuante nos mercados de pesquisa, desenvolvimento e comercialização de equipamentos odontológicos, médicos e para podologia, julgada em novembro de 2015. A fim de sanar os problemas concorrenciais identificados decorrentes da sobreposição horizontal no mercado de produtos odontológicos, as empresas celebraram ACC com o CADE pelo qual se comprometeram a: (i) alienar todas as marcas de titularidade da Gnatus ; (ii) revogar quaisquer cláusulas e/ou acordos de exclusividade que tenham sido assinados com quaisquer distribuidores, representantes comerciais e/ou prestadores de serviços de assistência técnica; e (iii) não assinar novos contratos de exclusividade com essas partes por um prazo de 5 (cinco) anos.

Compromissárias apresentem dados e informações que julgar necessárias relativas às obrigações previstas neste ACC".

De modo similar, o ACC celebrado pelo CADE com Tam, Iberia e British[6] estabeleceu, como requisito para a aprovação do *Joint Business Agreement* entre as companhias aéreas, que as compromissárias formalizassem um acordo de *interline* (ou SPA – *Special Prorate Agreement*) com potencial companhia aérea entrante na rota São Paulo-Londres, de modo a facilitar o escoamento dos passageiros que entram na Europa por Londres, mas que tenham outra cidade deste continente como destino final, bem como dos passageiros que entram no Brasil a partir de São Paulo, mas que tenham outra cidade do país como destino final. O próprio CADE reconheceu a dificuldade de implementação e monitoramento desse remédio – de acordo com o Conselheiro João Paulo Resende, relator do caso, tratava-se de "um remédio de maior dificuldade de monitoramento, tendo em vista que envolve a assinatura de um contrato entre as Requerentes e um rival, e os detalhes das condições exigidas por ambas as partes podem acabar levando à não efetivação do acordo". No entanto, ainda assim foi estipulada multa pelo descumprimento da obrigação, o que demonstra o papel regulador exercido pelo órgão da concorrência nesse caso.

Situação diversa ocorreu na análise da aquisição da Rexam pela Ball[7], na qual o remédio comportamental estabelecido no ACC ficou dentro das atribuições do CADE. O ACC determinava a celebração de contratos de fornecimento de tampas de maneira a suprir a necessidade produtiva das plantas desinvestidas e de seus respectivos contratos por um período mínimo de 4 (quatro) anos. Nesse caso, o compromisso comportamental (celebração de contratos de fornecimento) estava intrinsicamente relacionado à obrigação estrutural (desinvestimento de unidade fabris), não havendo assim função regulatória da autoridade antitruste. A despeito de o dever de monitoramento

[6] Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10 – TAM Linhas Aéreas S.A. ("Tam"), Ibéria Líneas Aéreas de España ("Iberia"), British Airways Plc. ("British"). Trata-se de um acordo de negócio conjunto (Joint Business Agreement ou "JBA") entre a Tam, de um lado, e a Iberia e a British, do outro, segundo o qual todos os produtos e serviços seriam comercializados pelas empresas como se fossem ofertados pelas próprias malhas aéreas de cada uma delas, independentemente de qual operador ou vendedor, e todos os benefícios econômicos resultantes de tal cooperação seriam compartilhados de forma equitativa.

[7] Ato de Concentração nº 08700.006567/2015-07 – Ball Corporation ("Ball") e Rexam PLC ("Rexam"). Trata-se da aquisição da Rexam pela Ball, ambas fabricantes de latas metálicas para bebidas, em âmbito mundial, julgada pelo Tribunal do CADE em dezembro de 2015.

também ter sido genérico ("o CADE monitorará o cumprimento dos termos e condições previstos neste ACC"), a manutenção dos contratos de fornecimento de tampas era essencial à viabilidade da planta desinvestida, razão pela qual o comprador dos ativos teria interesse na sua concretização e também atuaria como agente fiscalizador, retirando esse ônus da autoridade antitruste.

Em segundo lugar, apesar de o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos na análise da combinação das atividades entre BM&FBOVESPA e Cetip[8] ter reconhecido a "inadequação da determinação e/ou regulação de preços de um mercado específico como medida ou remédio derivado da constatação de estruturas concentradas ou de condutas impróprias dos agentes em âmbito concorrencial", houve casos em que o CADE chegou a determinar como deveria ser a formação do preço a ser cobrado pela entidade resultante do Ato de Concentração.

Na *joint venture* entre Saint Gobain e Sicbras[9], por exemplo, o ACC estabeleceu que o preço de venda dos produtos da *joint venture* às compromissárias seria equivalente ao custo de produção acrescido de um percentual para formação de reserva para a sustentabilidade da *joint venture*. Nesse caso, houve o estabelecimento de medida de controle de preços, de caráter eminentemente regulatório, a qual, de acordo com o ACC, deveria perdurar pelo tempo que durasse a operação conjunta da *joint venture*, a despeito de o monitoramento pelo CADE por meio de auditor independente ter sido estabelecido pelo período de apenas 5 (cinco) anos.

Já na constituição de *joint venture* entre SBT, Record e RedeTV[10] para atuar no licenciamento do sinal digital de seus canais, houve situação similar à regulação de preços, porém peculiar: estabelecimento de obrigações específicas de investimento pela entidade resultante do Ato de Concentração e pelas requerentes. Um dos remédios previstos no ACC celebrado com o CADE estabelecia a retenção de parcela da receita líquida da *joint venture* e das receitas líquidas distribuídas a cada compromissária para investimentos

[8] Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 – BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros ("BM&FBOVESPA") e CETIP S.A. ("Cetip").

[9] Ato de Concentração nº 08700.010266/2015-70 – Saint Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. ("Saint Gobain") e SiCBRAS Carbeto de Silício do Brasil Ltda. ("Sicbras"). Trata-se de compra, pela Saint Gobain, de 50% das ações relativas a uma fábrica de produção de carbeto de silício (SiC) localizada no Paraguai, até aquele momento pertencente à Sicbras, o que resultou em uma joint venture entre as requerentes.

[10] Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21 – TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A. ("SBT"); Rádio e Televisão Record S.A. ("Record"); e TV Ômega Ltda. ("RedeTV").

específicos no desenvolvimento de produtos e serviços para televisão por assinatura e outras mídias, com a finalidade de aprimoramento da oferta e qualidade do conteúdo já oferecido. O ACC também estabeleceu a apresentação, detalhada, das metas de investimento, prazos e alocação de recursos. É evidente a extrapolação das competências da autoridade antitruste nesse caso, e o dispêndio de recursos necessários para seu monitoramento.

Em terceiro lugar, houve caso em que as compromissárias assumiram obrigações de transparência e qualidade na comunicação de seus serviços e de aprimoramento no atendimento a clientes, funções típicas de um órgão regulador. No ACC celebrado como condição à aquisição do HSBC pelo Bradesco[11], as requerentes assumiram uma série de obrigações visando aprimorar os procedimentos de portabilidade, implantar maior transparência na comunicação dos serviços e estimular os clientes pessoas físicas do HSBC a migrarem para outra instituição financeira, além de capacitar seus funcionários por meio de treinamentos e adotar medidas para aprimorar a qualidade do atendimento, reduzindo os índices de reclamações. Interessante notar que o Conselheiro Relator João Paulo Resende, ao justificar o remédio de "não-comprar" assumido por parte do Bradesco (abster-se de realizar quaisquer atos de concentração suscetíveis de aumentar o poder de mercado do Bradesco nos mercados exclusivos de instituições financeiras, pelo prazo de 30 meses), esclareceu que o CADE teve cuidado em resguardar as competências do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central, este como autoridade regulatória setorial, de zelar pela solidez e liquidez do Sistema Financeiro Nacional, porém não teceu comentário algum sobre o possível conflito de competência em relação aos remédios comportamentais mencionados acima.

Por fim, no período analisado há exemplos de ACCs celebrados pelo CADE em que as compromissárias se comprometeram com a implementação de um novo serviço, ou com a implementação de metas para o aumento de serviço já oferecido. O primeiro caso pôde ser verificado no Ato de Concentração envolvendo as companhias aéreas Tam, Iberia e British[12], as quais, para terem seu *Joint Business Agreement* aprovado, tiveram que se

[11] Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41 – Banco Bradesco S.A. ("Bradesco"), HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda. ("HSBC"). Trata-se da aquisição de 100% do capital social do HSBC pelo Bradesco, aprovada pelo CADE em junho de 2016 mediante a celebração de ACC, após a constatação de que a operação estava inserida em um ambiente concorrencial caracterizado por elevada concentração, alto nível de rentabilidade e limitado grau de concorrência.

[12] Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10 – TAM Linhas Aéreas S.A. ("Tam"), Ibéria Líneas Aéreas de España ("Iberia"), British Airways Plc. ("British").

comprometer a ofertar duas novas rotas, com frequências mínimas de três vezes por semana, entre o Brasil (não podendo envolver São Paulo ou Rio de Janeiro) e o continente europeu, pelo prazo de 7 (sete) anos. Já o segundo exemplo foi verificado na formação de *joint venture* entre Bradesco, BB, Santander, CEF e Itaú para a criação de um *bureau* de crédito[13], no qual o ACC estabeleceu aos bancos, dentre outros vários remédios comportamentais, metas envolvendo o cadastro positivo, mais especificamente os níveis predeterminados que o total de adesões ao cadastro positivo deveria atingir ao longo do período de vigência do ACC. A despeito de as metas específicas e os prazos terem ficado confidenciais em relação ao público, não é atribuição do órgão da concorrência regular a evolução do mercado de cadastro positivo.

Em suma, com exceção de poucos casos – como a aquisição do negócio de preservativos masculinos e lubrificantes íntimos da Hypermarcas pela Reckitt Benckiser que foi aprovada mediante o desinvestimento da marca KY[14] –, o CADE, no geral, incluiu condições nos ACCs que possuem natureza eminentemente comportamental e regulatória e que vão além das medidas simples e de fácil implementação que a comunidade antitruste e o próprio CADE disseminam como sendo desejáveis.

Um exemplo claro em que o Tribunal do CADE agiu contrariamente à situação considerada "ideal" por um dos Conselheiros foi o Ato de Concentração envolvendo o *Joint Business Agreement* entre Tam, Iberia e

[13] Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47 – Banco Bradesco S.A. ("Bradesco"), Banco do Brasil S.A. ("BB"), Banco Santander S.A. ("Santander"), Caixa Econômica Federal ("CEF") e Itaú Unibanco S.A. ("Itaú"). Trata-se de formação de joint venture entre Bradesco, BB, Santander, CEF e Itaú para a criação de um bureau de crédito (Gestora de Inteligência de Crédito – "GIC"). Os bureaux de crédito, basicamente, auxiliam as entidades concedentes de crédito a verificar a capacidade de endividamento de quem solicita o crédito por meio de uma ampla base de dados construída a partir da compilação e organização de informações de diferentes agentes do mercado, como instituições financeiras e prestadoras de serviços. Tais informações podem ser de caráter negativo – dados referentes aos inadimplementos obrigacionais que são excluídos após suas quitações – ou positivo – histórico financeiro geral do agente.

[14] Ato de Concentração nº 08700.003462/2016-79 – Reckitt Benckiser (Brasil) Ltda. ("Reckitt") e Hypermarcas S.A. ("Hypermarcas"). Trata-se da aquisição do negócio de preservativos masculinos e lubrificantes íntimos da Hypermarcas pela Reckitt Benckiser, julgada pelo Tribunal do CADE em julho de 2016 e aprovada mediante a alienação da marca KY no Brasil para um agente econômico com as condições necessárias para rivalizar com a empresa fusionada no mercado de lubrificantes íntimos.

British[15]. Nesse caso, o Conselheiro Paulo Burnier, em seu Voto-Vogal, reconheceu a importância da busca de soluções estruturais definitivas que pudessem ser implementadas facilmente em curto espaço de tempo, dado que as autoridades da concorrência deveriam buscar criar condições para que o mercado se reacomode no cenário pós operação, e não exercer uma função de regulação sobre o mercado. Assim, apesar de ter havido o reconhecimento por parte do Conselheiro de que remédios comportamentais de difícil monitoramento pela autoridade antitruste não são desejáveis pois a equiparam a um órgão regulador, o ACC do caso específico contendo diversos remédios comportamentais duvidosos acabou sendo aprovado pelo Tribunal do CADE e imposto às compromissárias.

De modo similar, no Ato de Concentração envolvendo a combinação das atividades entre BM&FBOVESPA e Cetip[16], o Conselheiro Alexandre Cordeiro, em seu Voto-Vogal, rejeitou remédios levados pela Conselheira Relatora que condicionavam a aprovação da operação à regulação dos preços pelo CADE, imposição de adoção de autorregulação e também metodologia detalhada de como a BM&FBOVESPA deveria conceder acesso aos serviços de depósito para terceiros, por considerar que tais exigências estavam além da competência do CADE. De acordo com o Conselheiro, o acesso ao segmento de organização de mercado de valores já era regulado, por lei, pela Comissão de Valores Mobiliários, razão pela qual não caberia ao CADE impor condições específicas de cunho regulatório, ainda que tais medidas, a princípio, tivessem por objetivo facilitar a competição no mercado de bolsa de valores. Não obstante, o ACC no caso específico foi aprovado pelo Tribunal do CADE contendo diversos remédios comportamentais complexos[17].

---

[15] Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10 – TAM Linhas Aéreas S.A. ("Tam"), Ibéria Líneas Aéreas de España ("Iberia"), British Airways Plc. ("British").

[16] Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 – BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros ("BM&FBOVESPA") e CETIP S.A. ("Cetip").

[17] O ACC estabeleceu (i) que as requerentes deveriam submeter suas "Regras de Acesso ao Mercado de Bolsa e Balcão" a consulta pública, ponderar cada uma das sugestões, e depois submeter à CVM para aprovação, (ii) a criação um Comitê de Produtos e de Precificação, que teria a atribuição de apoiar e contribuir ativamente para as deliberações do Conselho de Administração da BM&FBOVESPA no que se referisse às discussões sobre políticas de preços e políticas comerciais e do qual fariam parte membros externos que não fossem administradores ou funcionários da BM&FBOVESPA, assegurando a representatividade de clientes pertencentes a diferentes segmentos, (iii) regras de governança de modo que uma parcela mínima de membros do Conselho de Administração da BM&FBOVESPA fosse composta por pessoas que tivessem vínculo com clientes da própria BM&FBOVESPA e que as deliberações relativas a diretrizes de preços fossem sujeitas à aprovação por quórum

5. Conclusões

A despeito de ser lícito à autoridade antitruste intervir ativamente na economia, inclusive em mercados regulados, o que vem sendo verificado, principalmente após a introdução do controle prévio de estruturas pela Lei nº 12.529/2011, é a atuação mais proeminente do CADE em estabelecer remédios comportamentais de difícil implementação e monitoramento em ACCs, se aproximando de um órgão regulador da economia.

Enquanto a finalidade da regulação econômica é normatizar o exercício das diversas atividades pelos particulares, de modo a promover o cenário de concorrência perfeita quando este não se estabelece pelas próprias características do mercado ou do sistema produtivo, a defesa da concorrência, por sua vez, é o conjunto de regras jurídicas designadas a prevenir, apurar e reprimir as diversas formas de abuso de poder econômico, com o objetivo de obstar a monopolização de mercados e propiciar a livre iniciativa em favor da coletividade (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 139).

A despeito de ser possível, em certa medida, delimitar as competências da autoridade antitruste e do regulador (por exemplo, enquanto a defesa da concorrência tem seu âmbito mais restrito, focando sempre na reversão dos benefícios ao consumidor, a regulação incorpora um conjunto maior de preocupações, como universalização dos serviços, integração regional e meio ambiente) (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 139), a autora francesa Marie-Ane Frison Roche (2005, p. 208) entende que o direito da concorrência, ao construir e manter organizações econômicas não espontâneas e não perenes por sua própria força, também se constitui de mecanismos regulatórios. Nesse sentido, o presente trabalho buscou verificar qual função o CADE vem exercendo quando da aplicação de remédios em ACCs negociados no âmbito de Atos de Concentração.

ACCs são acordos celebrado entre o CADE e as partes requerentes de um Ato de Concentração com potencial concorrencialmente lesivo que objetiva estabelecer uma solução intermediária entre a aprovação incondicional e a reprovação total da operação. Eles estabelecem remédios a serem observados pelas partes, os quais podem ser estruturais ou comportamentais. Os primeiros

qualificado elevado, de tal modo que os conselheiros minoritários teriam, na prática, direito de veto sobre este assunto, (iv) e, em caso de fracasso nas negociações para a contratação de serviços prestados pela depositária da BM&FBOVESPA, foi estabelecido mecanismo arbitral que poderia ser acionado pelo potencial entrante, devendo ser constituído um tribunal arbitral com poderes para definir o preço e as regras de acesso do contrato, com base nas regras procedimentais previstas no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).

são preferíveis em relação aos segundos por serem mais simples de serem monitorados e mais compatíveis com a estrutura, recursos e expertise do CADE, que, em tese, não é um órgão regulador. O presente trabalho analisou todos os Atos de Concentração aprovados mediante celebração de ACC pelo Tribunal do CADE no período de abril de 2015 a abril de 2017. Nove ACCs foram analisados e algumas conclusões foram alcançadas.

Primeiramente, a percepção do CADE é a de que ele não agiu como regulador da atividade econômica nos ACCs celebrados, entendendo que os órgãos reguladores e o órgão de defesa da concorrência exercem funções complementares, sendo o CADE chamado a atuar na omissão ou na falha do regulador.

Em segundo lugar, diversos exemplos de remédios em ACCs celebrados no período analisado foram ilustrativos da atuação regulatória da autoridade antitruste, como: (i) determinação ou impedimento para a celebração de determinados tipos de contratos por parte das compromissárias, por um determinado período de tempo, (ii) determinação de como deveria ser a formação do preço a ser cobrado pela entidade resultante do Ato de Concentração, (iii) estabelecimento de obrigações de transparência e qualidade na comunicação dos serviços por parte das requerentes e de aprimoramento no atendimento a clientes, e (iv) obrigatoriedade de implementação de um novo serviço, ou implementação de metas para o aumento de serviço já oferecido.

Com exceção de poucos casos em que o ACC negociado se limitou a remédios estruturais, o CADE, no geral, incluiu condições nos ACCs que possuem natureza regulatória. Em casos específicos, no entanto, foi reconhecida a importância da busca de soluções estruturais definitivas que pudessem ser implementadas facilmente em curto espaço de tempo, dado que o CADE não deveria exercer uma função de regulação sobre o mercado, e que o CADE deveria se abster de impor condições específicas de cunho regulatório em mercados já regulados, pois isso estaria além da sua competência. Mesmo nesses casos, contudo, o resultado final do julgamento do Tribunal do CADE foi pela celebração do ACC contendo remédios comportamentais complexos.

Uma possível razão que explicaria esse padrão na atuação do CADE é o aumento no poder de barganha da autoridade antitruste advindo do controle prévio de estruturas estipulado pela Nova Lei de Defesa da Concorrência. O sistema de notificação *a posteriori*, previsto na Lei nº 8.884/1994, possuía limites que impediam uma atuação mais incisiva por parte do CADE, em que se assegurasse pleno *enforcement* da defesa da concorrência no controle de estruturas. A despeito de o sistema de análise prévia de atos de concentração ter trazido mais segurança jurídica ao evitar que uma operação prejudicial à concorrência fosse consumada e tivesse que ser revertida *a posteriori*, a Lei nº 12.529/2011, ao prever a necessidade de as empresas aguardarem a decisão do

CADE para o fechamento da operação, aumentou o poder de barganha da autoridade na imposição de remédios que lhe parecessem mais apropriados, tornando as partes mais susceptíveis a aceitar remédios mais custosos em benefício do tempo de análise.

Contudo, essa forma de atuação recente do CADE pode apresentar riscos à realização dos objetivos da defesa da concorrência, pois, como a autoridade antitruste não possui a expertise nem recursos necessários ao monitoramento dos remédios comportamentais, os ACCs, que seriam essenciais para garantir condições de concorrência nos mercados atingidos por Atos de Concentração com efeitos potencialmente anticompetitivos, podem acabar por não serem implementados na prática.

6. Referências

CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE. *Revista de Defesa da Concorrência – RDC*, Vol. 4, nº 1, Maio 2016, pp. 57-94.

CADE. Ato de Concentração nº 08700.001437/2015-70. Requerentes: Dabi Atlante S/A Indústrias Médico Odontológica e Gnatus Equipamentos Médico Odontológicos Ltda. Brasília: Cade, 29 nov. 2015.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006567/2015-07. Requerentes: Ball Corporation e Rexam PLC. Brasília: Cade, 9 dez. 2015.

_____. Ato de Concentração nº 08700.010266/2015-70. Requerentes: Saint Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e SiCBRAS Carbeto de Silício do Brasil Ltda. Brasília: Cade, 13 abr. 2016.

____. Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21. Requerentes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rádio e Televisão Record S.A., e TV Ômega Ltda. Brasília: Cade, 11 mai. 2016.

____. Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41. Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda. Brasília: Cade, 8 jun. 2016.

____. Ato de Concentração nº 08700.003462/2016-79. Requerentes: Reckitt Benckiser (Brasil) Ltda. e Hypermarcas S.A. Brasília: Cade, 14 jul. 2016.

____. Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A., Banco do Brasil S.A., Banco Santander S.A., Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco S.A. Brasília: Cade, 9 nov. 2016.

____. Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de Espana e British Airways Plc. Brasília: Cade, 8 mar. 2017.

____. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. e CETIP S.A. Brasília: Cade, 22 mar. 2017.

CARVALHO, Vinícius Marques de; CASTRO, Ricardo Medeiros de. Acordo em controle de concentração: possibilidades, conveniência e diálogo social. *Direito Econômico Concorrencial*. Organizadores: Mario Gomes Schapiro, Vinícius Marques de Carvalho e Leonor Cordovil. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 207-217, jan./mar. 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12802>. Acesso em: 02.05.2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes* – Fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

OLIVEIRA, Gerner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Remédios no âmbito de Acordos em Controle de Concentração (ACCs): um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/2011. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. Organizador: Vinicius Marques de Carvalho. São Paulo: Singular, 2015.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Ignácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, V.12. 1, jan-abr 2016, pp. 13-48.

VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controle. *Direito Econômico Regulatório*. Coordenador: Mario Gomes Schapiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIXAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA NO E-COMMERCE: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Murilo Machado Sampaio Ferraz

Resumo: O objetivo deste artigo é estudar, a partir de um Caso Gerador Hipotético que descreve a política comercial de uma empresa fictícia que deseja limitar/controlar o preço dos produtos por ela fabricados aos consumidores finais praticado pelos seus distribuidores na revenda dos produtos pela Internet, o chamado *e-commerce*, como a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE evoluiu na análise da prática de Fixação de Preço de Revenda – FPR desde os primeiros casos que foram levados a julgamento no final da década de 1990 - "Caso Kibon" e "Caso Kinder Ovo", ambos julgados em 1997 - até o paradigmático "Caso SKF", julgado no início de 2013, que ficou marcado por ser a primeira condenação do CADE relacionada a tal conduta. Na conclusão demonstra-se que o entendimento atual do CADE, o qual pode servir como balizador das decisões/políticas comerciais dos agentes de mercado a fim de evitar a configuração da conduta de FPR é no sentido que os agentes econômicos, em especial aqueles com participação de mercado superior à 20% em seus mercados de atuação, devem ficar mais cautelosos em suas práticas comerciais, em especial aqueles que dizem respeito à precificação dos seus produtos na etapa posterior da cadeia produtiva, evitando toda e qualquer medida que possa ser interpretada como um mecanismo para o monitoramento dos preços praticados ou punição/retaliação por eventuais desvios nas orientações sobre precificação.

Palavras–Chave: Defesa da Concorrência; Fixação de Preço de Revenda; Conduta Unilateral; Comércio Eletrônico; Sugestão de Preço de Revenda.

Keywords: Competition Policy; Resale Price Maintenance; Unilateral Conduct; e-Commerce - Resale Price Suggestion.

1. Apresentação do Caso Gerador Hipotético

A empresa Bolas Ovaladas do Brasil Ltda. ("BOB LTDA."), fabricante de bolas para *Rugby*, consultou um advogado sobre as possíveis implicações concorrenciais de modificações que pretende introduzir em sua

política comercial, através de uma carta comercial que gostaria de encaminhar aos seus distribuidores com novas orientações/limitações para a precificação de seus produtos na venda aos consumidores finais. Tais limitações seriam aplicadas aos distribuidores/varejistas que atuam no *e-commerce* (sites de Internet e aplicativos para dispositivos móveis). A própria BOB LTDA. possui um site destinado à venda direta de seus produtos. A minuta da carta comercial apresentava, previsão de mecanismos de retaliação para hipótese dos clientes não seguirem precificação sugerida, tais como: (i) interrupção de investimentos em marketing; (ii) redução de descontos; (iii) revogação da autorização para revenda dos produtos da BOB LTDA.[1] Após a análise da minuta da carta comercial, e de informações de mercado, o advogado identificou preocupações relacionadas à prática de Fixação de Preço de Revenda ("FPR") e visando a sua mitigação elaborou algumas sugestões de ajustes na política comercial que se pretende implementar. Para analisar as implicações concorrenciais das modificações na sua política comercial, foram consideradas informações disponíveis no site da empresa segundo as quais ela: *"É líder dos mercados latino-americano e brasileiro de bolas para a prática de Rugby, sendo a única empresa homologada pela Federação Internacional deste esporte para a fabricação de bolas oficiais para a prática deste esporte no Brasil"*. Adicionalmente, com base em dados de um instituto de pesquisa independente foi verificado que no último ano a participação da BOB LTDA. no mercado nacional de bolas para prática de *Rugby* foi estimada em aproximadamente 41%. Desta informação se inferiu que a BOB LTDA. possui *posição dominante*[2] no mercado brasileiro de bolas para a prática de *Rugby*, nos termos

[1] A BOB LTDA., com o objetivo de melhorar a rentabilidade de todos os seus parceiros comerciais e garantir preços mais favoráveis aos consumidores, evitando que estes passem pelo dissabor de encontrar o mesmo produto com um preço inferior em outro site concorrente após a conclusão do ato da compra, a partir do primeiro dia útil do próximo mês, passará a utilizar uma ferramenta eletrônica de monitoramento de dados de última geração para acompanhar a precificação dos seus produtos nos sites de todos os seus distribuidores/varejistas que realizam vendas virtuais, isto é e-commerce, de suas bolas de Rugby. Através desta moderníssima ferramenta de monitoramento, sempre que for identificado que um parceiro comercial está praticando preços diferentes dos sugeridas em nossas negociações, poderão ser aplicadas unilateralmente penalidades que envolvem desde a interrupção dos investimentos em marketing (na primeira infração), passando pela diminuição gradativa dos descontos comerciais (2,5% a menos no desconto por infração, a partir da segunda infração) e podendo chegar até à revogação da autorização para revenda dos produtos da BOB LTDA..

[2] Entende-se como posição dominante, ou poder de mercado, o controle de parcela substancial de mercado relevante por empresa ou grupo de empresas e presumida a partir de um indicador de participação de mercado superior a 20%.

Na antiga Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, Lei 8.884/94, esta presunção era

do artigo 36, § 2º da Lei 12.529/11 ("Lei Brasileira de Defesa da Concorrência" ou "LDC").

2. A Fixação de preço de revenda ("FPR") na legislação e na doutrina concorrencial brasileira

A LDC em seu artigo 36, IX inclui no rol exemplificativo de infrações à Ordem Econômica a seguinte prática: IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;".

A doutrina especializada denomina tal prática como Fixação de Preço de Revenda (FPR) uma conduta unilateral/restrição vertical na qual há uma pré-determinação pelo vendedor (localizado no mercado à montante), que pode ser tanto o produtor, quanto o distribuidor de determinado produto, do preço que deverá ser praticado pelo comprador (aquele que se localiza no mercado à jusante) geralmente representado pelo varejista, ou algum intermediário da cadeia produtiva, para revenda de determinado produto[3].

relativa (que admite prova em contrário) em decorrência da interpretação do art. 20 §3º da Lei 8.884/94 que determinava a notificação ao CADE de operações entre empresas que atingissem tal market share.

Na Lei 12.529/11 o legislador optou por dispor expressamente, no artigo 36 §2º, sobre a situação em que se configura a posição dominante: § 2o Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia."

Vale ressaltar que o alcance da posição dominante for obtido por meio de um processo natural, fundado na maior eficiência econômica de um agente em relação a seus competidores não é considerado um ilícito.

[3] Sobre este tema assim se posiciona o Professor Calixto Salomão Filho: "Entre as grandes categorias aqui formuladas, a última que exige análise específica é a chamada 'uniformização de preço ou condições de revenda'. Consiste ela em uma série de condições uniformes impostas ou sugeridas pelo produtor para a venda de um determinado produto. Pode ele uniformizar o preço máximo ou o preço mínimo de revenda, dividir territórios ou de qualquer forma eliminar a concorrência entre seus distribuidores. Exatamente essas duas características – eliminação da concorrência e sua orquestração em um nível de mercado diverso daquele em que ela efetivamente ocorre – dão individualidade a essa conduta. Por essas mesmas características suas várias formas de revelação são denominadas 'restrições verticais à concorrência'."

Em artigo sobre o tema César Matos lembra que são identificadas pela doutrina três formas de FPR: (i) fixação de preço mínimo de revenda; (ii) fixação de preço máximo de revenda; (iii) fixação de preço rígido de revenda fixo[4]. A primeira ocorre quando o produtor estabelece um piso, abaixo do qual o seu produto não pode ser revendido. Já a segunda trata-se do estabelecimento de um teto, o valor máximo que os revendedores podem cobrar na venda dos produtos. E a última é a determinação do exato valor pelo qual o produto pode ser comercializado aos consumidores finais, não sendo admitida nenhuma variação e eliminando completamente o espaço para competição entre os distribuidores/pontos de venda.

A FPR é discutida pelas autoridades de defesa da concorrência em todo o mundo, pois se entende que a imposição de preços ou condições, por exemplo, a empresa a montante prejudica ou elimina a concorrência à jusante. Em vários casos costuma-se justificar a racionalidade de tal prática pela necessidade de evitar o efeito carona (free rider), proteção e manutenção da marca em determinada posição desejada pelo fornecedor (ex. preço mínimo para comercialização de determinados artigos de luxo), ou uma forma para diminuir a concorrência intramarca (evitando o chamado canibalismo) e beneficiar a concorrência intermarca. Sobre os efeitos positivos, isto é, as eficiências econômicas geradas pela prática de FPR, vale destacar as palavras de Priscila Brólio Gonçalves:

Já no que tange aos efeitos positivos, ou seja, pró-eficiência, esta prática está geralmente associada à: (i) eliminação do problema da dupla marginalização; (ii) eliminação do efeito carona (free riders); (iii) preservação da imagem do produto; (iv) fortalecimento da concorrência intramarcas; (v) incentivo à entrada de novos concorrentes, tanto no mercado upstream quanto

---

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Condutas. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P.296

Vale destacar que não houve alteração na disciplina desta conduta entre o texto do art. 21, XI da da antiga LDC (8.884/94) com o supracitado texto do art. 36, IX da Lei 12.529/11. Nesse sentido, ainda permanece com grande valor para a conceituação da prática as disposições da Resolução CADE 20/99, editada com o fim de informar e dar transparência aos critérios adotados pelas autoridades de defesa da concorrência brasileiras, além de conceituar as restrições verticais3, definia a prática de FPR nos seguintes termos: "o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores [...] com ameaça efetiva de sanções pelo descumprimento da norma de preços."

[4] MATTOS, César. Fixação de Preços de Revenda (Resale-Price Maintenance-FPR): Elementos para um Roteiro de Investigação. Revista do Ibrac / Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo. Imprenta: São Paulo, Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 1994.

downstream; (vi) aumento da lealdade e cooperação dos distribuidores com os fornecedores; e (vii) aumento da capacidade do fornecedor de fazer frente ao poder de compra dos grandes estabelecimentos varejistas que comercializam diversas marcas, inclusive próprias[5]

Tradicionalmente o CADE adotava a regra da razão na análise de casos de FPR procurando identificar se a imposição de preços/condições era realizada por empresa detentora de posição dominante no mercado relevante e se os benefícios decorrentes da prática eram maiores que os efeitos deletérios decorrentes da limitação à competição. Nesse sentido encontramos o caso clássico das tabelas de preço de sorvetes (caso KIBON – Processo Administrativo 148/99), no qual o CADE afirmou que a FPR deveria ser analisada à luz dos efeitos concretos no mercado.

Este posicionamento, foi seguido em diversos outros casos[6] em que o CADE durante a instrução constatava que os clientes não eram submetidos à nenhuma penalidade se o preço cobrado fosse diferente do preço estabelecido pelos produtores concluindo que não se tratava de fixação do preço de revenda e sim meras sugestões.

Todavia este posicionamento foi alterado, em janeiro de 2013, no julgamento do caso SKF (Processo Administrativo 08012.001271/01-44[7]).

---

[5] GONÇALVES, Priscila Brólio. Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição: análise dos aspectos concorrenciais. São Paulo. Editora Singular, 2002. p. 186/204.

[6] Vide: Caso Kinder Ovo (1997) [Averiguação Preliminar 08000.0062701997-88 e Consulta 20/97, julgada em 22.10.1997]; Caso das Gomas de Mascar (1997) [Consulta n. 14/96, julgada em 12.11.1997]; Editora Ática (1998) [Processo Administrativo 08000.0018299/96-86, julgado em 16.09.1998]; Casos no Setor de Cimento (década de 1990) [Processos Administrativos 91/92 e 103/92]; Caso Volkswagen (1999) [Processo Administrativo 89/92 julgado em setembro de 1999; Caso FIAT (1999) [Processo Administrativo 08000.017766/95-33 julgado em 06 de outubro de 1999]; Caso Brahma (1999) [Processo Administrativo 08000.000146/96-55]; Caso Catavento (2000) [Averiguação Preliminar 08000.001191/95-64, julgada em 14 de fevereiro de 2000]; Caso AmBev I (2009) [Processo Administrativo 08012.004363/2000-89]; Caso dos Sucos Del Valle (2009) Averiguação Preliminar 08012.009912/2005-32; Caso dos Calçados Esportivos (2009); Livros Didáticos (2011) [Averiguação Preliminar 08012.001743/2002-40, julgado em 27 de julho de 2011]; Caso Ambev 2 (2012) [Procedimento Preparatório 08012.001626/2008-71]; Caso CAA/DF (2013) [Processo Administrativo 08012.012420/99-6, julgado em novembro de 2013]; Caso dos Filtros D'Água (2011) [Averiguação Preliminar 08012.009674/2008-16].

[7] Atualmente a SKF está discutindo a decisão do CADE no Processo Administrativo 08012.001271/01-44 em juízo tendo obtido uma decisão liminar favorável (suspendendo a decisão do CADE) em maio de 2015.

Naquele caso, a extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ, órgão que era responsável pela instauração e desenvolvimento das investigações na antiga estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, concluiu que a representação contrária a SKF pela prática só deveria ser considerada pertinente se comprovado que a empresa detinha posição dominante no mercado relevante, e por esta razão recomendou o seu arquivamento. Porém o plenário do CADE, por maioria, entendeu que a empresa SKF do Brasil Ltda., subsidiária do grupo Sueco SKF, fixou o preço de revenda de seus rolamentos industriais por seus distribuidores/revendedores durante um período de sete meses (entre meados de 2000 e 2001) e impôs uma sanção pecuniária de 1% sobre o faturamento da companhia no ano de 2000. A importância desta decisão está no fato de que apesar de não existir previsão de violações antitruste "*per se*" nos termos da legislação antitruste brasileira, agora o CADE tem partido gradualmente de uma análise caso a caso baseada na regra da razão, para uma abordagem mais conservadora em relação à avaliação da legalidade de certos comportamentos unilaterais com alto potencial de produzir danos à concorrência, principalmente na prática de FPR[8].

[8] Caso SKF (2013) [Processo Administrativo 08012.001271/2001-44]: Como exposto, a condenação da SKF pelo CADE por suposta prática de FPR em janeiro de 2013 é considerada paradigmática por ter sido a primeira decisão neste sentido adotada pelo CADE. A prática investigada consistia na pré-definição de margens de lucro mínimas (ou mark-ups mínimos) para a revenda dos produtos da SKF (rolamentos automotivos) por seus distribuidores exclusivos no Brasil. De acordo com a instrução processual realizada pelo CADE, as penalidades associadas à prática variavam de uma advertência formal até a perda de autorização para distribuição de produtos da SKF, mas na prática verificou-se que as violações pelos revendedores resultaram apenas na aplicação de advertências, ou seja, não foi "descredenciado" nenhum distribuidor da SKF, mas a SKF teria criado um documento denominado "Medidas Preventivas" estabelecendo os preços mínimos. A defesa da SKF alegou que sua política comercial gerava eficiências efetivas, e que apesar do documento formalmente estabelecer penalidades para os distribuidores que não seguissem os mark-ups, eles estariam livres para estabelecer os seus próprios preços. Alegou ainda que a previsão das margens era uma requisição dos próprios distribuidores, como uma forma de evitar uma "guerra de preços" no mercado secundário.

O voto condutor que condenou a empresa indicou que a mera previsão de preços mínimos combinada com a ameaça de uma punição seria suficiente para criar uma "coerção moral" para o respeito da política comercial, mesmo que de fato não ocorresse um monitoramento dos preços ou aplicação de penalidades concretas. Tal infração teria ocorrido por sete meses, entre os anos 2000 e 2001. O voto condutor ainda destacou que a configuração da prática independeria da sua duração ou mesmo da obediência ou não da política de preços pelos distribuidores. Vale ressaltar que a decisão do CADE não foi unanime, dois conselheiros votaram pela absolvição da SKF, e a multa aplicada

Em outras palavras, atualmente prática de FPR tem sido vista pelo CADE quase como uma violação "*per se*", cujos efeitos derivados são muito raramente benéficos e insuficientes para contrabalançar o seu potencial para limitar ou provocar dano à competição. A partir da decisão do CADE no caso da SKF para a prática de FPR ser admitida como pró-competitiva, a empresa deve provar ganho de eficiência econômica, é que a geração de efeitos positivos no mercado será repassada para o consumidor. Durante a sessão de julgamento, o então presidente do CADE Vinicius Marques de Carvalho afirmou que esta decisão gera uma referência importante para as empresas, sendo que:

> Qualquer comportamento que seja uma restrição diretamente relacionada a preço é alvo de preocupação do Cade dado que há um ceticismo relacionado à existência de eficiências que compensem os riscos anticompetitivos, derivados, por exemplo, de um estímulo a condutas paralelas entre as empresas.

Em artigo publicado na edição de primavera de 2016 do periódico do *Unilateral Conduct Committee* da *Section of Antitrust Law* da *American Bar Association – ABA*, os advogados Daniel Andreoli e Vivian Fraga, responsáveis pela defesa da SKF perante o CADE, destacaram que a partir daquela decisão os agentes de mercado devem ficar mais cautelosos ao estabelecer políticas comerciais relacionadas à precificação de seus produtos, e definiram quatro fatores que devem ser observados a partir de agora como balizadores dos comportamentos das empresas e sobre o entendimento do CADE com relação à pratica de RPM:

> This article approached briefly how CADE signaled in the SKF case that the minimum RPM will be considered highly suspicious and considered an antitrust violation if the practice has either the intent or effect of lessening competition or if represents an abuse of a dominant position.
>
> *In this respect, overall, CADE's signaled that it will observe four main factors regarding the structure of the identified markets when assessing RPM cases: i) if the manufacturer / retailer has market power; ii) if there is economic rationality that supports the RPM, for example, countervailing*

pelo CADE foi fixada em R$ 2,7 milhões de Reais.

Após a sua condenação a SKF desafiou a decisão do CADE no Poder Judiciário buscando a sua anulação. No final de maio de 2015 obteve, em primeira instância junto a Justiça Federal de Brasília uma decisão favorável. De acordo com a sentença a decisão do CADE teria ferido o direito da empresa a uma segurança jurídica e que uma questão chave teria sido a mudança brusca de posicionamento do CADE, adotando um novo sistema de análise, após décadas aplicando o mesmo entendimento aos mesmos fatos. Em junho de 2015 o CADE apelou ao Tribunal Regional Federal, buscando reestabelecer os termos de sua decisão de 2013.

> *efficiencies, which have to be proved by the firm under investigation, iii) if there is any kind of monitoring for those who do not follow the RPM, and, finally, iv) whether the practice takes place in a market whose structure favors collusion.*[9]

Nesse sentido, deve se destacar ainda que a mera sugestão de preço de revenda continua sendo uma prática lícita, porém não pode estar acompanhada de nenhum mecanismo de monitoramento dos preços e principalmente de retaliação dos varejistas que não seguirem as sugestões/orientações dos produtores/distribuidores de dado produto**.** Este posicionamento, encontra-se inclusive balizado na jurisprudência do CADE, que será detalhada no capítulo seguinte no qual encontramos manifestações no sentido de que "a adoção, por parte dos fabricantes, de preço sugeridos de venda a varejo dos seus produtos" que não inclua "qualquer represália aos comerciantes que não a adotarem", não configura uma prática anticompetitiva[10].

É importante ressaltar que antes do mencionado caso SKF o CADE nunca havia condenado uma empresa pela prática de fixação de preço de revenda. A maioria dos casos analisados foi arquivado em razão da falta de indícios de efetiva imposição de preços de revenda, ou seja falta de mecanismos de monitoramento e punição para o revendedor que não seguir as orientações de precificação do produtor. Outra razão para o arquivamento dos processos anteriores ao caso SKF foi a constatação de ausência de poder de mercado dos agentes econômicos suficiente para lesar a livre concorrência[11].

---

[9] ANDREOLI, Daniel. FRAGA, Vivian. Resale Price Maintenance in Brazil: CADE's Understanding After the SKF Case. In Journal of Unilateral Conduct Committee from Section of Antitrust Law from American Bar Association – ABA. Spring 2016. Vol.13 n.1. 2016. p.19

[10] Vide caso Ferrero Rocher – Consultas 20/97, 46/99 e Averiguação Preliminar 0800.006270/97-80.

[11] Sobre a limitada quantidade de julgados do CADE tendo por objeto acusações de FPR vale a transcrição das observações de Priscila Brólio Gonçalves: "Depois de cinquenta e cinco anos de existência, sendo os últimos vinte e dois como autarquia federal independente, o CADE não proferiu muitas decisões de mérito referentes à fixação e à sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição. A atuação do órgão de repressão de condutas restritivas consolidou-se a partir da virada do milênio, porém as autoridades elegeram como prioridade o combate aos cartéis, atividade que vem se desenvolvendo de forma exponencial, principalmente após o advento dos acordos de leniência na legislação brasileira (Lei 10.149/2000) e do desenvolvimento de diversas ferramentas de cooperação com outras autoridades no Brasil e no mundo. [...] No que tange especificamente às restrições verticais de preço, acreditamos que a pobreza de precedentes administrativos esteja relacionada em parte ao controle

Após o julgamento do caso SKF outros dois casos de FPR foram julgados pelo CADE, sendo que o primeiro [Caso Bematech (2014)] resultou na assinatura de um Termo de Compromisso de Cessação de Conduta. Já no segundo julgamento, em 2015, tal como no caso SKF o tribunal do CADE ficou dividido em torno da forma de análise da fixação de preços de revenda. Para se ter uma fotografia completa da decisão do CADE vale reproduzir o relato de Priscila Brólio Gonçalves:

> O conselheiro relator Alessandro Octaviani Luis votou pela condenação da Shell, pela fixação de preços mínimos de revenda e tentativa de uniformização de preços no mercado *downstream*. Segundo Octaviani Luis, a conduta seria presumidamente ilegal e a Shell não tinha sido capaz de apresentar uma justificativa razoável ou uma defesa baseada em eficiências. O Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro concordou com a condenação mas discordou do relator em relação à caracterização da fixação vertical de preços. [...]
>
> Os Conselheiros Ana Frazão e Marcio de Oliveira Junior acompanharam Ribeiro.[...]
>
> De qualquer modo, o CADE optou por não definir a regra que deveria ser aplicada à fixação de preços de revenda (parâmetros similares à regra da razão, como em Kibon, ou uma presunção de ilegalidade, como em SKF). O conselheiro Oliveira Junior declarou, expressamente, não ter por objetivo "fixar o entendimento sobre qual padrão correto a ser utilizado". No mesmo sentido Frazão optou por não se "posicionar, neste momento, quanto ao fato de a fixação de preços de revenda estar sujeita à regra per se ou à regra da razão".
>
> É nesse ponto, basicamente, que se encontra a jurisprudência do CADE no que concerne à fixação e à sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição.[12]

governamental exercido até a década de 90, seja pela SUNAB, seja pelo CIP e, em parte, mais recentemente, pela atenção dedicada às condutas horizontais pelas autoridades. Ou seja, a quantidade modesta de decisões administrativas sobre a matéria não decorre da ausência dessas condutas no território brasileiro, tampouco da presunção de que estas não têm o condão de prejudicar a concorrência e os consumidores." GONÇALVES, 2016. p.307/308. op. cit.

[12] GONÇALVES, 2016. p. 327/328. op. cit.

3. A FPR na jurisprudência norte-americana[13]

A principal norma de direito antitruste[14] norte-americana, o Sherman Act de 1890, estabelece em seu § 1º a proibição para todo e *"qualquer contrato, combinação na forma de truste ou forma, ou conspiração, em restrição ao comércio entre os Estados ou com nações estrangeiras"*, prevendo a aplicação de sanções que vão desde multas até prisões. Dentro do sistema de precedentes do direito norte americano, no início do século XX dois casos relevantes firmaram o entendimento da Suprema Corte sobre a chamada "RPM – Resale Price Maintenance".

O "caso Dr. Miles" de 1911 estabeleceu o entendimento de que a "RPM" constituiria uma violação ao §1º do Sherman Act sempre que fosse fruto de um acordo entre dois ou mais agentes econômicos. Já o "caso Colgate" de 1919, definiu que fixação do preço de revenda seria legitima quando resultante de decisão unilateral. Porém, é importante destacar que mesmo com esta orientação proveniente da Suprema Corte, diversos estados norte-americanos, em suas legislações locais, admitiam o estabelecimento de acordos verticais com a fixação de preços de revenda.

Nas últimas décadas, dois casos julgados pela Suprema Corte dos EUA são considerados como paradigmáticos com relação a conduta de FPR. No "caso State Oil. Co.", de 1997, foi declarado que em virtude da ambiguidade dos efeitos da fixação de preços máximos de revenda, ou seja a possibilidade de identificação de eficiências econômicas decorrentes da prática, não haveria justificativa para presumir a prática como ilícita.

Já no "caso Leegin" de 2007, a Suprema Corte entendeu que não existiria uma justificativa para a presunção absoluta de ilicitude de acordos de fixação de preços mínimos ou rígidos de revenda, pois não seria sempre possível afirmar com segurança que os riscos concorrenciais sempre superam

[13] Para maior aprofundamento sobre a jurisprudência internacional vide: SALOMÃO FILHO, 2003. op. cit. E também GONÇALVES, 2016. op. cit.

[14] "A expressão truste provém da palavra inglesa trust, que significa crença, confiança. Surgiu, em princípio, como referência aos acordos de empresas que envolvessem um caráter de mútua confiança. Nos Estados Unidos, o final do século 19 foi caracterizado pelo crescimento dos grandes trustes, ou conglomerados, e pela conseqüente ascensão do poder econômico. Com o advento da política de defesa da concorrência, e a idéia de liberdade de iniciativa, os Estados Unidos começaram a combater os trustes com o Sherman Act, a lei antitruste americana. Essa lei, surgiu, então para reprimir o abuso do poder econômico advindo dos trustes." (CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA ESCOLA (CIEE). Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil. 2. ed. São Paulo: CIEE, 2003. p.17)

as eficiências econômicas.

4. A FPR na jurisprudência europeia

Na Europa, a difusão da cultura de defesa da concorrência está diretamente ligada ao processo de integração europeu iniciado em 1951 com o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e com o subsequente Tratado da Comunidade Econômica Europeia de 1957. Atualmente a matéria está disciplinada no artigo 101 e seguintes do Tratado de Funcionamento da União Europeia de 2007 (TFEU 2007).

A responsabilidade pela aplicação das normas antitruste comunitárias fica a cargo da chamada Comissão de Concorrência da União Europeia, a qual tem poderes para iniciar e desenvolver investigações, e aplicar sanções em processos relativos a condutas, e é também responsável pelo controle das concentrações.

Nesse sentido o artigo 101 (1) do TFEU 2007 estabelece que toda forma de acordo será considerada ilícita se preenchidos dois requisitos: (i) capacidade de causar impacto sobre o livre comércio entre países membros da EU; (ii) tiver como objeto ou efeito impedir, restingir ou distorcer a concorrência.

Já o artigo 101 (3) do mesmo diploma está previsto que não se aplicam as disposições do artigo 101 (1) do TFEU 2007 nas seguintes situações cumulativamente: (i) quando a prática resultar em melhorias na produção ou distribuição ou em progresso técnico/econômico; e ao mesmo tempo, (ii) beneficiar os consumidores; não resultar em restrições que não sejam indispensáveis para o alcance desses resultados; e não possibilitar a eliminação da concorrência.

Outros dois documentos normativos da própria Comissão de Concorrência da EU merecem destaque no que diz respeito a prática de FPR. O primeiro deles é o Regulamento 2790/1999 que disciplina a dispensa de notificação (controle de estruturas) à comissão dos acordos verticais que não representem restrições severas à concorrência e de *market share* inferior a 30%. Neste documento os acordos de fixação de preço máximo de revenda não são previstos como uma restrição severa à concorrência. O segundo documento que merece ser destacado é o Guia de Análise de Restrições Verticais, cujo entendimento vai em sentido oposto. Este *guideline* europeu reconhece que a fixação de preços mínimos e rígidos de revenda pode ter justificativas econômicas legitimas, mas considera este tipo de prática como restrição severa à concorrência.

Assim, em síntese, os indicativos da regulamentação

comunitária/europeia sobre o tema são que: (i) fixação de preço máxima de revenda – não é uma restrição severa à concorrência; (ii) fixação de preços mínimos de revenda – é uma restrição severa à concorrência; e (iii) fixação de preços rígidos de revenda – é uma restrição severa à concorrência. Na jurisprudência comunitária vale destacar dois casos do final dos anos 2000 (C-279/06 – CEPSA Estaciones de Servicio SA decidido em 2008 / C-260/07 – Pedro IV Servicios decidido em 2009) nos quais o entendimento da autoridade de defesa da concorrência europeia foi no sentido que a prática de FPR só pode ser vista como ilícita se presentes os seguintes elementos: (i) restringir (ou tiver o potencial de restringir) a concorrência no mercado comum europeu; e (ii) capaz de causar impactos sobre o livre comércio entre países-membros da União Europeia. Não foram identificados casos mais recentes que indiquem mudança de orientação na posição da autoridade comunitária.

Vale lembrar que dentro do sistema descentralizado europeu, existem diversos Estados-membros com legislação de defesa da concorrência própria e autoridades competentes para aplicação da legislação dentro de seus respectivos territórios. Não há um posicionamento uniforme de tais legislações/autoridades. Em linhas gerais podemos afirmar que na França, Alemanha, Espanha e Reino Unido as práticas desta natureza tendem a ser consideradas restrições severas à concorrência. Já na Itália e Holanda, não existe uma presunção de ilicitude com relação a FPR.

Recentemente, em junho de 2016, a *CMA - Competition and Markets Authority's*, autoridade britânica encarregada da política de defesa da concorrência, publicou uma carta aberta alertando o mercado sobre os riscos de limitações de preço impostas por produtores no comércio online[15], o que ganha particular interesse para a análise do Caso Gerador Hipotético.

A publicação desta carta aberta se deu logo após a CMA ter concluído duas investigações que resultaram na condenação de duas empresas distintas – a *Ultra Finishing Ltd.*, uma fornecedora de acessórios para banheiro e a *ITW Ltd.*, uma produtora de frigoríficos comerciais - por terem restringido a habilidade dos distribuidores de vender / precificar seus produtos no mercado online de forma independente. As duas multas somadas superam o montante de £ 3 MM (três milhões de libras).

O documento da autoridade britânica, detalha os tipos de práticas comerciais que podem resultar na configuração de um ilícito concorrencial de FPR, incluindo o chamado uso de *"minimum advertised price"* ou MAP policies e alerta os agentes econômicos sobre os riscos decorrentes desta

15 https://www.gov.uk/government/publications/restricting-online-resale-prices-cma-letter-to-suppliers-and-retailers

conduta.

> RPM occurs when a supplier and a retailer agree that the retailer will not resell or advertise the supplier's products below a specified price. RPM can also be achieved indirectly, for example as a result of restrictions on discounting or where there are threats or financial incentives to sell at a particular price. Merely setting a 'recommended' retail price is not, however, against the law, provided that there are no attempts to enforce compliance with the recommended retail price. RPM agreements are usually illegal as they can prevent retailers from being able to offer lower prices to attract customers, or to sell off surplus stock.
> [...]
> This is a particularly important issue as online sales channels develop, with restrictions on discounting for internet sales capable of being illegal RPM.
> [...]
> The open letter gives details of different kinds of RPM that can break the law, including the use of 'minimum internet advertised price' policies. It also warns that both suppliers and retailers can be fined for engaging in RPM. The CMA's letter makes it clear that the internet is an increasingly important channel for competition because it opens up markets, provides customers with more choice and enhances price competition.[16]

Vale especial destaque o video[17] disponibilizado pelo CMA em sua página na internet em que detalha de forma bastante didática as preocupações concorrências decorrentes da prática de FPR, bem como as efusivas declarações da diretora sênior da CMA, Sra. Ann Pope, por ocasião do lançamento da carta aberta. As quais destacam as preocupações relacionadas à prática no ambiente online.

> Ann Pope, CMA Senior Director, said:
>
> Price competition from online sales is usually intense, given the ease of searching on the internet. RPM, by preventing retailers from offering discounted prices, denies buyers the benefit of the lower prices and increased quality that comes from genuine competition.
>
> The CMA is strongly focused on enforcing competition law to ensure that digital and online markets are working as they should be, across all sectors, for the benefit of consumers.
>
> The CMA is issuing this advice so that all businesses know what to look out for when dealing with the supply and retail of products, whether this is online

[16] https://www.gov.uk/government/news/cma-guides-businesses-on-online-competition-law

[17] https://www.youtube.com/watch?v=hObZs6m2jhw

or via traditional 'bricks and mortar' stores.

5. Análise do caso gerador

Como visto nos capítulos antecedentes, a prática de FPR passou a ser analisada com mais rigor pelo CADE a partir de 30.01.2013 quando foi julgado o Caso SKF. Neste sentido, vale reproduzir quadro comparativo disponível em obra sobre o tema que compara *"a racionalidade do precedente SKF, comparativamente ao precedente Kibon* [primeiro julgado do CADE sobre o tema em 1997]*"*[18]*:*

Kibon [1997]	**SKF [2013]**
Preços máximos	Preços mínimos
Política adotada por iniciativa do fabricante/fornecedor	Política adotada a pedido (por iniciativa) dos distribuidores
Conduta tipicamente unilateral	Condutas unilateral e coletivas
Efeitos da prática considerados concretamente: análise de dispersão de preços pelas autoridades	Condenação com base nos efeitos potenciais da prática. Não houve análise de dispersão de preços
Benefícios claros para os consumidores	Comportamento considerado potencialmente lesivo aos consumidores

A tendência atual, afirmada inclusive em declarações públicas de membros do CADE[19], é que tal prática seja vista como uma infração à ordem econômica *per se*, isto é, para sua configuração não será mais necessário verificar a existência de poder de mercado (pressuposta com a participação de mercado superior a 20%) e a comprovação de sua racionalidade econômica passou a ser vista com muito ceticismo pelas autoridades em razão do grande potencial de lesão ao ambiente concorrencial decorrente da FPR.

Todavia, a mera sugestão de preço de revenda continua sendo uma

[18] GONÇALVES, 2016. p.311. op. cit.

[19] "Ao final da sessão, o presidente do Cade declarou que a decisão do Conselho gera uma orientação importante para as empresas. "Qualquer comportamento que seja uma restrição diretamente relacionada a preço é alvo de preocupação do Cade dado que há um ceticismo relacionado à existência de eficiências que compensem os riscos anticompetitivos, derivados, por exemplo, de um estímulo a condutas paralelas entre as empresas". < http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-skf-por-fixacao-de-preco-de-revenda >

prática lícita, porém não pode estar acompanhada de nenhum mecanismo de monitoramento dos preços e principalmente de retaliação dos varejistas que não seguirem as sugestões/orientações dos produtores/distribuidores de dado produto.

Considerando que conforme as informações que nos foram apresentadas a BOB LTDA. possui participação de *market share* superior à 40% no mercado brasileiro de bolas para a prática de *Rugby* – o que supera a presunção legal de presunção de posição dominante – **entendemos que devem ser tomadas maiores cautelas para deixar claro que o que se pretende é sugerir o preço de revenda e não o fixar.**

Assim devem ser evitados quaisquer previsões de retaliações aos clientes que não praticarem os preços sugeridos e até mesmo mecanismos de monitoramento dos preços podem ser vistos com ceticismo pelo CADE.

A minuta da "carta comercial" que foi submetida à avaliação dos advogados concorrenciais apresentava, previsão de mecanismo de retaliação para hipótese dos clientes não seguirem precificação sugerida pela BOB LTDA., tais como: (i) interrupção de investimentos em marketing; (ii) redução de descontos; (iii) revogação da autorização para revenda dos produtos da BOB LTDA., os quais devem ser retirados da versão final do documento a ser enviada para os clientes de forma a evitar a configuração da prática anticoncorrencial.

6. Conclusão

Após a análise do Caso Gerador Hipotético da BOB LTDA. conclui-se **que é significativo o risco da política comercial que se pretende implementar, expressa na minuta da carta comercial que foi submetida aos advogados concorrenciais, ser interpretada como uma prática de Fixação de Preço de Revenda à luz da legislação de defesa da concorrência, podendo tal prática ser alvo de denúncias as autoridades de defesa da concorrência e de investigações através de processos administrativos instaurados pelo CADE que podem, no limite, resultar na aplicação das penalidades previstas no artigo 37 e 38 da Lei 12.529/11.**

Após a decisão do CADE no caso SKF, a sinalização que foi dada ao mercado é no sentido que a mera sugestão de preço de revenda continua sendo uma prática lícita, porém não pode estar acompanhada de nenhum mecanismo de monitoramento dos preços e principalmente de retaliação dos varejistas que não seguirem as sugestões/orientações dos produtores/distribuidores de dado produto**.** Em especial devem ficar mais cautelosos aqueles agentes de mercado que reúnam, ou atuem em mercados relevantes, com as quatro características

abaixo, assinaladas por Andreoli e Fraga (2016)[20]:

> (i) Quando existir poder de mercado por parte dos produtores ou distribuidores;
>
> (ii) Quando não existir racionalidade econômica que fundamente a prática de FPR, em outras palavras quando não houver eficiências compensatórias que justifiquem a política comercial adotada;
>
> (iii) Quando houver algum tipo de mecanismos/meio para monitoramento daqueles revendedores que não seguirem o preço fixado pelos produtores;
>
> (iv) Quando a pratica for adotada em um mercado cuja estrutura favoreça a colusão.

Para mitigar tais riscos, no caso descrito no Caso Gerador Hipotético, deve-se suavizar o caráter de monitoramento e retaliação presentes na política comercial que se pretende implementar, deixando explicito que se trata de uma mera sugestão de preço de revenda.

7. Referências

ANDREOLI, Daniel O.; FRAGA, Vivian. Resale Price Maintenance in Brazil: CADE's Understanding After the SKF Case. In Journal of Unilateral Conduct Committee from Section of Antitrust Law from American Bar Association – ABA. Spring 2016. Vol.13 n.1. 2016.

CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA ESCOLA (CIEE). Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil. 2. ed. São Paulo: CIEE, 2003.

CORDOVIL, Leonor e outros. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Editora Revista dos Tribunais: 2011

FERRAZ, Murilo Machado Sampaio. A Caracterização dos Cartéis na Lei de Defesa da Concorrência Brasileira (Lei 8.884/94). São Paulo: UPM / Faculdade de Direito, 2007.

_____. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional. In Revista dos Mestrandos em Direito da UFBA, Salvador, n. 2., p.65-74, jul91/junho92.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais,1998.

[20] ANDREOLI.; FRAGA,. 2016. op. cit.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo: Malheiros, 1996.

GONÇALVES, Priscila Brólio. Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição: análise dos aspectos concorrenciais. São Paulo. Editora Singular, 2002.

_____. Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição: análise dos aspectos concorrenciais. 2. ed. rev. amp. São Paulo. Editora Singular, 2016.

MATTOS, César. Fixação de Preços de Revenda (Resale-Price Maintenance-FPR): Elementos para um Roteiro de Investigação. Revista do Ibrac / Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo. Imprenta: São Paulo, Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 1994.

PASCOALINI, Ana Paula. Fixação e sugestão de preços de revenda: análise dos principais efeitos concorrenciais e da distribuição do ônus da prova no âmbito do direito antitruste. 2016. 293f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Condutas. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

QUAL O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES REPARATÓRIAS POR CARTELIZAÇÃO?

Paolo Zupo Mazzucato

Resumo: A monografia se propõe a examinar a tormentosa questão do termo inicial da prescrição nas ações reparatórias por danos causados por cartéis. Tomando por premissa a teoria jurídica subjacente ao instituto, são identificadas e analisadas duas teses, a saber: a primeira, de que o termo inicial se daria pela ciência inequívoca da lesão e uma segunda, calcada no art. 200 do Código Civil. São também feitas considerações sobre mudanças legislativas propostas pelo CADE sobre o tema.

Palavras-chave: Prescrição – termo inicial – ação reparatória antitruste – responsabilidade civil – cartel

Keywords: Statute of limitations – beginning of prescription – antitrust damages action – civil liability – cartel

1. Considerações preliminares

O objetivo desta monografia é responder a seguinte indagação: qual o termo inicial do prazo prescricional nas ações reparatórias por danos causados por cartelização?

Os debates relativos à responsabilidade civil têm sido recorrentes na comunidade antitruste – é o tema, diga-se, de um dos painéis do 23º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência a ser realizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Também digna de nota é a recente submissão à consulta pública pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de minuta de resolução acerca da articulação entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas e de propostas de alterações legislativas referentes à extensão da responsabilidade civil e ao prazo prescricional das ações indenizatórias por danos concorrenciais.

O ganho de importância da matéria é decorrência natural do advento, nos últimos anos, das condenações por ilícitos antitruste ou da celebração de acordos de leniência e de compromissos de cessação de conduta – sobretudo por cartel. Segundo dados disponíveis no *site* do CADE, apenas no período de

janeiro de 2016 a agosto de 2017, foram 27 as condenações, com a aplicação de multas em cifras totais superiores a R$ 280 milhões, bem como 94 Termos de Compromisso de Cessação (TCC) homologados, que resultaram em um montante superior a R$ 1,23 bilhão em contribuições pecuniárias acordadas[1]. Logo, é de se esperar que se tornem cada vez mais frequentes as ações indenizatórias concorrenciais.

Em que pese as amplas doutrina e jurisprudência sobre responsabilidade civil no Direito Privado, com novos e desafiantes questionamentos o intérprete da lei se depara diante das especificidades das condutas anticoncorrenciais. O primeiro deles, por constituir o ponto de partida para a discussão de viabilidade de uma ação judicial como a em apreço, é notadamente o *dies a quo* da prescrição. Persistem, atualmente, dúvidas a respeito, sobretudo diante da ausência de decisões específicas em matéria antitruste de tribunais superiores: o termo inicial se dá quando da violação do direito ou de seu conhecimento pela vítima? Se por este último critério, o que poderia ser assim considerado no contexto concorrencial? Haveria ainda outros fatores previstos em lei a interferir na fluência do prazo? As mudanças legislativas propostas pelo CADE porão fim à controvérsia?

São seis as seções deste trabalho, contando com a presente introdução. Na segunda delas, será abordado o instituto da prescrição, cuidando-se de seu conceito e elementos, sua origem histórica e fundamento. Em cada uma das demais seções subsequentes, serão endereçadas as perguntas do parágrafo anterior para então, em sede de conclusão, se responder à indagação central que constitui o título desta monografia. Advertência seja feita de que não se pretende esgotar o tema, mas, sim, oferecer subsídios para seu debate.

2. Compreendendo o instituto da prescrição

2.1. Conceito e elementos

É inequívoco ser o tempo dotado de significação jurídica, sendo fator criador ou extintivo de direitos e produzindo efeitos no ordenamento jurídico, a exemplo da capacidade civil, da *vacatio legis* e do trânsito em julgado. Assim também ocorre na prescrição, que tem por base primordial o decurso de um

[1] BRASIL. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE em Números. Disponível em http://cadeemnumeros.cade.gov.br. Acesso em 27 de setembro de 2017.

lapso temporal legalmente previsto[2-3].

Pode a prescrição ser conceituada como a perda da ação atribuída a um direito, e de sua capacidade defensiva, devido à sua não utilização durante um certo período de tempo. No atual Código Civil (CC), encontra-se prevista ao longo dos artigos 189 a 206. É considerada uma exceção, por poder ser invocada contra o autor de uma ação de modo a repeli-la[4], tratando-se de uma preliminar de mérito[5]. Diferencia-se da decadência por atingir a ação, e não o direito (que remanesce como obrigação natural) – embora haja vozes discordantes na doutrina.

Segundo Antônio Luís da Câmara Leal, notável tratadista do instituto, quatro são seus elementos integrantes, ou condições elementares: (1) a existência de uma ação exercitável (*actio nata*), (2) a inércia do titular da ação, (3) a continuidade dessa inércia por um certo período de tempo e (4) a ausência de algum fato ou ato ao qual a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional[6].

2.2. Origem histórica

"'História do direito' e 'Direito romano' são duas expressões quase sinônimas"[7], ensinava o jurista Luiz F. Carpenter, autor de uma das obras seminais sobre prescrição no Código Civil de 1916. E é justamente entre os romanos que se encontra a origem histórica do instituto, da qual se extrai seu fundamento e que, por sua vez, fixará uma premissa essencial para se responder à indagação objeto da próxima Seção.

---

[2] SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de Direito Civil (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos) – Volume I. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 5a edição, atualizada, 1971, pp. 504-505.

[3] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Volume I – Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 25a edição, de acordo com o Código Civil de 2002, 2012, p. 573.

[4] SERPA LOPES, Miguel Maria. Op. cit., p. 506.

[5] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo, Editora Saraiva, 33a edição, com remissões a dispositivos do Novo CPC (Lei n. 13.105/2015), 2016, p. 440.

[6] CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Da Prescrição e da Decadência: Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 3a edição, atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias, 1978, p. 11.

[7] CARPENTER, Luiz F. Da Prescrição (Artigos 161 a 179 do Código Civil). Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito Ltda., 3a edição, Atualização e notas do Prof. Arnoldo Wald., 1958, p. 64.

Prescrição deriva do vocábulo latino *praescriptio*, sendo este a junção de *prae* (antes) e *scriptio* (escrito) – "escrito posto antes", portanto[8]. A tradução literal é melhor compreendida quando contextualizada no rito processual romano, designando a *praescriptio* uma cláusula acessória introduzida na fórmula e situada entre a nomeação do juiz e a *demonstratio*, em que o pretor recomendava ao juiz que, dada certa circunstância, fosse absolvido o réu[9].

Os registros históricos dão conta de duas espécies relativas ao uso do termo. Uma primeira, a saber, de uma prescrição aquisitiva de domínio, atualmente correspondente à usucapião (e que remonta inicialmente à Lei das XII Tábuas – 449 a.C., em que havia a dicotomia entre a *usucapio* e a *praescriptio longi temporis*) e também de uma prescrição extintiva ou prescrição das ações[10], surgida mais de dois séculos posteriormente àquela – e que é aqui de especial interesse.

No Direito Romano antigo, vigorava a regra da perpetuidade das ações. A prescrição extintiva destas (doravante apenas prescrição) se verificou pela primeira vez em 204 a.C, pela Lei Fúria de *sponsu*, segundo a qual as ações contra os *sponsores* e os *fidepromissores* se extinguiram no prazo de dois anos a contar do vencimento da dívida[11]. Contudo, a origem do instituto pode ser creditada com maior ênfase à aplicação da Lei *Aebutia* (149 a 126 a.C.) pelos pretores, que lhes concedia o poder de, ao criar uma ação, estabelecer seu prazo de duração. Assim, havia dois tipos de ações: as *actiones temporariae* (ou *temporales*, ações pretorianas) e as *actiones perpetuae* (ações civis, definidas na legislação). Diante das vantagens da prática pretoriana, as leis passaram a estabelecer prazos de duração para as ações, até que Teodósio II decretou que não mais haveria ação perpétua[12].

2.3. Fundamento

Seria a prescrição o tema em Direito que mais teria servido a divagações filosóficas[13]. Câmara Leal encontrou nas doutrinas brasileira e europeia sete fundamentos jurídicos: (1) o da ação destruidora do tempo; (2) o do castigo à negligência; (3) o da presunção de abandono ou renúncia; (4) o da

[8] RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo & RIZZARDO, Carine Ardissone. Prescrição e Decadência. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 13.

[9] CARPENTER, Luiz F. Op. cit., pp. 69-70.

[10] CARPENTER, Luiz F. Op. cit., pp. 67-76.

[11] CARPENTER, Luiz F. Op. cit., p. 74.

[12] CARPENTER, Luiz F. Op. cit., pp. 74-75.

[13] CARPENTER, Luiz F. Op. cit., pp. 77-78.

presunção de extinção do direito; (5) o da proteção ao devedor; (6) o da diminuição das demandas; e (7) o do interesse social, pela estabilidade das relações jurídicas. É este último o adotado pela maioria e, de modo principal, pelo insigne jurista[14], cujo posicionamento encontra supedâneo no Direito Romano:

> Tendo por fim extinguir as ações, ela foi criada como medida de ordem pública, para que a instabilidade do direito não viesse a perpetuar-se, com sacrifício da harmonia social, que é a base fundamental do equilíbrio sobre o que se assenta a ordem pública.
>
> O não cumprimento de uma obrigação, a ameaça ou violação de um direito são estados antijurídicos que perturbam a harmonia social, e a ação foi instituída como meio reintegratório dessa harmonia, fazendo cessar o desequilíbrio provocado pela ofensa ao direito. Se o titular deste, porém, se conserva inativo, deixando de protegê-lo pela ação, e cooperando, assim, para a permanência do desequilíbrio antijurídico, ao Estado compete remover essa situação e restabelecer o equilíbrio, por uma providência que corrija a inércia do titular do direito. E essa providência de ordem pública foi que o Estado teve em vista e procurou realizar pela prescrição, tornando a ação inoperante, declarando-a extinta, e privando o titular, por essa forma, de seu direito, como justa conseqüência de sua prolongada inércia, e, por esse meio, restabelecendo a estabilidade do direito, pela cessação de sua incerteza.
>
> Não deixa de haver, portanto, na prescrição, uma certa penalidade indireta à negligência do titular, e muito justificável essa pena, que o priva de seu direito, porque, com a sua inércia obstinada, ele faltou ao dever de cooperação social, permitindo que sua negligência concorresse para a procrastinação de um estado antijurídico, lesivo à harmonia social.
>
> Como se vê, é a doutrina romana que ressurge, na pureza cristalina de sua profunda filosofia jurídica. Aí estão os três fundamentos romanos da prescrição: o interesse público, a estabilização do direito, o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição.[15]

Em reforço à magistral lição, cumpre recorrer a Luiz F. Carpenter, que se perfila a Câmara Leal quanto ao fundamento da prescrição e aduz que, sem ela, ninguém estaria seguro de conservar o próprio bem ou de ter a certeza de não ser obrigado a pagar uma dívida pela segunda vez em face de

[14] CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Op. cit., pp. 13-14.

[15] CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Op. cit., pp. 15-16.

reclamações ou contestações infundadas. O instituto em comento elimina, assim, a necessidade de se fazer prova da titularidade de direitos que remontasse a épocas em que não mais se pudessem encontrar vestígios seus. Se, *a priori*, teria por lado fraco assegurar, em certas situações, o triunfo de um usurpador contra o verdadeiro proprietário ou liberar o devedor inadimplente, é fundamentado em um princípio de anistia em favor de quem teria expiado a violação de um direito nunca reclamado por negligência. A prescrição, segundo o catedrático, poderia então ser comparada à coisa julgada do ponto de vista de sua utilidade social – "há um momento em que é preciso que a última palavra seja dita, em que a incerteza do direito é mais dolorosa que a injustiça"[16].

3. Violação do direito ou ciência desta pela vítima?

Conforme o art. 189 do CC, da violação do direito subjetivo surge para seu titular a pretensão, que se extingue pela prescrição. É a pretensão "o poder de fazer valer em juízo, por meio de uma ação (em sentido material), a prestação devida, o cumprimento da norma legal ou contratual infringida ou a reparação do mal causado"[17]. Em se tratando de pretensão de reparação civil, a prescrição se dá em três anos (art. 206, § 3º, V do CC). A questão que se põe é qual o termo inicial (*dies a quo*) do lapso prescricional?

À uma primeira e irrefletida leitura, pode parecer ter o diploma civil pátrio consagrado um critério objetivo, segundo o qual o prazo fluiria da mera ocorrência da lesão ao direito, independentemente de outros fatores. Não é tão simples assim, entretanto, como já observava Serpa Lopes, segundo o qual haveria três possíveis regras, a saber, (1) o do *actio nata*, (2) o da *actioni nondum natae non praescribitur* e (3) o da *actioni nondum natae toties praescribitur, quoties nativitas est in potestate creditoris*[18]. Segundo a doutrina, é a primeira delas a adotada pelo Código Civil, devendo ser considerada nascida (*nata*) a ação diante das seguintes condições: um direito atual atribuído a um titular e uma violação a esse direito. A partir do momento em que o titular do direito pode exigi-lo ou defendê-lo, judicialmente, começa a correr a prescrição (que, configurada, significa a morte da pretensão)[19].

Supletivamente, para uma plena compreensão do princípio da *actio nata*, deve-se recorrer ao fundamento e aos elementos da prescrição (em especial ao primeiro deles, lembre-se, a existência de ação exercitável),

[16] CARPENTER, Luiz F. Op. cit., pp. 76-88.

[17] DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 440.

[18] SERPA LOPES, Miguel Maria. Op. cit., p. 539.

[19] CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Op. cit., pp. 11 e 22. Vide também PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 584 e DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 442.

conjugando-os. Como visto na Seção anterior, o instituto é fundado primordialmente no interesse social, por uma necessidade de estabilidade das relações jurídicas, sendo certo também nele haver um caráter sancionatório à negligência do titular da pretensão. Da combinação desses fatores, extrai-se o magistério de Câmara Leal de que o termo inicial da prescrição se opera com o conhecimento, pela vítima, da lesão ao direito subjetivo do qual é titular, se dando neste momento o nascimento da pretensão:

> 16. Discute-se, no campo da doutrina, se a prescrição é um fenômeno puramente objetivo, decorrendo o seu início do fato da violação, que torna a ação exercitável, independentemente da ciência ou conhecimento do titular, ou, se é um fenômeno também subjetivo, ficando o início da prescrição dependendo da condição de que seu titular tenha conhecimento da violação.
> [...]
> Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular – cum contra desides homines, et sui juris contentores, odiosae exceptiones oppositae sunt –, não se compreende a prescrição sem a negligência, e a esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação.
> [...]
> Exercitar a ação, ignorando a violação que lhe dá origem, é racionalmente impossível, e antijurídico seria responsabilizar o titular por uma inércia que não lhe pode ser imputada – ad impossibilita remo tenetur.
> [...]
> Todavia, a ignorância não se presume, pelo que ao titular incumbe provar o momento em que teve ciência da violação, para que possa beneficiar-se por essa circunstância, a fim de ser o prazo prescricional contado da ciência, e não da violação.[20]

A maciça e recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é também no sentido da adoção do princípio da *actio nata* e de que o termo inicial se opera com a ciência inequívoca pela vítima do ato lesivo, em se tratando de responsabilidade extracontratual:

> 2. Na responsabilidade contratual, em regra, o termo inicial da contagem dos prazos de prescrição encontra-se na lesão ao direito, da qual decorre o nascimento da pretensão, que traz em seu bojo a possibilidade de exigência do direito subjetivo violado, nos termos do disposto no art. 189 do Código Civil, consagrando a tese da actio nata no ordenamento jurídico pátrio.
>
> 3. Contudo, na responsabilidade extracontratual, a aludida regra assume viés

[20] CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Op. cit., pp. 21-23.

> mais humanizado e voltado aos interesses sociais, admitindo-se como marco inicial não mais o momento da ocorrência da violação do direito, mas a data do conhecimento do ato ou fato do qual decorre o direito de agir, sob pena de se punir a vítima por uma negligência que não houve, olvidando-se o fato de que a aparente inércia pode ter decorrido da absoluta falta de conhecimento do dano. Inteligência da Súmula 278 do STJ.[21]
>
> 3. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o termo a quo para contagem do prazo prescricional se dá a partir da ciência inequívoca do ato lesivo.[22]

Estando fixado tal entendimento, cabe a advertência feita por Arnaldo Rizzardo, Arnaldo Rizzardo Filho e Carine Ardissone Rizzardo, com base em decisões do STJ, no sentido de que, a depender do contexto e das especificidades do caso concreto, diferentes serão os momentos em que se pode considerar ocorrida a *actio nata*. Na ofensa a direitos em razão de atos administrativos, por exemplo, o lapso prescricional se inicia com a publicação do ato lesivo; em situações de direitos patrimoniais, a partir de sua definição, como na homologação de um acordo; na omissão do pagamento de prestações, quando do inadimplemento de cada prestação; entre outras hipóteses[23].

Na questão enfrentada nesta monografia, não foram encontrados julgados específicos no STJ em sede de responsabilidade civil antitruste. Propõe-se aqui, tomando-se por referência a jurisprudência daquele Tribunal em ações reparatórias de outra espécie e a melhor doutrina civilista, que também seja entendido como *dies a quo* do prazo prescricional para ações reparatórias em virtude de danos causados por cartelização a data da ciência inequívoca da lesão pelo agente econômico vítima da infração. Imperioso, porém, se faz tornar menos abstrata a afirmação. Especificamente, que data seria essa?

A ciência da lesão a que alude o STJ, como visto, é qualificada pelo termo "inequívoca", vale dizer, evidente, que não admite engano, sem ambiguidade, indene de dúvidas. É ter certeza de algo. Logo, a ciência inequívoca de cartel deve ser entendida como o momento em que o autor da ação indenizatória tenha noção clara de seu *status* de prejudicado pela prática – em outras palavras, de quando for capaz de tomar conhecimento pleno dos fatos, ou seja, de quem praticou o ilícito, da forma como foi implementado, de

[21] BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.354.348/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4a Turma, por unanimidade, DJe 16/9/2014.

[22] BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 963.697/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2a Turma, por unanimidade, DJe 16/9/2014.

[23] RIZZARDO, Arnaldo et alii. Op. cit., pp. 19-22.

sua duração e de qual o mercado relevante afetado (ou, na ausência de sua delimitação, da indicação do produto ou serviço e a respectiva área geográfica afetada) e de seus efeitos danosos.

A tarefa não é simples. Cartel se trata de uma infração praticada de forma dissimulada e sob sigilo. Logo, os agentes prejudicados não dispõem de ciência de ocorrência da violação do direito. Quando muito, as vítimas desconfiam da existência de condutas concertadas, sem poder afirmar categoricamente sua existência, e podem até mesmo chegar ao ponto do oferecimento de representação ao CADE, diante de indícios de paralelismo de conduta – que, quando não refutados por completos pelos infratores, são atribuídos por eles como típicos de mercados oligopolizados, mas jamais assumida a colusão. Em tal cenário, não é possível se falar em surgimento da pretensão de que cuida o art. 189 do Código Civil.

Também diante da instauração de processo administrativo pelo CADE devidamente publicada Diário Oficial da União não se poderia falar em ciência inequívoca da infração pelo mercado. Isso porque a autoridade antitruste assim procede em virtude da existência de indícios da infração, também não mais havendo que uma suspeita – e não uma certeza sobre a qual não pairem dúvidas acerca de autoria e materialidade do ilícito.

A ciência inequívoca da violação ao direito seguramente existirá na hipótese de uma decisão condenatória final pelo CADE – até mesmo por se tratar de uma determinação do art. 79, *caput* e inciso I da Lei n.º 12.529/2011 que a decisão seja fundamentada e dela conste a "especificação dos fatos que constituam a infração apurada". Nela haverá a clara indicação dos autores, do *modus operandi* do cartel, do produto/serviço e área geográfica afetadas, de sua duração, entre outras informações essenciais, cotejadas junto às respectivas provas coletadas. A publicação da decisão condenatória, contudo, não basta: deve haver a pronta disponibilização, ao menos, do inteiro teor de versões públicas do acórdão e dos votos dos Conselheiros para que se esteja diante do *dies a quo* do lapso prescricional.

Informações que revelem detalhes da existência de um cartel também podem ser oriundas de acordos de leniência ou de TCCs. Sendo a decisão homologatória destes publicada no Diário Oficial da União e a celebração daqueles primeiros divulgada pelo CADE, juntamente com a disponibilização de documentos tais como versões públicas dos respectivos históricos da conduta, poderiam ser as respectivas datas consideradas como termo inicial da prescrição? Duas ressalvas devem ser feitas quanto a essa hipótese.

A primeira delas é que o CADE tem restringido o acesso a esses documentos somente àqueles que figurem no rol de representados de processos administrativos e tão somente para fins do exercício do direito de defesa. Logo, interessados em obter o material para fins de ajuizamento de ações reparatórias

se frustrarão com a negativa da autoridade concorrencial. No tocante a isso, vale lembrar que, nos termos da minuta de resolução constante da Consulta Pública nº 5/2016, a autarquia apresentou proposta de disponibilização de documentação após o julgamento final pelo Plenário do CADE para fins de fomento a ações indenizatórias.

A outra consideração é a de que, ainda que fossem prontamente franqueados a terceiros os históricos de conduta e anexos relativos a acordos de leniência ou compromissos de cessação, trata-se de relatos da infração por vezes incompletos e que serão integrados por outros elementos ao longo da instrução processual e submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa – algo até certo pronto prematuro, portanto. Serão de grande valia, sem dúvida, para o ajuizamento de ação contra o delator, posto que sua confissão produz efeitos contra si (mas não contra os demais réus em caso de litisconsórcio – art. 391 do Novo Código de Processo Civil). Ainda em relação aos demais coautores, a Lei nº 12.850/2013 estabelece em seu art. 4º, §16 (utilizado analogicamente pelo CADE) que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador".

Embora tais dispositivos tenham sua aplicação voltada para a discussão acerca do valor probatório de evidências provenientes de uma delação premiada para fins de responsabilidade administrativa antitruste, eles poderiam ser usados em oposição à configuração de ciência inequívoca da lesão. Isso porque, quando da celebração de acordos de leniência ou de TCCs, ainda não estarão definitivamente assentadas pela autoridade antitruste a autoria e materialidade do ilícito de cartel. Tal somente ocorrerá quando da decisão final pelo CADE, quando as evidências oriundas dos acordos de colaboração serão cotejadas com as demais coletadas ao longo da instrução e após garantido o devido processo legal. Em outras palavras, o relato contido nos históricos de conduta não necessariamente será aquele fixado no acórdão e talvez não se possa afirmar, tão precocemente, estar um autor de ação indenizatória diante dos elementos essenciais que lhe permitam concluir inequivocamente ter sido seu direito violado. Não lhe será possível, assim, afirmar ter certeza da lesão, posto ainda estar em apuração uma prática supostamente anticoncorrencial.

É cabível, portanto, se fazer uma analogia da pendência de decisão final do CADE com a causa impeditiva da prescrição prevista no art. 200 do Código Civil, que dispõe que "quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva" – cuja *ratio legis* é a existência de prejudicialidade entre as esferas de responsabilidade cível e penal, sendo necessária uma decisão final nesta última que determine a autoria e materialidade do delito para que a vítima possa ajuizar a respectiva ação reparatória. O julgado a seguir transcrito do STJ é

esclarecedor:

> 3. Na espécie, o ilícito - civil e criminal - foi praticado muito antes da entrada em vigor do CC/02, não sendo possível a aplicação retroativa do art. 200, que prevê hipótese de suspensão do prazo prescricional. Todavia, antes mesmo do advento do CC/02 e da regra do art. 200, estava consolidado no âmbito do STJ o entendimento de que o prazo prescricional da pretensão indenizatória deduzida contra o autor do delito flui a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes.
> 4. Particularmente, não se podia exigir que os ofendidos ajuizassem a ação indenizatória sem conhecer as circunstâncias concretas em que se deu o acidente que vitimou o seu familiar, tampouco sem a identificação de todos os responsáveis pelo evento danoso. Por isso, aliás, a causa de pedir remota, neste processo cível, baseia-se nas conclusões firmadas no julgamento da ação penal respectiva.[24]

Assim, a ciência inequívoca da lesão deve ser considerada como a publicação de decisão condenatória final do CADE, com a concomitante disponibilização de, ao menos, o inteiro teor das versões públicas do acórdão e dos respectivos votos.

4. Há outros fatores em lei a interferir no curso do lapso prescricional?

Como é notório, a cartelização, além de ilícito antitruste, constitui crime tipificado na Lei nº 8.137/90. Assim, é de se perguntar se o já mencionado art. 200 do CC, que prevê que "quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva", seria aplicável. É defensável se entender que sim, já que se está diante de infração criminal e cuja ação penal a ser promovida é pública, vale dizer, o Ministério Público deve obrigatoriamente promovê-la diante de indícios de sua ocorrência. Logo, antes de havida uma sentença definitiva penal, não operaria o *dies a quo* da prescrição da ação reparatória por danos causados por um cartel.

Contudo, uma tese como essa encontraria como obstáculo a interpretação conferida à norma em apreço por nomes importantes da doutrina civilista[25] no sentido que, para ser considerada causa impeditiva da prescrição,

[24] BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1443634/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3a Turma, por unanimidade, DJe 12/5/2014.

[25] Para uma maior compreensão do art. 200 do CC em aspectos que fogem ao escopo desta monografia, vide PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina & TOLEDO, Carlos José T. de. "O Impedimento da Prescrição no Aguardo da Decisão do Juízo Criminal" in: CIANCI, Mirna (coord.). Prescrição no novo Código Civil: uma Análise

deveria necessariamente estar pendente de julgamento uma ação penal, de cujo resultado dependa a viabilidade da ação civil. Somente assim não se teria iniciada a fluência do prazo prescricional. Ilustrativos os comentários de Arnaldo Rizzardo, Arnaldo Rizzardo Filho e Carine Ardissone Rizzardo:

> Enquanto pendente de julgamento ação penal, de cujo resultado depende a viabilidade da ação cível, não inicia a fluir o prazo prescricional para exercer a pretensão por meio de ação. O entendimento do assunto exige a observância de algumas regras legais, concernentes à relação entre a jurisdição civil e a penal. [...]
> Denota-se, pois, que, embora as esferas civil e penal atuando em planos diferentes, a independência não é total, já que existem situações em que a responsabilidade penal interferirá na responsabilidade civil. Por depreender a responsabilidade civil da definição do que vier a ser decidido no juízo criminal sobre a existência do fato e de seu autor, não pode o prazo prescricional iniciar antes do trânsito em julgado da ação penal. A jurisprudência tem se firmado nessa inteligência:
> [...]
> Basta a existência de ação penal onde o debate envolve a autoria e a existência do fato para impedir o começo da prescrição. Se inexistir a ação penal, deixa de aplicar-se o art. 200, no que é bem claro Rui Stocco: 'Mas a disposição do art. 200 do CC só terá incidência e eficácia e, somente então, o prazo prescricional será suspenso, apenas se a ação penal, pública ou provada, for efetivamente ajuizada. Essa a única exegese possível, pois, do contrário, daria azo a subterfúgios e má fé, com possibilidade de manipulação, pois bastaria a vítima não ingressar com a ação penal privada ou o Ministério Público não oferecer a denúncia para protrair indefinidamente no tempo o termo a quo da prescrição.
> Ora, se assim fosse, o quantum do prazo prescricional acabaria ficando no poder dispositivo da vítima, o que não se pode admitir'.[26]

O seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça corrobora o posicionamento doutrinário transcrito:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 200 DO

Interdisciplinar. São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 112 a 137. De modo mais genérico, mas ainda assim ilustrativo, vide DINIZ, Maria Helena. Op. cit., pp. 448 a 449; CAHALI, Yussef Said. Prescrição e Decadência. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2a edição, 2012, pp. 98 a 102; e VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral, vol. I. São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 603.

[26] RIZZARDO, Arnaldo et alii. Op. cit., pp. 161-164.

> CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE.
> 1. Segundo a jurisprudência desta Corte, a incidência do artigo 200 do Código Civil pressupõe a existência de relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal.
> 2. A prescrição da pretensão indenizatória não corre quando a conduta ilícita supostamente perpetrada pela parte ré se originar de fato a ser apurado também no juízo criminal, sendo fundamental, para tanto, a existência de ação penal em curso ou ao menos inquérito policial em trâmite. Precedentes.
> 3. Agravo regimental não provido[27]

Outra barreira à tese é encontrada também na jurisprudência daquela Corte, segundo a qual, nas situações de responsabilidade objetiva pelo dano (lembre-se que independem de culpa os ilícitos antitruste, conforme a regra geral do art. 36 da Lei nº 12.529/2011), é desnecessário se aguardar o desfecho do juízo criminal para o ajuizamento de ação reparatória:

> 1. As Turmas componentes da Primeira Seção do STJ, examinando hipóteses de ajuizamento de ações indenizatórias fundadas em atos submetidos à persecução penal, já entenderam que o prazo prescricional da pretensão de ressarcimento deve ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença criminal.
> 2. Ademais, '[...] se o próprio CPC confere executoriedade à sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 548, II), não se poderia, coerentemente, obrigar a vítima a aforar ação civil dentro dos cinco anos do fato criminoso' (REsp 80.197/RS).
> 3. Contudo, não há por que se aguardar qualquer tramitação penal se '[...] basta ao prejudicado demonstrar a existência do fato e do dano dele decorrente para ver reconhecido o seu direito à justa reparação, sem necessidade, portanto, de se perquirir sobre eventual culpa dos agentes ou existência do fato.' (Voto-vista no REsp 1.164.110/SC).[28]
> 3. A Corte de origem destacou que a responsabilidade civil da instituição financeira, por ser objetiva, independe da aferição do elemento culpa, de modo que não se trata de ação civil ex delicto, cuja análise tem caráter subjetivo. Em razão disso, não se aplica a causa impeditiva do transcurso do prazo prescricional, prevista no art. 200 do CC/02, por não ostentar à ação criminal o caráter de prejudicialidade em relação a ação indenizatória, devendo, portanto, o prazo prescricional ter seu termo a partir do conhecimento do suposto dano sofrido. Prescrição corretamente decretada.

[27] BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1521359/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3a Turma, por unanimidade, DJe 3/11/2015.

[28] BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1306441/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, 2a Turma, por unanimidade, DJe 18/11/2015.

> Acórdão em conformidade com a orientação firmada nesta Corte. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.[29]

Logo, embora não seja a aplicação do art. 200 algo a se descartar, uma tese nele amparada sofreria maiores resistências que aquela baseada no critério da ciência inequívoca da lesão pelo agente prejudicado, em se tratando de ação reparatória por danos causados por cartel.

5. As mudanças legislativas propostas pelo CADE: solução?

O CADE, por meio da Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE (integrante do material disponibilizado pela Consulta Pública CADE nº 5/2016), defende alteração legislativa no art. 47 da Lei nº 12.529/2011 para estabelecer a ciência inequívoca do ilícito concorrencial como termo inicial para a contagem do prazo prescricional. A certeza do conhecimento da violação ao direito se daria por ocasião da publicação do julgamento final pelo CADE ou, alternativamente, após o encerramento da ação penal. Outra mudança proposta pela autoridade concorrencial é que a instauração de procedimento para apuração da infração contra a ordem econômica pela Superintendência-Geral do CADE seja considerada como causa interruptiva do prazo prescricional para ajuizamento ação indenizatória antitruste.

Tais modificações seriam muito bem-vindas, posto que solucionariam a questão. Até que ocorram, porém, deverá o intérprete das normas em vigor se valer dos instrumentos disponíveis, sendo as duas teses aqui identificadas particularmente úteis[30].

---

[29] BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1359190/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3a Turma, por unanimidade, DJe 21/6/2016.

[30] Tanto a tese da ciência inequívoca da lesão, como a da aplicação do art. 200 do Código Civil são entendidas como viáveis (por vias argumentativas e conclusões semelhantes, mas não totalmente coincidentes) também por SANTOS, Marcelo Rivera dos. "Ação Privada de Ressarcimento Civil Derivada de Conduta Anticoncorrencial: do Termo Inicial da Prescrição" in: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Revista de Defesa da Concorrência – Publicação Oficial. Brasília, Imprensa Nacional, vol. 3, no 1, maio 2015, pp. 154-157 e por FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade Civil por Infração da Ordem Econômica. Dissertação apresentada ao Departamento de Direito Comercial como requisito para obtenção do Título de Mestre. Orientador: Prof. Dr. Salvador Frontini. São Paulo, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014, p. 123. Disponível em http: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../Andre_Marques_Francisco_Dissertacao.pdf. Acesso em 30/9/2017. Ainda defendendo o critério da ciência do dano, vide CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de

6. À guisa de conclusão: qual o termo inicial?

Como visto nas seções precedentes, foram identificadas duas possíveis teses em resposta à questão central desta monografia.

A primeira delas é que o termo inicial do prazo prescricional em ações reparatórias por danos derivados de cartelização seja a ciência inequívoca da lesão pela vítima – critério fixado por maciça jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em termos concretos, propõe-se que esse momento corresponda à publicação de decisão condenatória pelo CADE, devidamente acompanhada da pronta disponibilização, ao menos, do inteiro teor de versões públicas do acórdão e dos votos dos Conselheiros.

Já a segunda se ampara no art. 200 do Código Civil. Sendo o cartel ilícito antitruste e também crime, o início do lapso prescricional não se daria antes de prolatada sentença definitiva (transitada em julgado) no juízo penal. Contudo, ao contrário do verificado em relação ao critério da ciência inequívoca da lesão, tal tese encontra obstáculos em setores da doutrina e em julgados do STJ, que exigem, além da relação clara de prejudicialidade, uma ação penal (ou ao menos inquérito penal) em curso e outras decisões dão conta que, em hipóteses de responsabilidade objetiva (tal como uma infração à Ordem Econômica), a apuração da responsabilidade criminal é desnecessária para a ação reparatória. Assim, a primeira tese é mais forte que a segunda, embora esta última não deva ser descartada.

De modo a fomentar ações reparatórias antitruste, o CADE propõe alterações legais que, como concluído, resolverão a questão, se encampadas pelo Congresso Nacional.

A questão enunciada desde logo no título desta monografia é revestida de significativo grau de complexidade e deve continuar a ser debatida, como vem sendo feito, na comunidade antitruste. Nesse sentido, é encerrado este estudo, esperando-se que possa ter ele trazido maiores luzes à tão importante reflexão.

7. Referências

BRASIL. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE em Números. Disponível em http://cadeemnumeros.cade.gov.br. Acesso em 27 de

Cartel. Dissertação de Mestrado (versão resumida). Orientador: Prof. Dr. José Marcelo Martins Proença. São Paulo, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015, p. 14. Disponível em http: www.teses.usp.br/teses/.../2/.../tde.../Dissertacao_Daniel_Costa_Caselta_RESUMIDA.pdf. Acesso em 30/9/2017.

setembro de 2017.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1521359/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, por unanimidade, DJe 3/11/2015.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1359190/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, por unanimidade, DJe 21/6/2016.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 963.697/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, por unanimidade, DJe 16/9/2014.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1306441/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, 2ª Turma, por unanimidade, DJe 18/11/2015.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.354.348/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, por unanimidade, DJe 16/9/2014.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1443634/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, por unanimidade, DJe 12/5/2014.

CAHALI, Yussef Said. Prescrição e Decadência. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2012.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís. Da Prescrição e da Decadência: Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 3ª edição, atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias, 1978.

CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel. Dissertação de Mestrado (versão resumida). Orientador: Prof. Dr. José Marcelo Martins Proença. São Paulo, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015, p. 14.

Disponível em http:// www.teses.usp.br/teses/.../2/.../tde.../Dissertacao_Daniel_Costa_Caselta_RESUMIDA.pdf. Acesso em 30/9/2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo, Editora Saraiva, 33ª edição, com remissões a dispositivos do Novo CPC (Lei n. 13.105/2015), 2016.

FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade Civil por Infração da Ordem Econômica. Dissertação apresentada ao Departamento de Direito Comercial como requisito para obtenção do Título de Mestre. Orientador: Prof. Dr. Salvador Frontini. São Paulo, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014. Disponível em http: www.teses.usp.br/teses/.../2/.../tde.../Dissertacao_Daniel_Costa_Caselta_RESUMIDA.pdf. Acesso em 30/9/2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Volume I – Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 25ª edição, de acordo com o Código Civil de 2002, 2012.

PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina & TOLEDO, Carlos José T. de. "O Impedimento da Prescrição no Aguardo da Decisão do Juízo Criminal" *in*: CIANCI, Mirna (coord.). Prescrição no novo Código Civil: uma Análise Interdisciplinar. São Paulo, Saraiva, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo & RIZZARDO, Carine Ardissone. Prescrição e Decadência. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

SANTOS, Marcelo Rivera dos. "Ação Privada de Ressarcimento Civil Derivada de Conduta Anticoncorrencial: do Termo Inicial da Prescrição" *in*: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Revista de Defesa da Concorrência – Publicação Oficial. Brasília, Imprensa Nacional, vol. 3, nº 1, maio 2015, pp. 154-157.

SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de Direito Civil (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos) – Volume I. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 5ª edição, atualizada, 1971.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral, vol. I. São Paulo, Editora Atlas, 2014.

REMÉDIOS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO: APRENDIZADOS E APRIMORAMENTOS

Tereza Cristine Almeida Braga

Resumo: O presente trabalho se dispõe a discutir as premissas e as inspirações inerentes a remédios aplicáveis a atos de concentrações e destacar precedentes do Cade com discussões a eles referentes nos cinco anos de vigência da notificação prévia de operações preconizada pela Lei 12.529/11.

Palavras-chave: remédios, atos de concentração, Lei 12.529/11, Cade, notificação prévia, cinco anos, intervenção do Estado no domínio econômico

Keywords: remedies, mergers, Law 12.529/11, Cade, prior notification of mergers, five years, State intervention on economic domain

1. Introdução

A partir da vigência da Lei 12.529/11, parece ter havido algum ceticismo acerca da apreciação de atos de concentração pelo Poder Público, via Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, em relação à notificação da operação previamente à consumação dela. A eficiência da autarquia era posta em dúvida, já que alguns diziam que o Estado brasileiro não disporia de estrutura suficiente para cumprir prazos peremptórios estabelecidos por lei enquanto outros acreditavam que o nível de tecnicismo da análise poderia diminuir[1].

Agora, em 2017, viu-se um cenário diferente: o Cade, até hoje, não perdeu o prazo legal de aprovação tácita e a profundidade das manifestações exaradas tanto pela Superintendência-Geral quanto pelo Tribunal é inegável.

[1] SILVA, Leonardo P. R. Análise prévia do Cade gera preocupação entre empresários, 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-nov-23/analise-previa-feita-cade-gera-preocupacao-entre-empresarios2>. Acesso em: 29 de set. 2017; GABAN, Eduardo M. Antitruste e MeA: novos critérios de incidência da lei antitruste e riscos no Brasil, 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI153570,31047-Antitruste+e+MeA+novos+criterios+de+incidencia+da+lei+antitruste+e>. Acesso em: 25 de set. 2017.

Hoje, está-se diante de uma nova fase de dilemas da Lei 12.529/11, porém agora no que diz respeito à efetividade da atuação do Estado, especialmente no desenho e na implementação de "remédios"[2], jargão utilizado para expressar a forma de intervenção estatal no domínio econômico usualmente adotada em matérias de defesa da concorrência[3].

Os remédios, na seara antitruste, buscam lidar com mazelas que o mercado, sozinho, não consegue tratar. Há situações em que a livre iniciativa de um agente não consegue se coadunar com a livre concorrência dos demais, colocando em xeque a forma pela qual sua atividade empresarial é e tem sido desenvolvida. O Estado, então, intervém no domínio econômico com vistas a preservar os direitos fundamentais e restaurar a competitividade desgastada pelo poder de mercado decorrente de elevadas sobreposições, verticalizações ou outros arranjos contratuais que desequilibram prejudicialmente forças de oferta e demanda.

> É inequívoco que a livre-iniciativa, como manifestação da autonomia, da emancipação do homem e do desenvolvimento da personalidade, recebe a proteção constitucional em todos os seus desdobramentos. Entretanto, a atividade empresarial apenas é considerada legítima na medida em que o projeto do empresário é compatível com o igual direito dos outros empresários e, mais que isso, de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida, já que a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social[4].

---

[2] OLIVEIRA, Amanda F. de. Remédios Antitruste e o Ordenamento Jurídico Brasileiro: Primeiras Reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda F. de; RUIZ, Ricardo M. (Eds.). . Remédios Antitruste. São Paulo: Singular, 2011.

[3] Um ato de concentração é uma operação em que dois ou mais agentes independentes economicamente realizam uma operação que resulta em uma mudança duradoura na sua estrutura empresarial ou na sua forma de controle. Tais operações têm a atenção do direito concorrencial, já que podem resultar em alterações na organização dos mercados que sejam capazes de arrefecer a sua configuração concorrencial. Trata-se de um mecanismo de controle concorrencial preventivo, cujo pressuposto é o de que estruturas desarrazoadamente concentradas podem ensejar comportamentos anticompetitivos. É, portanto, com a intenção de se evitar a formação de estruturas inadequadas de poder econômico que as autoridades, como o CADE, realizam um controle dos atos de concentração. SCHAPIRO, Mario G.; BACCHI, Fabiana M. Análise dos Atos de Concentração no Brasil: Forma, Função e o Incrementalismo Reformista do CADE. In: SCHAPIRO, Mario G.; CARVALHO, Vinicius M.; Cordovil, Leonor. (Org.). Direito Econômico Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2013.

[4] FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo:

Nesse contexto, a intervenção estatal no domínio econômico acaba sendo mais delicada, seja pela própria agressividade da ingerência do Estado no mercado, seja pela potencialidade de produção de ainda mais instabilidade[5].

2. Premissas e inspirações

A inovação procedimental oriunda da análise prévia de atos de concentração trouxe também novos desafios substantivos, inclusive quanto a possibilidades de solução de preocupações concorrenciais inicialmente identificadas. Ao invés de problemas consolidados e já enraizados no mercado objeto da operação, há uma análise prospectiva com base instrumental e também na experiência já acumulada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ao longo de décadas. E essa análise traz a possibilidade da atuação dos chamados remédios em atos de concentração. Tais remédios têm como alvo aquelas preocupações e buscam maior pacificação social diante da potencial nocividade de uma concentração, razão pela qual eles estão cada vez mais se tornando uma importante ferramenta de gestão da política de defesa da concorrência. Eis a competição "justa" pleiteada pelos particulares ao Estado[6].

Os remédios podem ser exigidos pelo Poder Público de duas formas principais. A primeira e mais tradicional delas é a imposição unilateral por meio

Saraiva, 2017, p. 47.

[5] "Como nos mostrou Ludwig von Mises, tanto o socialismo quanto o intervencionismo não são alternativas viáveis aos mercados. Um socialismo que funcione é estritamente impossível, pois na ausência de um sistema de preços de mercado não há como alocar recursos de forma econômica. O intervencionismo, por sua vez, é instável, já que as intervenções desencadeiam um processo de acúmulo de erros que leva em última análise a crises econômicas que requerem reformas liberalizantes, contra a vontade dos próprios governos que são obrigados a efetuar essas reformas. Por isso, um político intervencionista só é bem sucedido na medida em que consegue empurrar as consequências indesejáveis de suas decisões para mandatos seguintes, exercidos por políticos de partidos rivais, embaralhando causas e efeitos das políticas econômicas. Pelo mesmo motivo, os partidos socialistas, conforme conquistam o poder no mundo real, estão condenados eternamente a adquirir o rótulo de "neoliberais", esse espantalho inexistente, fruto da própria desonestidade intelectual. Ambos só terão sucesso em erradicar os mercados se junto com estes eliminarem a própria civilização. Assim, a liberdade econômica tem condições de sobreviver, mesmo sem defensores" BARBIERI, Fabio. A Economia do Intervencionismo. São Paulo: Mises Brasil, 2013, cap. 17. E-book. ISBN: 978-85-8119-066-2.

6 FLIGSTEIN, Neil. The Architecture of Markets: an Economic Sociology of Twenty-First Century Capitalist Societies. New Jersey: Princeton University Press, 2001, pp. 27-28.

de uma decisão de caráter cogente. A segunda é a pactuação de um Acordo em Controle de Concentrações – ACC, em que os requerentes propõem pela via negocial um caminho que consideram razoável tanto do ponto de vista dos interesses privados envolvidos quanto pelo atendimento dos princípios que norteiam a livre concorrência.

A principal vantagem do ACC é o aproveitamento da expertise e da cooperação do particular para trilhar uma rota mais eficiente de implementação dos remédios. Não existe um rol taxativo ou uma "fórmula mágica" de remédios possíveis no Brasil ou em qualquer outro país no mundo e é natural que não haja a fim de que possa se alcançar a adequação do remédio ao caso concreto. Os contratos incompletos e a natural assimetria de informação entre a autoridade e os requerentes[7] acabam trazendo dificuldades no estabelecimento *ex ante* de medidas capazes de atender ao bem-estar social, entre as várias possivelmente modeláveis isolada ou conjuntamente.

Nas hipóteses em que é necessária a intervenção do Poder Público para autorizar sinergias e evitar distorções de mercado causadas pelos próprios particulares, a lógica negociada é a melhor forma de construção e implementação de medidas conformes à livre concorrência. A assimetria de informação entre Poder Público e particular faz com que a dialética seja um caminho mais eficiente que a imposição unilateral de condições específicas. Ainda dentro da lógica dos remédios, eles têm sido classificados em comportamentais ou estruturais, a depender do conjunto obrigacional neles inscrito[8].

Muitas operações que são, em sua grande parte, benéficas ao mercado, levantam preocupações em relação a aspectos específicos como sobreposições, verticalizações e aumento da oportunidade de discriminação de outros agentes econômicos, sejam eles concorrentes ou não. Nessa ótica, tanto a aprovação integral quanto a reprovação podem ser prejudiciais ao mercado.

> Por ora, cabe dizer que os atos de concentração não são inerentemente ruins ou bons, e podem ser justificados por uma série de fundamentos legítimos,

[7] BOWLES, Samuel. Microeconomics: Behavior, Institutions and Evolution. New York: Princeton University Press, 2004, p. 333; NORTH, Douglass. C. Economic Performance Through Time. The American Economic Review, v. 84, n. 3, 1994.

[8] ICN MERGER WORKING GROUP. Merger Remedies Guide, 2016. Disponível em: < http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf >. Acesso em: 02 de ago. 2017; MAIER-RIGAUD, F. P. Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law. In: LOWE, P.; MARQUIS, M.; MONTI, G. (Eds.). . European Competition Law Annual 2013. Portland: Hart Publishing, 2016; MOTTA, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2004, pp. 264-269.

> como a redução de custos de transação e de custos produtivos, a necessidade de acesso a insumos ou linhas de fornecimento, a obtenção de inovações e tecnologias e outras razões, sendo perfeitamente possível que dessas operações resultem eficiências e benefícios não apenas às sociedades empresárias, mas também aos consumidores de seus produtos ou serviços[9].

E dentro da ótica da facilidade de monitoramento e da celeridade dos efeitos pró-competitivos de operações em relação ao consumidor, a priorização de remédios estruturais tem sido uma preocupação constante da autoridade antitruste brasileira, graças à experiência própria quanto à aplicação influenciada pela expertise internacional de autoridades com décadas de atuação na análise prévia de atos de concentração10, a saber: Comissão Europeia11, Estados Unidos12, Canadá13 e Reino Unido14, por exemplo, além

---

[9] RODRIGUES, Eduardo F. O Direito Societário e a Estruturação do Poder Econômico. São Paulo: Singular, 2016, p. 64.

[10] MATTOS, César. Remédios em Atos de Concentração: a Experiência Internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, A. F. DE; RUIZ, R. M. (Eds.). . Remédios Antitruste. São Paulo: Singular, 2011.

[11] COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão sobre as soluções passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho e do Regulamento (CE) n.° 447/98 da Comissão, 2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52001XC0302(01)&from=EN>. Acesso em: 07 de set. 2017; COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.o 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.o 802/2004 da Comissão, 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC1022(01)&from=EN>. Acesso em: 07 de set. 2017; COMISSÃO EUROPEIA. European Commission Note on Remedies Acceptable under Council Regulation, 2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/remedies_notice_en.pdf>. Acesso em: 07 de set. 2017.

[12] DG-COMP. Merger Remedies Studies, 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf>. Acesso em: 05 de set. 2017.

[13] COMPETITION BUREAU CANADA. Information Bulletin on Merger Remedies, 2006. Disponível em: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02170.html>. Acesso em: 01 de set. 2017.

[14] COMPETITION COMMISSION. Merger Remedies: Competition Commission Guidelines, 2008. Disponível em: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Guia_remedios_Competition_Commission-UK.pdf>. Acesso em: 05 de set. 2017.

de entidades internacionais como International Competition Network15 e OCDE16. Nesse panorama, o Cade tem discutido a necessidade de traçar seu próprio "guia" de remédios17 para orientar os técnicos e o mercado a respeito de como projetar obrigações de fazer e de não fazer que sejam factíveis e com eficiências repassáveis ao consumidor final.

3. Cinco anos: nova Lei, novos remédios

Tratar de remédios na análise prévia de atos de concentração é uma novidade no contexto institucional brasileiro. Durante a revogada Lei 8.884/94, o grande período em que a operação ficava sob a análise do Cade era suficiente para a geração de efeitos. Havia a concretização do prejuízo concorrencial que deveria ser remediado, situação que tinha seu lado "bom" e seu lado "ruim". O lado "bom" é que, em termos de segurança jurídica, sabia-se exatamente qual o mal que se estava a combater e em que medida. O lado "ruim" é que nem sempre esse mal era reversível e, não o sendo, a sociedade é quem arcava com o prejuízo já instalado no mercado originado pela concentração:

Observa-se que o aprimoramento da legislação brasileira decorreu da experiência com os sucessos e fracassos do modelo normativo antigo diante da dinâmica de mercado: as leis estáticas não atendem às demandas da economia em constante mutação, razão pela qual direito e economia estão sempre ligados[18]. E os parcos cinco anos da Lei 12.529/11 trouxeram ao menos dois severos obstáculos a essa interconexão e que ainda estão em sede de transposição.

O primeiro deles, como já citado, é a própria abordagem em prol da previsão de todos os cenários possíveis e futuros da concentração submetida ao

[15] ICN MERGER WORKING GROUP. Merger Remedies Guide, 2016. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf>. Acesso em: 02 de ago. 2017.

[16] OCDE. Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases, 2011. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>. Acesso em: 05 de set. 2017; OCDE. Remedies in Cross-Border Merger Cases, 2013. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf>. Acesso em: 07 de set. 2017.

[17] GABAN, Eduardo. Brasil: CADE Planeja Novo Guia para a Aplicação de Remédios no Controle de Estruturas, 2015. Disponível em: <https://www.tauilchequer.com.br/brazil-cade-plans-new-guidelines-to-apply-antitrust-remedies-in-merger-control-04-06-2015/.>. Acesso em: 15 de set. 2017.

[18] MILHAPUT, C. J.; PISTOR, K. Law & Capitalism: What Corporate Crisis Reveal About Legal Systems Around the World. Chicago: The University of Chicago Press, 2008, pp. 28-29.

crivo do Cade. Nesse passo, a autoridade acaba se aprofundando ainda mais na análise do mercado a fim de – tentar – vislumbrar todas as saídas possíveis.

Por isso, trazer o raciocínio de uma análise prévia também significa trazer uma nova lógica de desenho de remédios: o que antes era projetado sobre um efeito instalado agora é visto sob um olhar prospectivo diante da potencialidade de efeitos anticompetitivos. A autoridade, então, tem o dever se antecipar-se ao prejuízo, minimizando o risco de irreversibilidade ora mencionado e, ao mesmo tempo, atendendo ao anseio de rapidez inerente aos próprios mercados.

> As soluções para os problemas de desenho de mercado às vezes são inventadas, às vezes são descobertas, e com frequência um pouco de cada coisa. O desenho de muitos mercados evoluiu, em geral por tentativa e erro, durante a história humana. Por vezes podemos descobrir uma solução para uma nova falha em um mercado buscando um desenho testado em outro.
> Essa solução normalmente ainda vai necessitar de novas modificações para se adaptar às circunstâncias do mercado em questão. Vejamos uma analogia médica. Os seres humanos são o produto de uma evolução ainda mais longa do que os mercados humanos. O sistema imunológico evoluiu para nos ajudar a combater as doenças. Mas às vezes ele falha, e os germes patogênicos vencem. O que fazer?[19]

O segundo deles é o contexto político-econômico enfrentado pelo Brasil nesse mesmo período, o qual não existia – ao menos com tanta intensidade – na vigência da lei anterior de defesa da concorrência. Nesse ínterim, uma crise econômica e política tem assolado o Brasil: falta de credibilidade de governos, falta de governabilidade e dificuldades de diálogo entre os três poderes da União tem trazido um grau adicional de instabilidade aos negócios no Brasil. O desafio de estabilização normativa convive com o longo caminho da estabilização de governabilidade do país.

A fim de sair desse turbilhão e tentar sobreviver no mercado, muitas grandes empresas têm optado pela fusão, formando macro *players* e alterando o paradigma anterior de crescimento por aquisições de agentes econômicos menores[20]. Isso tem se refletido no aumento do número de operações declaradas complexas pelo Cade nos últimos anos: de quatro casos em 2013 para oito casos em 2016, com perspectivas de recorde para 2017, que já conta com sete casos

[19] ROTH, Alvin E. Como Funcionam os Mercados: A Nova Economia das Combinações e do Desenho de Mercado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016, p. 157.

[20] BAGNOLI, Vicente. A Defesa da Concorrência Diante das Concentrações Econômicas em Tempos de Crise. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência. São Paulo: Atlas, 2010.

com declaração de complexidade até o final de julho[21].

Para lidar com esse novo modelo de negócios na nova estrutura legal, o Cade tem percorrido águas ainda não navegadas pelo Poder Público brasileiro em soluções ora exitosas, ora dúbias, as quais são agrupadas a seguir.

3.1. Operações com escopo transnacional

Operações de conglomerados com escopo mundial têm sido uma realidade para todas as autoridades antitruste. E essa realidade acaba enfrentando problemas de desenho de remédios e até mesmo de implementação, dada a independência de cada autoridade no exercício de sua jurisdição. Dessa forma, a justa medida de exigir comportamentos empresariais que não esbarrem na legislação de outro país sempre foi um desafio para o Cade na matéria de remédios em prol daquilo que o Brasil considera como livre concorrência.

Remédios de cunho estrutural têm se consolidado cada vez mais na experiência transnacional, especialmente pela simplicidade e pela celeridade no deslinde da celeuma antitruste[22]. Exemplo disso foram os remédios desenhados para o AC da Ball/Rexam[23], em que foi determinado o desinvestimento de fábricas da Ball Corporation no Brasil. O mesmo caminho foi trilhado pela Comissão Europeia, que condicionou a conclusão da operação à venda de dez fábricas de latas e duas fábricas de tampas, além de três unidades de inovação, todas sediadas na Europa. Já a aquisição da Lafarge pela Holcim[24] também contou com vendas de ativos em escala transnacional nos mercados de cimento e concreto.

3.2. Mercados Regulados e Discriminação

O Cade também tratou de ACs com escopo regulatório, o que tem revelado alguma preocupação em relação ao impacto regulatório da decisão antitruste. A característica preponderante de concentrações nesse setor é a potencial discriminação, seja com agentes a jusante ou a montante na cadeia

[21] OLIVEIRA, Marcelo Nunes de. Fusões e aquisições: insights sobre a atuação do Cade, 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/fusoes-e-aquisicoes-insights-sobre-a-atuacao-do-cade-03082017>. Acesso em: 29 de set. 2017.

[22] WERDEN, Gregory J. Remedies for Exclusionary Conduct Should Protect and Preserve the Competitive Processo. Antitrust Law Journal, v. 76, n. 1, 2009.

[23] Ato de Concentração 08700.006567/2015-07, julgado em 09/12/2015.

[24] Ato de Concentração 08700.007621/2014-42, julgado em 10/12/2014.

produtiva, seja com potenciais concorrentes que necessitam de infraestrutura detida pelo principal – senão único – *player* do mercado.

Na fusão entre ALL e a Rumo[25] no segmento de logística, havia uma série de percalços regulatórios a serem solucionados, que iam desde a deterioração da infraestrutura existente desde a época da privatização de ferrovias até a melhoria do relacionamento com clientes[26]. A aprovação do Cade possibilitou a criação de uma empresa de fôlego com a perspectiva da efetiva utilização e ampliação do sistema ferroviário nacional, com utilização do mecanismo arbitral para contenção de eventual discriminação daqueles que dependam a infraestrutura da nova empresa resultante da fusão.

Outro caso limiar entre regulação e antitruste foi o da união da BM&FBovespa e da Cetip[27] no que concerne aos mercados de bolsas de valores e de balcão no Brasil. A contenção da possível discriminação de agentes que precisavam de acesso à infraestrutura das empresas e a viabilidade das medidas sob o ponto de vista da normatização e fiscalização pela CVM foram decisivos para o desenho dos remédios fundados na arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias relacionadas a discriminação, muito embora a utilização desse mecanismo pelo Cade sofra críticas sobre o grau de voluntariedade assumido pelo compromissário em um ACC.

Um terceiro exemplo de interface regulatória da ação do Cade foi a criação da *joint venture* atualmente nominada Simba[28], que reúne tradicionais canais de TV aberta para negociar sinal com grandes operadores de televisão por assinatura. A geração de conteúdo e a equalização do poder de barganha entre operadores e programadores foram alvo da discussão não apenas do Cade como também da Anatel e da Ancine e levou a um novo cenário fático diante da crescente universalização do sinal digital de emissoras de televisão, com potencial discriminação de operadores de pequeno e médio porte. Aqui, a arbitragem não foi exigida, mas foi criado um gatilho que condicionava a cobrança a dois fatores: temporalidade e isonomia. Tais operadores só seriam obrigados a pagar preços pelos canais depois de fechados os preços com os grandes *players* do mercado e sob as mesmas condições de negociação entre a Simba e as maiores operadoras do setor. Desde o Termo de Compromisso de Cessação[29] firmado entre Cade e Globosat no mercado de conteúdo televisivo,

[25] Ato de Concentração 08700.005719/2014-65, julgado em 11/02/2016.

[26] Vide http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/negocios/20160429/rumo-all-comeca-voltar-aos-trilhos/367814. Acesso em 07/09/2017.

[27] Ato de Concentração 08700.004860/2016-11, julgado em 22/03/2017.

[28] Ato de Concentração 08700.006723/2015-21, julgado em 11/05/2016.

[29] Requerimento 08012.003048/2001-31, homologado em 27/02/2007.

a contenção de discriminação nesse setor tem sido pensada e revisada.

3.3. Reprovações

A mensagem menos desejável ao mercado é a reprovação de uma operação, o que pode se dar por duas razões principais. Uma delas é a cautela *pro societate* quando não há tempo ou condições ótimas para se chegar a um remédio eficaz, eficiente e efetivo; outra é a inviabilidade de se confeccionar qualquer tipo de remédio, dado o elevado grau de prejuízo social da operação. Em contextos de crise, o receio de reprovações é ainda mais iminente, considerando o patamar de concentração gerada a partir da junção de relevantes poderes de mercado detidos por grandes *players*[30].

Em termos estatísticos, o Cade teve menos de 1% de suas operações efetivamente reprovadas[31] – ou "não aprovadas tal como apresentadas", expressão que tem sido utilizada em algumas decisões.

Um dos principais casos de reprovação proibiu monopólio resultante da união das duas únicas produtoras nacionais de PVC, uma vez que não havia importações capazes de conter eventual abuso de poder de mercado perpetrado pela nova e única empresa resultante. Logo, a aquisição da Solvay pela sua principal concorrente Braskem[32] não foi autorizada pelo Cade por ausência de rivalidade efetiva e sem eficiências que justificariam tamanha concentração.

Na aquisição da Condor pela Tigre[33], a alta concentração de mercado no setor de materiais de pintura não pôde encontrar uma alternativa para aprovação da operação. O poder de portfolio da empresa resultante inviabilizou o desenho de um remédio eficiente sob o ponto de vista concorrencial e que, ao mesmo tempo, fosse comercialmente factível para os requerentes.

[30] ANDERS, Eduardo C.; MISALE, Guilherme T. C. Remédios Antitruste: Qual a Dosagem? Disponível em: <http://fcbnet.com.br/remedios-antitruste-qual-a-dosagem/>. Acesso em: 29 de set. 2017; OLIVEIRA, Marcelo Nunes de. Fusões e aquisições: insights sobre a atuação do Cade, 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/fusoes-e-aquisicoes-insights-sobre-a-atuacao-do-cade-03082017>. Acesso em: 29 de set. 2017.

[31] ANDERS, Eduardo C.; MISALE, Guilherme T. C. Remédios Antitruste: Qual a Dosagem? Disponível em: <http://fcbnet.com.br/remedios-antitruste-qual-a-dosagem/>. Acesso em: 29 de set. 2017; OLIVEIRA, Marcelo Nunes de. Fusões e aquisições: insights sobre a atuação do Cade, 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/fusoes-e-aquisicoes-insights-sobre-a-atuacao-do-cade-03082017>. Acesso em: 29 de set. 2017.

[32] Ato de Concentração 08700.000436/2014-27, julgado em 12/11/2014.

[33] Ato de Concentração 08700.009988/2014-09, julgado em 02/09/2015.

Adicionalmente, o Cade entendeu que o consumidor não seria beneficiado por eficiências originadas pela concentração, pois não foi demonstrado que os resultados positivos da operação não seriam apropriados unicamente pela adquirente.

Veto do Cade também foi dado a operação que envolvia ativos do ensino superior à distância e presencial. A aquisição da Estácio pela Kroton[34] serviu como limite ao crescimento por aquisições que vinha sendo realizado separadamente pelas duas empresas ao longo do tempo e que estava prestes a agregar 23% do mercado nacional de educação. Nem a venda de marcas fortíssimas detidas pelos dois agentes, aliadas a ativos de considerável relevância, foi suficiente, na visão do Cade, para sanar as distorções criadas pela operação.

O setor de combustíveis também passou por uma reprovação recente do Cade na proibição da compra da Alesat pela Ipiranga[35], impedindo esta última de ocupar a vice-liderança daquele setor. Apesar da oferta de venda de cerca de 65% da empresa adquirida[36], o Conselho vislumbrou a possibilidade de aumentar a já existente coordenação entre os agentes econômicos envolvidos na cadeia produtiva de combustíveis.

Por um lado, reprovações sucessivas podem sim representar maior rigor da autoridade, que acaba aproveitando sua experiência acumulada em sucessos e fracassos para casos futuros. Por outro lado, não se pode olvidar a maior complexidade das operações e o maior potencial anticompetitivo de concentrações incentivadas por tempos de crise. Em qualquer conceito, o remédio deve guardar nexo de causalidade com a operação, sem deixar de lado mecanismos factíveis de transparência, monitoramento, exequibilidade e implementação[37].

4. O que esperar?

A grande reflexão posta pela nova lei é: qual a dosagem de remédios

[34] Ato de Concentração 08700.006185/2016-56, julgado em 07/07/2017.

[35] Ato de Concentração 08700.006444/2016-49, julgado em 02/08/2017.

[36] WIZIACK, Julio; PAMPLONA, Nicola. Cade reprova por unanimidade compra da rede Ale pela Ipiranga. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/08/1906522-cade-reprova-por-unanimidade-compra-da-rede-ale-pela-ipiranga.shtml>. Acesso em: 30 de set. 2017.

[37] KOVACIC, William E. Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct. Connecticut Law Review, v. 31, p. 1285, 1998; HELLSTRÖM, P.; MAIER-RIGAUD, F. P.; BULST, F. W. Remedies in European Antitrust Law. Antitrust Law Journal, v. 76, n. 1, 2009.

diante da incerteza dos efeitos futuros de uma operação?[38] Remédios "amargos" são praticamente inevitáveis, todavia não podem pecar pelo excesso tampouco pela escassez em relação à cura necessária à moléstia.

O ponto de partida para toda a discussão é a obtenção de um diagnóstico claro e preciso sobre os aspectos que afligem a livre concorrência. A estabilização dos fatos sujeitos a controvérsia é um ponto sensível e chave para o sucesso do desenho dos remédios porque é ele quem determina o tipo de regra que deverá ser alterada ou mantida em prol da concorrência. São esses fatos que trazem à tona a relação de causalidade entre o problema e a solução: fornecem uma sinalização cristalina de que algo errado está acontecendo e convida as partes a trazerem uma solução conjuntamente com o Cade[39].

Os casos em que há desinvestimento passam sempre pelo dilema da falta de estabilização dos fatos que serão objeto de discussão de remédios. Há sempre um modelo econômico que aumenta ou diminui os números que refletem o grau de concentração e os negociadores se veem, à luz da proporcionalidade, em posição de constante oscilação em desenhar um remédio mais drástico ou mais ameno. É esse dilema sobre o momento de parar de discutir o mérito e começar a negociar remédios que requerentes e Cade precisam calibrar.

Mecanismos de arbitragem e arbitramento são uma novidade em sede de Cade, muito embora as empresas já estejam bem habituadas a utilizarem tais vias na solução privada de seus litígios. Esse tipo de remédio tem geralmente sido invocado para casos de discriminação, porém ainda há muito a evoluir quanto à formatação e à clareza das regras chanceladas pela autoridade que coibirão infrações desse jaez. Existem muitas dúvidas ainda sobre o sucesso ou o fracasso desse tipo de intervenção e se eles trarão mais benefícios que custos ao mercado. Esses mecanismos ainda não estão em seu desenho ideal e precisam de críticas, as quais são saudáveis e ajudarão a modelar um desenho cada vez mais adequado à realidade e à necessidade do mercado.

De fato, remédios mal calibrados podem causar um mal ainda maior que a concentração em si e é isso o que se precisa evitar[40]. E o equilíbrio é a

---

[38] ANDERS, Eduardo C.; MISALE, Guilherme T. C. Remédios Antitruste: Qual a Dosagem? Disponível em: <http://fcbnet.com.br/remedios-antitruste-qual-a-dosagem/>. Acesso em: 29 de set. 2017.

[39] MATTOS, César. Remédios em Atos de Concentração: a Experiência Internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, A. F. DE; RUIZ, R. M. (Eds.). . Remédios Antitruste. São Paulo: Singular, 2011.

[40] WANG, Wei. Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control. World Competition, v. 34, n. 4, 2011.

chave do sucesso[41]. Acontece que nem sempre esse equilíbrio é atingido em um primeiro momento: pode ser que o remédio seja adequado, mas precise de pequenos ajustes posteriores para que ele atinja o benefício almejado em sua plenitude. Contudo, esse ajuste não pode significar a completa reformulação do remédio, sob pena de se revisar completamente a operação e distorcer a sistemática legal de aprovação prévia disposta na Lei 12.529/11.

> Merger remedies as an instrument to restore effective competition post-merger enlarge the set of possible outcomes of a merger assessment. If the competition authority fails to find the right remedy for a competition problem, it not only reduces or even eliminates post-merger efficiencies but may also allow mergers under commitments which are harmful for consumers in the sense that the remedies are not effective in protecting competition. As a consequence, the design and implementation of suitable merger remedies are of major importance for a welfare-enhancing merger control procedure[42].

No fim das contas, remédios mostram ao requerente que uma dada concentração não é socialmente aceita e também servem para sinalizar ao mercado qual o tipo de roupagem de mercado que não é favorável à concorrência, dadas as falhas de mercado inerentes às arenas em que estão compradores e vendedores. O mecanismo de sinalização nem sempre é perfeito e geralmente decorre de processos de tentativa e erro, que são reproduzidos ciclicamente e são geradores de aprendizado. Um remédio pode ser deveras eficaz para um determinado mercado, porém totalmente inaplicável a outro: e isso nem sempre é conhecido *ex ante* e pode gerar um mal ainda maior que aquele originalmente formado pela configuração inicial da operação[43].

As redes contratuais não devem ser esquecidas. Mercados estanques ficaram no século passado e hoje passam por um *boom* tecnológico que impede a análise recortada de qualquer cadeia produtiva. O desenho dos remédios não pode mais passar pelas amarras tradicionais da venda de "pedaços" de empresas

---

[41] FLIGSTEIN, Neil. The Architecture of Markets: an Economic Sociology of Twenty-First Century Capitalist Societies. New Jersey: Princeton University Press, 2001, pp. 68-69.

[42] STEINER, Christian; HÜSCHELRATH, Kai; WEIGAND, Jürgen. Merger Remedies Involving Restructuring Costs in a Cournot Framework. Empirica, v. 38, n. 3, 2011.

[43] EPSTEIN, R. A. Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice: Why Less is More. Washington: The AEI Press, 2007, pp. 9-10; KOVACIC, William E. Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct. Connecticut Law Review, v. 31, p. 1285, 1998; MASON, Paul. Pós-Capitalismo: Um Guia para o Nosso Futuro. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, pp. 400-402.

com obrigações comportamentais pró-forma sem considerar as regras formais e informais obedecidas pelos atores econômicos[44].

Um questionamento importante que se deve ter em mente é: toda operação tem remédio? A princípio, não existe uma obrigação legal para que o Cade, com ou sem as partes, encontre uma solução para estancar a sangria concorrencial. Por sua vez, todo esforço é válido para alavancar o ambiente de negócios tão frágil quanto o brasileiro. Reprovações nem sempre são desejadas, mas são úteis para se repensar constantemente o modelo que vem sendo adotado no antitruste pátrio.

Os primeiros cinco anos se foram; os próximos cinco são bastante promissores em termos de criatividade de remédios e de novas perspectivas de solução de problemas difíceis.

5. Referências

ANDERS, Eduardo C.; MISALE, Guilherme T. C. **Remédios Antitruste: Qual a Dosagem?** Disponível em: <http://fcbnet.com.br/remedios-antitruste-qual-a-dosagem/>. Acesso em: 29 de set. 2017.

BAGNOLI, Vicente. A Defesa da Concorrência Diante das Concentrações Econômicas em Tempos de Crise. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. **Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência**. São Paulo: Atlas, 2010.

BARBIERI, Fabio. **A Economia do Intervencionismo**. São Paulo: Mises Brasil, 2013. E-book. ISBN: 978-85-8119-066-2.

BOWLES, Samuel. **Microeconomics: Behavior, Institutions and Evolution**. New York: Princeton University Press, 2004.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão**, 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC1022(01)&from=EN>. Acesso em: 07 de set. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão sobre as soluções passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho e do Regulamento (CE) n.° 447/98 da Comissão**, 2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-

[44] FLIGSTEIN, Neil. The Architecture of Markets: an Economic Sociology of Twenty-First Century Capitalist Societies. New Jersey: Princeton University Press, 2001, pp. 10-11.

content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52001XC0302(01)&from=EN>. Acesso em: 07 de set. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. **European Commission Note on Remedies Acceptable under Council Regulation**, 2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/remedies_notice_en.pdf>. Acesso em: 07 de set. 2017.

COMPETITION BUREAU CANADA. **Information Bulletin on Merger Remedies**, 2006. Disponível em: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02170.html>. Acesso em: 01 de set. 2017.

COMPETITION COMMISSION. **Merger Remedies: Competition Commission Guidelines**, 2008. Disponível em: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Guia_remedios_Competition_Commission-UK.pdf>. Acesso em: 05 de set. 2017.

DG-COMP. **Merger Remedies Studies**, 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf>. Acesso em: 05 de set. 2017.

EPSTEIN, R. A. **Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice: Why Less is More**. Washington: The AEI Press, 2007.

FLIGSTEIN, Neil. **The Architecture of Markets: an Economic Sociology of Twenty-First Century Capitalist Societies**. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GABAN, Eduardo. Brasil: **CADE Planeja Novo Guia para a Aplicação de Remédios no Controle de Estruturas**, 2015. Disponível em: <https://www.tauilchequer.com.br/brazil-cade-plans-new-guidelines-to-apply-antitrust-remedies-in-merger-control-04-06-2015/.>. Acesso em: 15 de set. 2017.

GABAN, Eduardo M. **Antitruste e MeA: novos critérios de incidência da lei antitruste e riscos no Brasil**, 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI153570,31047-Antitruste+e+MeA+novos+criterios+de+incidencia+da+lei+antitruste+e>. Acesso em: 25 de set. 2017.

HELLSTRÖM, P.; MAIER-RIGAUD, F. P.; BULST, F. W. Remedies in European Antitrust Law. **Antitrust Law Journal**, v. 76, n. 1, 2009.

ICN MERGER WORKING GROUP. **Merger Remedies Guide**, 2016. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pd

f>. Acesso em: 02 de ago. 2017.

KOVACIC, W. E. Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct. **Connecticut Law Review**, v. 31, p. 1285, 1998.

MAIER-RIGAUD, F. P. Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law. In: LOWE, P.; MARQUIS, M.; MONTI, G. (Eds.). . **European Competition Law Annual 2013**. Portland: Hart Publishing, 2016.

MASON, Paul. **Pós-Capitalismo: Um Guia para o Nosso Futuro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MATTOS, César. Remédios em Atos de Concentração: a Experiência Internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, A. F. DE; RUIZ, R. M. (Eds.). . **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

MILHAPUT, C. J.; PISTOR, K. **Law & Capitalism: What Corporate Crisis Reveal About Legal Systems Around the World**. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. New York: Cambridge University Press, 2004.

NORTH, Douglass. C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, v. 84, n. 3, 1994.

OCDE. **Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases**, 2011. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>. Acesso em: 05 de set. 2017.

OCDE. **Remedies in Cross-Border Merger Cases**, 2013. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf>. Acesso em: 07 de set. 2017.

OLIVEIRA, Amanda F. DE. Remédios Antitruste e o Ordenamento Jurídico Brasileiro: Primeiras Reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda F. DE; RUIZ, Ricardo M. (Eds.). . **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Nunes de. **Fusões e aquisições: insights sobre a atuação do Cade**, 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/fusoes-e-aquisicoes-insights-sobre-a-atuacao-do-cade-03082017>. Acesso em: 29 de set. 2017.

RODRIGUES, Eduardo F. **O Direito Societário e a Estruturação do Poder Econômico**. São Paulo: Singular, 2016.

ROTH, Alvin E. **Como Funcionam os Mercados: A Nova Economia das Combinações e do Desenho de Mercado**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

SCHAPIRO, Mario G.; BACCHI, Fabiana M. Análise dos Atos de Concentração no Brasil: Forma, Função e o Incrementalismo Reformista do CADE. In: SCHAPIRO, Mario G.; CARVALHO, Vinicius M.; Cordovil, Leonor. (Org.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Leonardo P. R. **Análise prévia do Cade gera preocupação entre empresários**, 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-nov-23/analise-previa-feita-cade-gera-preocupacao-entre-empresarios2>. Acesso em: 29 de set. 2017.

STEINER, Christian; HÜSCHELRATH, Kai; WEIGAND, Jürgen. Merger Remedies Involving Restructuring Costs in a Cournot Framework. **Empirica**, v. 38, n. 3, 2011.

WANG, Wei. Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control. **World Competition**, v. 34, n. 4, 2011.

WERDEN, Gregory J. Remedies for Exclusionary Conduct Should Protect and Preserve the Competitive Processo. **Antitrust Law Journal**, v. 76, n. 1, 2009.

WIZIACK, Julio; PAMPLONA, Nicola. **Cade reprova por unanimidade compra da rede Ale pela Ipiranga**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/08/1906522-cade-reprova-por-unanimidade-compra-da-rede-ale-pela-ipiranga.shtml>. Acesso em: 30 de set. 2017.