

IDEIAS EM COMPETIÇÃO 10 ANOS DO PRÊMIO IBRAC-TIM



IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

EDITORA SINGULAR

IDEIAS EM COMPETIÇÃO
10 ANOS DO PRÊMIO IBRAC-TIM
2010-2019

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

≡ TIM

IDEIAS EM COMPETIÇÃO
10 ANOS DO PRÊMIO IBRAC-TIM
2010-2019

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

TIM

EDITORASINGULAR

São Paulo
2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Lumos Assessoria Editorial

Bibliotecária: Priscila Pena Machado CRB-7/6971

I19 Ideias em competição – 10 anos do Prêmio IBRAC-TIM: 2015-2019 / [organização IBRAC.] – São Paulo: Editora Singular, 2020. 944 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-86352-15-3

1. Direito antitruste. 2. Concorrência. I. Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). II. Título.

CDD 343.810721

Revisão e diagramação: Microart Design Editorial

Capa: Dorival Lopes Filho

Tema da capa: ABSTRACT BANNER. Designed by freepik

Tratamento das Imagens do miolo: Marcos Jundurian

© desta edição [2020]

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

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

SUMÁRIO

Sobre os autores	11
Prêmio IBRAC-TIM	17
Prefácio Cade	25
Prefácio TIM	27
Prefácio IBRAC.....	29
O impacto de participações minoritárias sobre a concorrência: o caso do setor de produção de concreto da região sul do Brasil Carolina Policarpo Garcia	31
O estudo da <i>failing firm defense</i> , a partir da Lei de Falências, nos atos de concentração submetidos ao cade: a aplicação do princípio da preservação da empresa no controle de estruturas Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior	71
Da notificação de contratos de fornecimento e de distribuição ao sistema brasileiro de defesa da concorrência Paolo Zupo Mazzucato	107
Considerações sobre a aplicação do princípio do <i>ne bis in idem</i> em casos de cartéis internacionais no Brasil Natália de Lima Figueiredo	159
Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros Lívia Cristina Lavandeira Gândara de Carvalho.....	197
Poder de compra em análises de atos de concentração econômica – novos desafios no mercado brasileiro de bens duráveis Mário Sérgio Rocha Gordilho Júnior.....	215

Uma análise da recomendação da jurisprudência recente do CADE ao uso de triagem em casos envolvendo preço abusivo Kenys Menezes Machado	233
Termo de compromisso de desempenho em atos de concentração no Brasil: uma comparação com a experiência estrangeira Cristiane Landerdahl de Albuquerque	253
A defesa da concorrência no setor farmacêutico: litígios e acordos anti-concorrenciais..... Ricardo André Galendi Júnior	273
A economia política do antidumping no Brasil – proteção, concorrência e desempenho econômico Glaucio Avelino Sampaio Oliveira	293
Pressão por elevação de preços: um guia para profissionais de defesa da concorrência Sergio Aquino de Souza.....	311
Filtro georreferenciado para detecção de indícios de cartel no mercado varejista de combustíveis Tiarajú Alves de Freitas.....	329
Defesa comercial: uma análise antitruste das medidas de proteção à indústria Gabriela Adamo.....	347
<i>Gun-jumping</i> 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.....	363
Cartéis de exportação: uma análise do tratamento das isenções no contexto internacional Juliana Oliveira Domingues.....	381
O “E” escarlate da nova Lei de Defesa da Concorrência: notas interpretativas sobre o art. 36 da Lei 12.529/2011 Tomás Filipe Schoeller Borges Ribeiro Paiva.....	405

Propaganda <i>online</i> e privacidade: o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste Marcela Mattiuzzo.....	423
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 Nayara Mendonça Silva e Souza.....	445
A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial Marina Sampaio Galvani.....	469
Public Compensation In Brazilian Competition Law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement Adriano Camargo Gomes.....	491
Relação entre governança corporativa e antitruste: incentivos ao comportamento colusivo Ana Elisa Laquimia de Souza.....	511
Os limites da atuação do Cade no setor de saúde Kenys Menezes Machado.....	527
Ações coletivas [privadas] como instrumento de efetividade na defesa da concorrência: breve estudo comparado de uma lacuna na política antitruste brasileira Fernanda Mercier Farina.....	547
Apontamentos sobre o compartilhamento eficiente de informações entre concorrentes: a few remarks regarding the efficient exchange of information among competitors Ricardo Villela Mafra Alves da Silva.....	573
A quantificação econômica de danos decorrentes de cartel como instrumento de efetivação do papel dissuasor do dano moral coletivo: um estudo de caso do cartel de combustíveis em Guaporé – RS Vinícius Uler Lavorato.....	593
Cláusula de raio em contratos de locação por shopping centers como conduta anticompetitiva: metodologias de análise no contexto brasileiro Patrícia Serson Deluca.....	607

Aplicação da lei concorrencial com relação a preços excessivos: uma questão de política antitruste ou equidade? Ricardo Villela Mafra Alves da Silva.....	627
Fixação e sugestão de preços de revenda: principais efeitos concorren- ciais e distribuição do ônus de prova Ana Paula Paschoalini.....	645
As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil Giovana Vieira Porto.....	663
Concorrência potencial: teoria do dano ou futurologia? Marcelo Nunes de Oliveira.....	679
Para além do antitruste: a necessidade de um novo paradigma para a política de concorrência no Brasil Guilherme de Aguiar Falco	699
Análise dos remédios antitruste aplicados pelo Cade a partir da vigência da Lei 12.529/2011 Thaiane Vieira Fernandes de Abreu.....	725
A instrumentalização do <i>big data</i> para o exercício de poder de mercado Raquel Garcia Gripp Novaes.....	743
Uma pesquisa empírica sobre a cooperação internacional na Instrução dos atos de concentração transnacionais pelo Cade Isabela Maiolino.....	763
Ventriloquos antitruste no Brasil? Das participações minoritárias in- diretas de investidores institucionais em concorrentes (“common ownership”) Amanda Athayde Linhares Martins Rivera e Mônica Tiemy Fujimoto..	787
O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste Amanda Athayde Linhares Martins Rivera, Juliana Oliveira Domingues e Nayara Mendonça Silva e Souza.....	809

Ações reparatórias por danos concorrenciais: desafios do private enforcement brasileiro e novas perspectivas a partir do PLS 283/2016 Giulia Barbosa Lima.....	835
Atos de concentração verticais, efeitos unilaterais e coordenados: o que o Cade justifica em seus julgados? Vívian Salomão Ianelli	855
Block change: the fallacy of blockchain immutability and cartel governance Roberto D. Taufick	879
Concorrência ou cooperação entre bancos e fintechs no mercado de crédito?: Uma situação win-win para o bem-estar do consumidor brasileiro Lucas Caminha de Lima e Silva	899
Antitruste, regulação setorial e a nova política de desinvestimentos da Petrobras: instrumentos para promoção da concorrência no mercado de gás natural Lucas Griebeler da Motta	923

SOBRE OS AUTORES

Adriano Camargo Gomes: Advogado graduado pela Universidade Federal do Paraná e Mestre em Direito pela Universidade de Oxford, é atualmente Doutorando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo.

Amanda Athayde. 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). Servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC). De 2013 a 2017, foi Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste.

Ana Elisa Laquimia de Souza: Estudante do 5.º ano da Graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Assistente de pesquisa da Prof^a. Mariana Pargendler na Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas em 2012 e 2013. Intercambista com bolsa na Universidade de La Verne, na Califórnia, em janeiro de 2014. Ministrou atividades de monitoria nas disciplinas Regulação, Concorrência e Mercado (2014 e atual), Mercado de Capitais (2015) e Recuperação Judicial (atual). Ex-diretora de Projetos da SanFran Jr. Coautora do artigo Regulação e concorrência: um posicionamento do STJ, publicado nos portais Migalhas e Conjur. Estagiária na equipe de Direito Concorrencial no Barbosa, Müssnich, Aragão Advogados desde fevereiro de 2014.

Ana Paula Paschoalini: Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2009). Mestre em Direito Comercial na Universidade de São Paulo (2016). Advogada associada ao Stocche Forbes Advogados, com experiência na área de Direito Concorrencial.

Carolina Policarpo Garcia: Graduada em Economia pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo e Mestre em Economia pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, é atualmente Doutoranda em Economia na última instituição.

Cristiane Landerdahl de Albuquerque: Mestre em Economia pela Universidade Federal de Santa Catarina, é Coordenadora-geral de Análise Antitruste no CADE.

Fernanda Mercier Querido Farina: Doutoranda em Direito na Universidade de Oxford, Reino Unido (Centre for Socio-Legal Studies). Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (2014). Foi *Visiting Scholar* na Faculdade de Direito da Universidade de Columbia (Nova Iorque – 2012). Graduada, com honra, em Direito pela Pontifícia Universidade Católica em São Paulo (2010). Advogada no Farina, Sampaio, Suleibe e Giraldes Sociedade de Advogados.

Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior: Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Pós-graduado em Direito da Concorrência pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e em Direito Regulatório pela Universidade de Brasília, é atualmente Procurador Federal no CADE.

Gabriela Adamo: Graduada em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Mestranda em Direito Comercial nessa mesma Universidade, é Assistente Judiciária no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Giovana Vieira Porto. Estagiária no Gabinete do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo do CADE, de abril de 2015 a janeiro de 2016. Estagiária no Gabinete do Desembargador Italo Fioravanti do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de fevereiro a setembro de 2016. Participação no Programa de Iniciação Científica da Universidade de Brasília de 2016-2017, orientada pelo Professor da UnB e Conselheiro do CADE Paulo Burnier da Silveira. Estagiária no escritório Pinheiro Neto Advogados, na área de Direito da Concorrência e Compliance, de janeiro a setembro de 2017. Auxiliar jurídico no escritório Pinheiro Neto Advogados, na área de Direito da Concorrência e Compliance, desde setembro de 2017.

Giulia Barbosa Lima: Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Pernambuco (UPE). Participante do 39.º PinCade (Cade, Brasília, 2019). Participante do Central University of Finance and Economics 2019 Summer Camp (CUFE, Beijing, China, June 2019).

Glauco Avelino Sampaio Oliveira: Mestre em Economia e Doutor em Economia Política pela University of Southern California, é também Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Atualmente é membro da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental e atua como coordenador na Diretoria de Estudos Econômicos 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).

Isabela Maiolino: Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (2018-2020). Bacharela em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2017). Ex-servidora do Cade.

Juliana Domingues: Professora Doutora de Direito Econômico e de Direito Antitruste na FDRP/USP. Foi *Visiting Scholar* na Georgetown University com bolsa de pesquisa da American Bar Association – Antitrust Section (2018).

Juliana Oliveira Domingues: Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, é atualmente Professora Doutora na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Kenys Menezes Machado: Economista (UFBA). Mestre em Administração (UFBA) e Especialista em Defesa Econômica (FGV). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério do Planejamento. Superintendente Adjunto do Cade.

Kenys Menezes Machado: Graduado em Ciências Econômicas e Mestre em Administração pela Universidade Federal da Bahia, é também Pós-graduado em Defesa da Concorrência na Fundação Getulio Vargas e especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Governo Federal no CADE.

Livia Cristina Lavandeira Gândara de Carvalho: Advogada Graduada em Direito pela Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro.

Lucas Caminha de Lima e Silva: Advogado responsável pelo Societário do Banco BOCOM BBM S.A (*in-house counsel*). Membro da Comissão de Direito da Concorrência da OAB/RJ (2019-2021). Mestrando em Empresa e Atividades Econômicas na UERJ (2018-2019). Graduado em Direito pela UFRJ (2017).

Lucas Griebeler da Motta: Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Advogado associado do escritório Levy & Salomão Advogados.

Marcela Mattiuzzo: Estudante de Direito na Universidade de São Paulo, fez intercâmbio em Direito na Universidade de Zurique, participou da Escola de Formação SBDP em 2011 e atualmente é assistente de pesquisa na Fundação Getulio Vargas.

Marcelo Nunes de Oliveira: Graduado em Administração de Empresas pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Defesa da Concorrência pela Fundação Getulio 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.

Marina Sampaio Galvani: Advogada da área litígios complexos de Mattos, Muriel, Kesterner, possui Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Pós-Graduação em Responsabilidade Civil na Fundação Getulio Vargas.

Mário Sérgio Rocha Gordilho Júnior: Economista, é especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental e em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getulio Vargas e em Defesa da Concorrência pela GVLaw.

Mônica Fujimoto: Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestranda em Direito na Universidade de Brasília (UnB), na linha de pesquisa Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação. É Analista Antitruste da coordenação responsável pela investigação de cartéis em licitações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, onde trabalha desde 2016.

Natália de Lima Figueiredo: Advogada em Direito Concorrencial e Direito do Comércio Internacional em São Paulo, é Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

Nayara Mendonça Silva e Souza. Advogada. Pós-graduanda em Direito dos Negócios pela FGV Direito Rio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com período de intercâmbio acadêmico na Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Primeira colocada no Prêmio IBRAC-TIM 2014 e Menção Honrosa no Prêmio SEAE 2014. Atuou como Assistente no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Gabinete do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo e como estagiária na Autorité de la Concurrence – Paris.

Nayara Mendonça Silva e Souza: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e ex-estagiária da Autorité de la Concurrence em Paris, é atualmente assistente do Conselheiro Gilvandro Araújo no CADE.

Paolo Zupo Mazzucato: Advogado, Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais, é Professor na Faculdade de Direito Milton Campos e Presidente da Comissão de Estudos do Direito da Concorrência e da Regulação Econômica da OAB/RJ.

Patrícia Serson Deluca. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), Pós-graduanda em Economia (CEABE

– Master in Business Economics) pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV – EESP), Advogada, integra atualmente a equipe de Direito Econômico do escritório Cascione, Pulino, Boulos & Santos Advogados, com foco em Direito Concorrencial e Defesa Comercial

Raquel Garcia Gripp Novaes. Graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Atividade Profissional: GT Lawyers – Escritório de Advocacia Franco-Brasileiro São Paulo, SP 07/2018 – Presente – Advogada Júnior na equipe de Direito Societário BMA – Barbosa, Mussnich e Aragão Advogados São Paulo, SP 04/2017 – 04/2018 – Estágio na equipe de Direito Concorrencial Demarest Advogados São Paulo, SP 10/2016 – 04/2017 Estágio na equipe de Direito Societário e M&A TozziniFreire Advogados São Paulo, SP 04/2016 – 10/2016 Estágio na equipe de Direito Concorrencial Stocche Forbes Advogados São Paulo, SP 07/2014 – 06/2015.

Ricardo André Galendi Júnior: Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva Mestrando em Direito pela University of California, Los Angeles. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Empresa e Atividades Econômicas). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva: Advogado com atuação nas áreas de direito concorrencial e societário, é Graduado em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva: Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Empresa e Atividades Econômicas). Membro do Grupo de Pesquisa Empresa e Atividades Econômicas – UERJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Roberto Domingos Taufick: Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Direito, Ciência e Tecnologia, Stanford Law School, 2015 Gregory Terrill Cox Summer Research Fellow, John M. Olin Program in Law and Economics, Stanford University. Trabalhos reconhecidos nacional e internacionalmente, dois deles finalistas do Prêmio *best soft law* em 2019 do Concurrences' Antitrust Writing Awards.

Sergio Aquino de Souza: PhD em Economia pela Pennsylvania State University, é Professor no Curso de Pós-Graduação em Economia e no Departamento de Teoria Econômica da Universidade Federal do Ceará. Foi o primeiro Economista-Chefe do CADE, cargo no qual permaneceu de 2009 a 2010.

Thaiane Vieira Fernandes de Abreu. Formada pela Universidade de Brasília em 2017 e atuando como advogada. Ganhadora de Bolsa Santander Luso-brasileira 2015 para estudar em Lisboa por um semestre. Estágio de verão no escritório português Rebelo de Sousa, na área de Direito da Concorrência e Direito da União Europeia.

Tiarajú Alves de Freitas: Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande, Mestre em Economia pela Universidade Federal do Ceará e Doutor em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é Professor Adjunto na Universidade Federal do Rio Grande.

Tomás Filipe Schoeller Borges Ribeiro Paiva: Advogado especialista em Direito da Concorrência e Direito Regulatório, é Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa e Doutorando em Direito do Estado pelas Universidades de São Paulo e Paris I – Panthéon-Sorbonne.

Vinícius Uler Lavorato. Graduando em Direito pelo Instituto de Educação Superior de Brasília IESB com período sanduíche no Centro de Enseñanza Técnica y Superior CETYS no México e em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília. Bolsista do CNPq em 2015/2016, na modalidade de Iniciação Científica, na linha de pesquisa de acesso ao direito e à justiça da população LGBT e bolsista do Programa de Iniciação Científica do IESB em 2013/2014.

Vívian Salomão Ianelli: Estudante do último semestre da graduação de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, iniciado em 2014. Estagiária no escritório de advocacia Veirano Advogados na área de Antitruste desde 2018. Participou, em 2019, do curso “Competition Law and Policy: Controlling Private Power” na London School of Economics em Londres/RU. Estagiária, entre 2017 e 2018, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Em 2016 participou da competição Willem C.S. Vis Moot, atuando como oradora nas simulações ocorridas em Viena, que tratam de arbitragem e comércio internacional.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2010-2019

PRÊMIO IBRAC-TIM 2010

GRADUAÇÃO

1.º Colocado

O impacto de participações minoritárias sobre a concorrência: o caso do setor de produção de concreto da região sul do Brasil

Carolina Policarpo Garcia

PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

O estudo da *failing firm defense*, a partir da lei de falências, nos atos de concentração submetidos ao CADE: a aplicação do princípio da preservação da empresa no controle de estruturas

Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior

2.º Colocado

Da notificação de contratos de fornecimento e de distribuição ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Paolo Zupo Mazzucato

3.º Colocado

Considerações sobre a aplicação do princípio do *ne bis in idem* em casos de cartéis internacionais no Brasil

Natália de Lima Figueiredo

PRÊMIO IBRAC-TIM 2011

GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros

Livia Cristina Lavandeira Gândara de Carvalho

PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Poder de compra em análises de atos de concentração econômica – novos desafios no mercado brasileiro de bens duráveis

Mário Sérgio Rocha Gordilho Júnior

2.º Colocado

Uma análise de recomendação da jurisprudência recente do CADE ao uso de triagem em casos envolvendo preço abusivo

Kenys Menezes Machado

3.º Colocado

Termo de Compromisso de Desempenho em atos de concentração no Brasil: uma comparação com a experiência estrangeira

Cristiane Landerdahl de Albuquerque

PRÊMIO IBRAC-TIM 2012

GRADUAÇÃO

1.º Colocado

A defesa da concorrência no setor farmacêutico: litígios e acordos anticoncorrenciais

Ricardo André Galendi Júnior

PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

A economia política do antidumping no Brasil – proteção, concorrência e desempenho econômico

Glauco Avelino Sampaio Oliveira

2.º Colocado

Pressão por elevação de preços: um guia para profissionais de defesa da concorrência

Sergio Aquino de Souza

3.º Colocado

Filtro georreferenciado para detecção de indícios de cartel no mercado varejista de combustíveis

Tiarajú Alves de Freitas

PRÊMIO IBRAC-TIM 2013

GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Defesa comercial: uma análise antitruste das medidas de proteção à indústria
Gabriela Adamo

PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

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

2.º Colocado

Cartéis de exportação: uma análise do tratamento das isenções no contexto internacional
Juliana Oliveira Domingues

3.º Colocado

O “E” Escarlata da Nova Lei de Defesa da Concorrência: notas interpretativas sobre o art. 36 da Lei 12.529/2011
Tomás Filipe Schoeller Borges Ribeiro Paiva

PRÊMIO IBRAC-TIM 2014

GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Propaganda *online* e privacidade – o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste
Marcela Mattiuzzo

PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

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
Nayara Mendonça Silva e Souza

2.º Colocado

A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial
Marina Sampaio Galvani

3.º Colocado

Public compensation in Brazilian competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement
Adriano Camargo Gomes

PRÊMIO IBRAC TIM 2015

GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Relação entre governança corporativa e antitruste: incentivos ao comportamento colusivo
Ana Elisa Laquimia de Souza

PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Os limites da atuação do Cade no setor de saúde
Kenys Menezes Machado

2.º Colocado

Ações coletivas [privadas] como instrumento de efetividade na defesa da concorrência: breve estudo comparado de uma lacuna na política antitruste brasileira
Fernanda Mercier Querido Farina

3.º Colocado

Apontamentos sobre o compartilhamento eficiente de informações entre concorrentes
Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

PRÊMIO IBRAC TIM 2016

GRADUAÇÃO

1.º Colocado

A quantificação econômica de danos decorrentes de cartel como instrumento de efetivação do papel dissuasor do dano moral coletivo: um estudo de caso do cartel de combustíveis em Guaporé – RS

Vinicius Uler Lavorato

PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Cláusula de raio em contratos de locação por shopping centers como conduta anticompetitiva: metodologias de análise no contexto brasileiro

Patrícia Serson Deluca

2.º Colocado

The approach of antitrust law toward excessive pricing: a matter of policy or fairness?

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

3.º Colocado

Fixação e sugestão de preços de revenda: principais efeitos concorrenciais e distribuição do ônus de prova

Ana Paula Paschoalini

PRÊMIO IBRAC TIM 2017

GRADUAÇÃO

1.º Colocado

As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil

Giovana Vieira Porto

PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Concorrência potencial: teoria do dano ou futurologia?

Marcelo Nunes de Oliveira

2.º Colocado

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

Guilherme de Aguiar Falco

3.º Colocado

Análise dos remédios antitruste aplicados pelo Cade a partir da vigência da Lei 12.529/2011

Thaiane Vieira Fernandes de Abreu

PRÊMIO IBRAC TIM 2018

GRADUAÇÃO

1.º Colocado

A instrumentalização do *big data* para o exercício de poder de mercado

Raquel Garcia Gripp Novaes

PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Uma pesquisa empírica sobre a cooperação internacional na instrução dos atos de concentração transnacionais pelo Cade

Isabela Maiolino

2.º Colocado

Ventrílocos antitruste no Brasil? Das participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes (“Common Ownership”)

Amanda Athayde Linhares Martins Rivera e Mônica Tiemy Fujimoto

3.º Colocado

O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste

Pseudônimo: Fox

Amanda Athayde Linhares Martins Rivera, Juliana Oliveira Domingues e Nayara Mendonça Silva e Souza

PRÊMIO IBRAC-TIM 2019

GRADUAÇÃO

1º Colocado

Ações reparatórias por danos concorrenciais: desafios do private enforcement brasileiro e novas perspectivas a partir do PLS 283/2016

Giulia Barbosa Lima

1º Colocado

Atos de concentração verticais, efeitos unilaterais e coordenados: O que o Cade justifica em seus julgados?

Vívian Salomão Ianelli

PÓS-GRADUAÇÃO

1º Colocado

Block change: the fallacy of blockchain immutability and cartel governance.

Roberto Domingos Taufick

2º Colocado

Concorrência ou cooperação entre bancos e fintechs no mercado de crédito? Uma situação win-win para o bem-estar do consumidor brasileiro

Lucas Caminha de Lima e Silva

3º Colocado

Antitruste, regulação setorial e a nova política de desinvestimentos da Petrobras: instrumentos para promoção da concorrência no mercado de gás natural

Lucas Griebeler da Motta

PREFÁCIO CADE

Tenho a honra de prefaciá-lo este livro que, por diversas razões, é símbolo de um Brasil que funciona com excelência, estando na fronteira das melhores práticas internacionais. Com isso, tomo a liberdade de destacar o contexto no qual este livro foi criado, para mostrar que é uma obra que vale não apenas pelo conteúdo, de inegável qualidade, como também pelo que ele representa.

A primeira observação é que ele está associado ao 26.º Seminário Internacional de Concorrência do IBRAC. Em um país em que o direito concorrencial, de fato, começou a ganhar corpo em 1994, o IBRAC realizou seu 1.º Seminário de Direito da Concorrência Empresarial já no ano seguinte, e, desde então, anualmente, o evento vem engrandecendo nosso antitruste.

A segunda observação é sobre a exemplar parceria entre o IBRAC e o CADE. Um dos fortes motivos para o Direito Concorrencial no Brasil ter um reconhecimento internacional é o produtivo relacionamento entre o setor público e o setor privado, que ocorre de forma sinérgica e focada na persecução da excelência. Trata-se de um inegável *case* de sucesso, tanto pela longevidade quanto pelos resultados alcançados. O conhecimento comum gerado por servidores públicos, por profissionais da iniciativa privada e por membros da academia, nos referidos seminários e nas publicações, é apenas um dos exemplos desses ganhos.

A terceira observação é que o livro é fruto de uma premiação, organizada pela parceria entre IBRAC e TIM, que colabora muito para incentivar a pesquisa científica sobre o direito antitruste no Brasil, tanto por parte de profissionais como por parte de estudantes. Constam, desta obra, os melhores artigos ao longo de 10 anos, o que indica a sua importância.

A quarta observação é que não apenas se trata de artigos destacados, mas de estudos sobre um ramo jurídico e econômico que está bem alinhado com as melhores práticas internacionais. Assim, resalto que efetivamente são textos de qualidade comparável às melhores pesquisas no mundo.

Com base nessas observações sobre o contexto, podemos concluir que a obra, por si só, garante sua grande qualidade. Gostaria de fazer comentários acerca de cada um dos artigos, mas como falamos de 41 trabalhos, abordando diversos temas, apenas deixo para o leitor focar no que lhe é de seu interesse. Certamente ninguém deixará de ser bem atendido pela obra.

Concluindo, trata-se de coletânea indispensável para aqueles que atuam ou são interessados pela Defesa da Concorrência. Aproveito para congratular

o IBRAC e a TIM pela parceria de 10 anos e pela contribuição de ambos para o desenvolvimento de nossa área no País, o que, sem dúvidas, colabora muito para o bem-estar de toda a nossa sociedade.

Desejo a todos ótimos estudos!

Alexandre Barreto de Souza

Presidente do Cade

PREFÁCIO TIM

Há alguns anos, surgiu a ideia de iniciar uma parceria com o Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC, fomentando o primeiro Prêmio IBRAC – TIM com o tradicional concurso nacional de monografias sobre defesa da concorrência.

Desde aquela primeira edição em 2010, já se passaram 10 anos, com mais de 400 trabalhos preparados por estudantes de graduação e pós-graduação/profissionais, e diversas premiações, incluindo inscrições e suporte para participar do Antitrust Spring Meeting, organizado pela American Bar Association.

A livre competição está no DNA da TIM e, contribuir para a promoção da concorrência no Brasil, é um prazer e uma honra para a empresa. Como é sabido, um mercado competitivo é imprescindível para o bom e eficiente funcionamento da economia, e o fomento à pesquisa e a estudos em antitruste tende a apenas contribuir para o desenvolvimento do país.

Nas primeiras edições do Prêmio, ainda se discutia a transição da política antitruste para o novo regime legal da Lei n.º 12.529/11, e havia diversas dúvidas e expectativas com questões que hoje já parecem triviais, como a notificação ex-ante de atos de concentração e até mesmo o arranjo institucional do “novo CADE”.

O tempo e a experiência mostraram que o caminho estava certo, e que a atuação do CADE e da comunidade antitruste, sob o regime das agora consolidadas legislação e práticas, tem se mostrado altamente eficiente, tendo a autarquia se destacado, inclusive, como uma das autoridades de defesa da concorrência mais reconhecidas internacionalmente.

Atualmente, novos desafios surgem para a política e o enforcement antitruste, sobretudo com o advento da economia digital, com os novos modelos de negócio e a definição de novos mercados que a constante inovação, principalmente a ampliação das fronteiras tecnológicas, está promovendo. E, neste sentido, a comunidade antitruste brasileira participa e contribui com grande qualidade nos fóruns institucionais para com o intenso debate econômico, jurídico e institucional.

O primeiro volume desta obra, lançado em 2015, contemplava os 20 artigos premiados nos 5 primeiros anos do Prêmio IBRAC – TIM. Agora, passados novos 5 anos, a publicação deste novo volume traz mais 21 artigos premiados desde então, além de uma versão virtual consolidada com todos os

41 trabalhos, muitos dos quais escritos por autores que se destacaram neste período pelos excelentes percursos acadêmicos e profissionais.

Se o Prêmio IBRAC-TIM conseguiu representar nesta década um estímulo para a cultura da concorrência, atingiu seu objetivo primário. Temos muita satisfação em registrar isso neste livro dedicado ao Direito Concorrencial no Brasil, e esperamos contribuir ainda mais no futuro.

Desejamos uma boa leitura!

Mario Girasole

Vice-Presidente de Assuntos Regulatórios e Institucionais da TIM

PREFÁCIO IBRAC

Em novembro de 2019, durante a 25ª edição do Seminário Internacional do IBRAC, realizada em Campinas, autores das categorias “graduação” e “profissionais” foram premiados pela *décima vez* como resultado da frutífera parceria entre o Instituto e a TIM, fomentando a produção acadêmica na área da concorrência desde outubro de 2010.

A presente obra reúne trabalhos selecionados entre os melhores pelas comissões examinadoras do Concurso de Monografias sobre Defesa da Concorrência na última década. São 41 “ideias em competição” – inéditas e originais quando de seu lançamento.

Entre 2010 e 2019, grupos interdisciplinares de avaliadores selecionaram textos sobre participações minoritárias, *failing firm defense*, contratos de fornecimento e distribuição, cartéis sob diversos aspectos, responsabilidade civil concorrencial e reparação de danos, poder de compra, preços abusivos e aumentos de preços, acordos em atos de concentração, cooperação internacional, atos de concentração verticais, *gun jumping*, programa de leniência, compartilhamento de informações entre concorrentes, cláusulas de raio, fixação de preços de revenda, concorrência potencial, advocacia da concorrência, *big data*, exclusividade, empresas *maverick*, *blockchain* e remédios.

Foram discutidas as interfaces entre concorrência, de um lado, e matérias como defesa comercial, privacidade, governança corporativa e direito trabalhista, de outro. Houve abordagens gerais e estudos sobre a concorrência em setores específicos, tão diversificados como a indústria farmacêutica, serviços de saúde, varejo de bens duráveis, a indústria de concreto, publicidade online, mercados de combustíveis, gás natural, shopping centers, serviços financeiros e crédito.

Os temas mantêm-se atualíssimos. Há trabalhos escritos nos primeiros anos do prêmio que se mantêm lançando luz sobre problemas recentes. E o registro histórico de discussões hoje superadas (temporária ou definitivamente) é fundamental para a compreensão da política de concorrência praticada hoje pelas autoridades administrativas e judiciais. Isso faz deste novo livro uma preciosa coletânea!

Nesse contexto tão rico, é um imenso prazer dar continuidade ao trabalho iniciado e executado magistralmente pelas gestões anteriores do IBRAC, com a publicação deste segundo volume de Ideias.

Na impossibilidade de agradecer nominalmente a todos os envolvidos ao longo dos últimos 10 (dez) anos, homenageamos:

- a TIM, nas pessoas de Mario Girasole, Vice-Presidente e grande entusiasta desse projeto, e Marcelo Mejias, Head de Inteligência Regulatória;
- os associados e colaboradores do IBRAC que se engajaram nos trabalhos, nas pessoas dos Presidentes Marcelo Calliari, Tito Andrade, Cristianne Zarzur, Eduardo Caminati e Marcio Bueno, e nos diretores e editores da Revista do IBRAC Guilherme Ribas e Mariana Villela; e
- o CADE, que vem contribuindo consistentemente para a divulgação do concurso, e cujos quadros são sempre representativos entre os premiados, na pessoa do atual Presidente, Alexandre Barreto, que ainda nos honra com o prefácio desta obra.

Que venham mais 10 anos do Prêmio IBRAC-TIM!

Lauro Celidônio Neto

Diretor-Presidente do IBRAC

Priscila Brolio Gonçalves

Diretora de Publicações do IBRAC

O IMPACTO DE PARTICIPAÇÕES MINORITÁRIAS SOBRE A CONCORRÊNCIA: O CASO DO SETOR DE PRODUÇÃO DE CONCRETO DA REGIÃO SUL DO BRASIL

CAROLINA POLICARPO GARCIA

Resumo:

O objetivo deste trabalho é verificar quais os impactos sobre a concorrência de participações minoritárias entre firmas rivais. Recentemente, foi proposto na literatura um indicador que é uma extensão do HHI (Herfindahl-Hirschman Index), índice largamente utilizado. O MHHI (Modified Herfindahl-Hirschman Index) é um índice de concentração que leva em consideração participações minoritárias entre as firmas rivais. A aplicação do MHHI foi realizada nos casos já julgados do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) do setor de produção de concreto da região Sul do Brasil. Os resultados obtidos indicam que a presença de ligações estruturais entre firmas rivais causa efeitos adversos sobre a concorrência. Tais prejuízos se intensificam quanto maiores forem os market shares das firmas rivais e o poder de controle que a firma adquirente tem sobre a adquirida. Porém, quando essas ligações são ignoradas ou consideradas como fusões completas, tais prejuízos são subestimados ou superestimados, respectivamente. Assim, conclui-se que o MHHI se apresenta como indicador de concentração mais adequado na presença de participações minoritárias entre firmas rivais.

1. Introdução

Este trabalho tem como objeto o estudo da aquisição de participações minoritárias entre firmas rivais e suas consequências para a concorrência nos mercados afetados.

Em todo o mundo observa-se um rápido crescimento de aquisições de participações minoritárias entre firmas rivais. As principais perguntas que as autoridades de defesa da concorrência têm-se colocado são: Participações minoritárias entre firmas rivais podem gerar efeitos nocivos às práticas competitivas de mercado? Como avaliar esses efeitos?

Os efeitos da aquisição de participação minoritária em empresa rival dependem do poder de decisão que o minoritário obtém. Portanto, o elemento fundamental para a análise está na compreensão das mudanças de governança.

Um indicador importante de concentração e que é largamente utilizado é o Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI). Nesta pesquisa utilizar-se-á uma adaptação desse indicador que leva em conta participações minoritárias e que foi proposta recentemente na literatura.

O setor de produção de concreto da região Sul do Brasil, que vem sofrendo um processo de rápida concentração por meio de fusões e aquisições, ilustra bem as participações cruzadas entre empresas por meio de participações minoritárias. Dessa forma, as operações nesse mercado servirão como exemplo da discussão desenvolvida no trabalho. A ideia é identificar se a adoção do MHHI traria resultados diversos dos obtidos nesses casos de atos de concentração.

2. Revisão da literatura

Uma participação minoritária refere-se ao caso em que um acionista detém menos de 50% dos direitos de voto de uma companhia ou, de forma mais geral, uma quantidade não expressiva em termos de controle acionário (OECD, 2008, p. 4). À primeira vista, essas participações parecem inofensivas de uma perspectiva competitiva. No entanto, estudos econômicos recentes alertam para o fato de que, quando o investimento é realizado entre firmas competidoras, essa integração parcial pode restringir a competição entre as firmas assim estruturadas e resultar em efeitos negativos sobre a concorrência.

Não parece óbvio definir essas transações envolvendo participações minoritárias como fusões completas se os tomadores de decisão das firmas mantêm alguma independência. Também não parece óbvio estabelecer o mercado como competição perfeita após a transação, já que a participação minoritária pode afetar os incentivos dos proprietários.

A intuição pode sugerir que uma participação minoritária é menos problemática do ponto de vista competitivo do que uma fusão completa, dado que as partes podem continuar competindo após a transação. Contudo, essa intuição não é sempre correta. O'Brien e Salop (2000) mostraram que essa integração parcial pode ocasionar prejuízos à concorrência maiores ou menores do que nos casos de fusões completas. Essa conclusão parece surpreendente, dado que uma participação minoritária parece alinhar menos os interesses das partes do que alinharia no caso de uma fusão completa.

Os efeitos competitivos da aquisição de participação minoritária em empresa rival dependem do poder de controle que o minoritário obtém. O

grau de controle determina a capacidade que o acionista tem de interferir nas decisões estratégicas da firma em que tem participação. Quanto maior o controle maior a probabilidade de alinhamento das estratégias das firmas e, conseqüentemente, maiores os prejuízos à concorrência. Portanto, o elemento fundamental para a análise está na compreensão das estruturas de governança.

2.1 Fundamentos de organização industrial

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) adota um sistema de controle de atos de concentração econômica por meio da Lei 8.884/1994. Segundo o § 3.º do art. 54 da referida lei, atos de concentração compreendem ações “que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário que implique participação de empresas ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”.

A abordagem tradicional para análise dos atos de concentração está centrada na metodologia estrutura-conduta-desempenho, que estabelece que a estrutura de mercado determina a conduta das firmas, que por sua vez determina o desempenho do mercado. Como essa relação causal é considerada estável, há ligação direta entre estrutura e desempenho, cujas variáveis são mais facilmente observáveis (Church e Ware, 2000, p. 425).

Essa abordagem seria a base do *Guia para Análise dos Atos de Concentração Horizontal no Brasil*, adotado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pela Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) em 2002 (Farina e Nunes, 2006, p. 49), de modo que a concentração tem papel fundamental na análise dos casos, mesmo considerando os possíveis ganhos de eficiência pós-fusão.

Cowling e Waterson (1976) derivaram um modelo que explicita a relação entre estrutura e desempenho, relacionando mudanças na relação entre margem e preço a mudanças na concentração. Tal modelo é apresentado na seção a seguir.

2.1.1 Relação entre estrutura e desempenho – Cowling e Waterson (1976)

Considere uma indústria com n firmas produzindo um produto homogêneo. A função lucro para a i -ésima firma pode ser escrita como:

$$(1) \pi_i = pX_i - c_i(X_i) - F_i$$

em que π_i é o lucro, X_i a produção da firma i , p o preço, c_i o custo variável da firma i e Fi o custo fixo da firma i . A função de demanda inversa é dada por:

$$(2) \quad p = f(X) = f(X_1 + X_2 + \dots + X_n).$$

Partindo do pressuposto de que as firmas maximizam lucro e ignoram potenciais entrantes, a condição de primeira ordem será:

$$(3) \quad \frac{d\pi_i}{dX_i} = p + X_i f'(X) \frac{dX}{dX_i} - c'_i(X_i) = 0,$$

em que $\frac{dX}{dX_i} = 1 + \frac{d\sum_{j \neq i} X_j}{dX_i} = 1 + \lambda_i$.

Multiplicando (3) por X_i e somando para as n firmas, temos:

$$(4) \quad \sum pX_i + \sum X_i^2 f'(X)(1 + \lambda_i) \frac{X^2}{X^2} - \sum c'_i(X_i)X_i = 0$$

Rearranjando (4), encontramos:

$$(5) \quad \sum pX_i - \sum c'_i(X_i)X_i = -\sum \left(\frac{\lambda_i}{X} \right) f'(X)X^2(1 + \mu),$$

em que: $\mu = \frac{\sum_{i=1}^n \lambda_i X_i^2}{\sum_{i=1}^n X_i^2}$.

Dividindo (5) por PX e rearranjando novamente os termos, chegamos à seguinte equação:

$$(6) \quad \sum_{i=1}^n \frac{s_i(p - c'_i)}{p} = -\frac{(1 + \mu)}{\varepsilon} \sum_{i=1}^n s_i^2,$$

em que s_i é a participação de mercado da firma i , definida por $\frac{X_i}{X}$. O lado esquerdo da equação é a média ponderada do índice de Lerner de cada uma

das firmas. O índice de Lerner é uma medida de poder de mercado da firma e é definido por:

$$(7) \quad L = \frac{p - c'_i}{p}.$$

Por meio da equação (6), podemos definir também o Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI):

$$(8) \quad HHI = \sum_{i=1}^n s_i^2.$$

O HHI é um índice amplamente aceito como medida de concentração de mercado. É calculado pela soma dos quadrados das participações de mercado de cada uma das firmas da indústria. O HHI leva em consideração o tamanho relativo e a distribuição das firmas no mercado. O índice se aproxima de zero quando o mercado é fragmentado. O HHI aumenta tanto quando o número de empresas no mercado diminui, como quando a disparidade de participação de mercado entre essas empresas aumenta.

Assim, podemos reescrever a equação (7):

$$(9) \quad \sum_{i=1}^n \frac{s_i(p - c'_i)}{p} = \frac{HHI(1 + \mu)}{\varepsilon}$$

A relação encontrada por Cowling e Waterson (1976), descrita pela equação (9), nos diz que quanto maior o índice de concentração de Herfindahl-Hirschman, maior a média ponderada do índice de Lerner. Esse resultado corrobora a visão estrutural de que maior concentração resulta em maior poder de mercado, o que justificaria o estabelecimento de níveis de concentração que demarcassem a probabilidade do exercício de poder de mercado, como ocorre no *Guia para Análise dos Atos de Concentração Horizontal no Brasil*.

Por outro lado, a abordagem “moderna” da análise dos atos de concentração refere-se à adoção de modelos de oligopólio que incorporam diversas formas de interdependência entre rivais, em vez de uma análise fortemente dependente da análise da concentração. Nesse caso, as fusões devem ser analisadas dentro de uma perspectiva de equilíbrios de mercado (Farina e Nunes, 2006, p. 50).

Há várias formas de uma empresa se comportar em um ambiente oligopolista, de modo que a questão mais importante nesse tipo de estrutura diz respeito às interações estratégicas entre as firmas componentes do mercado.

Uma estratégia oligopolística de especial interesse para o presente estudo é o caso em que, simultaneamente, cada firma tem de prever a escolha de produção das rivais e, com base nessa previsão, escolher a quantidade a ser produzida. Esse modelo é conhecido como *modelo de Cournot*.

Modelo de Cournot

Para efeito de simplificação, suponha que existem apenas duas empresas no mercado, denominadas 1 e 2, e que a empresa 1 espera que a empresa 2 produza X_2^e unidades. Se a empresa 1 decidir produzir X_1 unidades, ela esperará que o total produzido seja $X = X_1 + X_2^e$, e que essa produção gere um preço de mercado $p(X) = p(X_1 + X_2^e)$. Logo, o problema de maximização de lucro da empresa 1 será:

$$\max_{X_1} p(X_1 + X_2^e)X_1 - c(X_1).$$

Há uma relação funcional entre a produção esperada da empresa 2 e a escolha ótima da empresa 1, que pode ser representada como $X_1 = f_1(X_2^e)$. Essa função de reação fornece a escolha ótima de uma empresa como função de suas expectativas sobre a escolha da outra empresa.

Uma combinação de produção (X_1^*, X_2^*) , de modo que o nível ótimo de produção da empresa 1, supondo que a empresa 2 produza X_2^e , seja de X_1^* e que o nível ótimo de produção da empresa 2, supondo que a empresa 1 permaneça em X_1^* , seja de X_2^* , é conhecida como *equilíbrio de Cournot*. Cada empresa maximiza seus lucros de acordo com suas expectativas de produção da outra empresa, e essas expectativas são confirmadas. Desse modo, as escolhas de produção satisfazem:

$$\begin{aligned} X_1^* &= f_1(X_2^*) \\ X_2^* &= f_2(X_1^*). \end{aligned}$$

Num equilíbrio de Cournot, nenhuma empresa achará lucrativo mudar sua produção, uma vez que descubra a escolha realmente feita pela outra empresa.

Com base no modelo de Cournot e produtos homogêneos, Farrell e Shapiro (1990) mostraram que a mudança no HHI varia na direção correta da mudança de bem-estar, se não houver ganhos de eficiência entre as firmas

fusionadas. Os autores mostraram também que a quantidade produzida pela firma fusionada será menor, e a quantidade da não fusionada será maior.

Esses resultados corroboram o fato de que, embora fatores como rivalidade, entrada e inovação devam ser considerados nas análises de fusões, o nível de concentração continua desempenhando papel central no antitruste. Assim, fundamenta-se a utilização de índices de concentração, tal como o HHI, para avaliar os possíveis efeitos de uma fusão.

2.2 *Distinção entre interesse financeiro e controle corporativo*

Visando avaliar quais os possíveis efeitos anticompetitivos das participações minoritárias, O'Brien e Salop (2000, p. 562) argumentam que tais efeitos dependem de dois elementos distintos: interesse financeiro e controle corporativo. O interesse financeiro se refere ao direito de receber uma parcela dos lucros da firma em que se tem participação. Controle corporativo se refere à habilidade de controlar ou influenciar as decisões competitivas da firma, inclusive preços e produção, bem como a oferta de ações da companhia.

Nas estruturas em que estão presentes as participações minoritárias não necessariamente o agente que tem o interesse financeiro possui também o controle corporativo. Considere-se, por exemplo, uma firma com apenas dois acionistas, um com participação de 51% e o outro com participação de 49%. Embora a parcela de lucro dos dois agentes seja praticamente a mesma, o acionista majoritário pode ter total controle sobre as decisões. Isso pode não fazer diferença se os interesses dos dois acionistas estiverem perfeitamente alinhados, mas seguramente faz diferença se os interesses não estiverem alinhados por alguma razão.

Geralmente, um grande interesse financeiro vem acompanhado de um grande controle corporativo. Isso é certamente verdade quando comparamos indivíduos com participações majoritárias e minoritárias. Quando não há um acionista majoritário, os maiores acionistas minoritários podem ter um controle desproporcional, como resultado, por exemplo, de sua habilidade de formar coalizões de voto que podem controlar as estratégias.

No mundo moderno, as corporações apresentam estruturas financeira e corporativa bastante complexas, em que há, por exemplo, distinção entre ações com e sem direito a voto. No caso de ações sem direito a voto, o acionista tem o interesse financeiro, mas não o controle corporativo. Essa estrutura pode conduzir a uma situação em que o acionista com minoritário interesse financeiro controla a firma. A emissão de múltiplas classes de ações que diferem no poder de voto contribui para que acionistas minoritários tenham controle, por exemplo.

2.3 *Condutas unilaterais e coordenadas*

A despeito do ceticismo de Areeda e Turner (O'Brien e Salop, 1980), que concluíram que uma “aquisição sem controle não traz perigo intrínseco à concorrência”¹ (tradução livre), posteriormente, uma série de outros autores, tais como Reynolds e Snapp (1986), Bresnahan e Salop (1986), O'Brien e Salop (2000), Ezrachi e Gilo (2006) entre outros e, inclusive, entidades governamentais, tal como a OECD (2008), mostraram-se não somente preocupados com os possíveis efeitos sobre a concorrência das participações minoritárias como alguns também provaram a existência de tais efeitos em determinadas condições.

Os incentivos para condutas anticompetitivas podem ser unilaterais ou coordenados e surgem, principalmente, devido à transparência de informações estratégicas advindas da estrutura gerada pela participação minoritária.

No caso de ações unilaterais, o minoritário utiliza as informações adquiridas da firma em que tem participação para adequar suas estratégias de mercado de acordo com a estratégia adotada pela firma rival. No entanto, ainda que a firma adquirente não obtenha informações estratégicas da firma adquirida, ela terá incentivos para mudar suas estratégias devido à correlação positiva entre os lucros das duas firmas.

Ações coordenadas podem surgir, principalmente, se a estrutura incorrer em participações cruzadas. A cooperação pode ser alcançada através da troca de informações sobre preços, custos e outras estratégias comerciais.

Tanto no caso das ações unilaterais como no caso de ações coordenadas os possíveis resultados são o aumento dos preços e/ou a redução da produção, além do risco de redução da qualidade, da variedade e do incentivo às inovações. Tais resultados implicam sempre redução do bem-estar econômico.²

As duas seções a seguir apontam como os incentivos econômicos das firmas mudam após as transações envolvendo participações minoritárias, e como esses incentivos promovem ações unilaterais e coordenadas.

2.2.1 *Incentivos econômicos para as condutas unilaterais*

Nos mercados com competição imperfeita, a decisão de uma firma acerca de um aumento de preço deve ser avaliada em termos dos custos e benefícios do aumento. O custo do aumento de preço deriva do fato de que alguns

1. Areeda, P.; Turner, D. F. *Antitrust law*, 1980, p. 322, *apud* O'Brien e Salop (2000, p. 562).
2. Se não houver barreiras insuperáveis à entrada de novos competidores, os efeitos serão de curto prazo.

consumidores deixarão de comprar o produto, ou o consumirão em menor quantidade, e os lucros dessas vendas serão perdidos. O efeito benéfico desse aumento de preço é que as vendas restantes contribuirão com uma parcela maior nos lucros. O efeito líquido nos lucros de um aumento de preços é a soma desses dois resultados.

Esses incentivos mudam quando uma firma adquire um concorrente ou parte dele (doravante denominados firmas “adquirente” e “adquirida”). Quando a firma adquirente opta pelo aumento de preço em sua própria firma, algumas das vendas perdidas serão desviadas para a firma adquirida, de modo que ela recupera parte dos lucros que havia perdido devido ao aumento do preço. É importante destacar que o incentivo unilateral que a firma adquirente tem para aumentar o preço não requer que ela tenha controle sobre a firma adquirida. O aumento unilateral de preço deriva simplesmente *do interesse financeiro* na firma adquirida, de modo que quanto maior o interesse financeiro na firma adquirida, maior o incentivo que a adquirente tem para aumentar o preço.

Quando a firma adquirente também tem o controle corporativo sobre a adquirida, os incentivos unilaterais da *firma adquirida* também mudam. De modo análogo aos incentivos da firma adquirente, quando a firma adquirida aumenta preço, algumas vendas serão desviadas para a adquirente, que aumentará seus lucros. Se a firma adquirente controla a adquirida, ela levará em conta esse acréscimo no lucro no momento da escolha do preço da firma adquirida.

O tamanho dos incentivos que a firma adquirida tem para aumentar o preço depende de a sua estrutura de governança, em particular do grau de controle que a firma adquirente tem sobre a firma adquirida. O grau de controle não é necessariamente proporcional ao interesse financeiro. Como mencionado anteriormente, um acionista com 49% de ações com direito a voto não tem controle em face de um acionista com 51% de ações com direito a voto. Mas um acionista com 25% de ações com direito a voto pode ter controle efetivo se todos os outros acionistas tiverem apenas 1% cada.

O grau de controle também é significativamente afetado pela estrutura de governança da firma adquirida e pelas restrições impostas pelas leis empresariais na jurisdição relevante. Por esse motivo, as análises envolvendo participações minoritárias devem estar atentas às estruturas de governança.

Em um extremo do conjunto de estruturas de controle corporativo está a ausência de controle, ou o que chamaremos simplesmente de interesse financeiro silencioso (*silent financial interest*). No outro extremo está o controle total da firma adquirida pela firma adquirente. Entre esses extremos encontram-

-se uma variedade de cenários de controle parcial. As estruturas conforme descritas por O'Brien e Salop (2000) estão apresentadas seguir.

- **Interesse financeiro silencioso**

Nessa estrutura a firma adquirente tem direito a receber uma parte dos lucros da adquirida, mas não tem nenhum controle ou influência sobre as decisões da firma adquirida. Nesse caso não há qualquer mudança nos incentivos da firma adquirida.

- **Controle total**

A firma adquirente tem controle total sobre as importantes decisões competitivas da adquirida. Isso ocorre nos casos de fusões completas, naturalmente, assim como em casos de participação majoritária, a menos que o controle seja restrito por leis corporativas, no caso deste último.

O controle total também pode ocorrer por meio de um interesse financeiro minoritário. Se o acionista minoritário tem uma participação relativamente grande quando comparada aos demais acionistas, o controle total pode surgir devido à incapacidade de os pequenos acionistas formarem uma coalizão capaz de bloquear as decisões do acionista dominante. Por outro lado, se a estrutura de governança requer votos supermajoritários (75%, por exemplo) para uma tomada de decisão, então acionistas minoritários têm o poder de bloquear qualquer proposta.

O controle total também pode surgir mesmo quando a firma adquirente tem um pequeno e não dominante interesse financeiro, e não é designada como parceiro operante. Isso pode ocorrer se a firma adquirente tem preferências medianas³ sobre as decisões competitivas chave. Nessa situação, o voto da adquirente pode ser decisivo sobre o resultado porque uma coalizão de votos majoritária pode ser formada para adotar sua alternativa mais preferida.

Se os demais fatores competitivos permanecerem constantes, sob as condições estabelecidas acima, os preços serão maiores e a produção menor. Esse resultado deriva de um efeito carona que surge porque a firma adquirente tem o benefício de a firma adquirida carregar um preço mais alto, mas paga apenas uma parte do custo. Um preço mais alto para a firma adquirida resulta em mais vendas para a adquirente. Quando a firma adquirente tem um grande interesse

3. Se pudéssemos representar as preferências de cada acionista como um número entre 0 e 1, em que perto do zero estão os acionistas que preferem uma determinada estratégia e perto do 1 estão os acionistas que preferem uma estratégia oposta, então o acionista mediano poderia formar uma coalizão com um dos dois grupos e adotar o resultado preferido.

financeiro, seu incentivo para aumentar o preço da adquirida é estrangido pelas vendas perdidas da firma adquirida. Contudo, se o interesse financeiro da firma adquirente é pequeno, esta pega carona nas perdas da firma adquirida que são suportadas essencialmente pelos outros acionistas.

- **Controle parcial**

O controle parcial compreende as estruturas em que a firma adquirente pode influenciar nas decisões da firma adquirida, mas não a controla totalmente. A influência de cada acionista é restrita apenas pelos outros acionistas da firma adquirida. Nesse contexto, muitos resultados são possíveis, e existe um número de cenários relevantes possíveis em relação ao controle parcial sobre a firma adquirida. O'Brien e Salop (2000) também delinearão alguns cenários em que há controle parcial da firma adquirente sobre a firma adquirida: obrigação fiduciária, controle conjunto coaseano (*Coasian joint control*), controle proporcional e controle unilateral (*one-way control*).

Os incentivos desses cenários intermediários sobre os preços ao consumidor variam em um contínuo. Os preços mais competitivos estão no caso da obrigação fiduciária, que pode replicar os incentivos do interesse financeiro, enquanto os preços do caso do controle conjunto coaseano podem replicar os preços de uma fusão. Controle proporcional e controle unilateral conduzem a resultados entre esses dois cenários extremos. Todos esses cenários de controle parcial geram incentivos competitivos maiores para a firma adquirida do que uma estrutura de controle total.

A descrição desses cenários encontra-se no quadro a seguir, conforme O'Brien e Salop (2000) propuseram.

Cenários de controle parcial

- **Obrigação fiduciária**

Obrigação fiduciária refere-se ao caso em que regras legais criam a obrigação de a firma servir aos interesses de todos os acionistas minoritários. Essa obrigação pode estar no estatuto da empresa, em leis corporativas ou nas leis antitruste. Ao tomar as decisões que afetam a firma adquirida, a mesa diretora deve ignorar os impactos das estratégias adotadas sobre a firma adquirente, mesmo que esta última tenha um interesse financeiro relativamente grande. Além disso, a firma adquirida deve ser gerenciada pela mesa como uma entidade independente. E ainda que a firma adquirente tenha o direito de apontar um ou mais membros da mesa diretora, esses membros não podem agir em prol apenas da firma adquirente. Assim, os incentivos competitivos da firma

adquirida são equivalentes aos incentivos presentes quando há apenas interesse financeiro.

- **Controle conjunto coaseano**

Nessa estrutura, os gestores da firma adquirente tentam maximizar os lucros conjuntos das firmas adquirente e adquirida, e os gestores da firma adquirida agem da mesma maneira. Desse modo, eles tomam as mesmas decisões que tomariam se as empresas fossem de fato fusionadas e dividem os lucros conjuntos de alguma maneira previamente acordada. Esse resultado é conhecido como “resultado coaseano”, pois satisfaz aos princípios do Teorema de Coase⁴ na ausência de custos de transação. Os incentivos competitivos para ambas as firmas são equivalentes àqueles encontrados em fusões.

- **Controle unilateral**

A firma adquirente tem poder suficiente para forçar a firma adquirida a maximizar os lucros conjuntos e não trapacear secretamente. A firma adquirente continua a agir em prol de seu próprio interesse, levando em conta o fato de ter apenas uma participação minoritária na firma adquirida. Essa estrutura conduz a um resultado mais competitivo que o resultado alcançado no controle conjunto coaseano. Isso ocorre porque a firma controladora não internaliza completamente o problema do efeito carona neste cenário, enquanto no controle conjunto coaseano os efeitos são internalizados completamente.

- **Controle proporcional**

Nesse caso a mesa diretora e os gestores da firma adquirente levam em conta os interesses de seus acionistas nas outras firmas. Contudo, em vez de maximizar os lucros conjuntamente, os interesses dos acionistas são levados em conta proporcionalmente aos seus respectivos interesses financeiros na firma adquirida. Se uma firma adquirente possui, por exemplo, 25% de interesse financeiro na firma adquirida, esta tomará as decisões sobre preços e produção como se tivesse 25% de participação na firma adquirente.

2.2.2 *Incentivos econômicos para ações coordenadas*

Uma outra questão que advém das participações minoritárias é que essas ligações estruturais podem facilitar ações coordenadas. A existência dessas ligações não é condição suficiente para concluir que a colusão é um provável

4. O Teorema de Coase nos diz que, na ausência de custos de transação, as partes irão negociar o resultado da maximização conjunta da riqueza, indiferentemente da alocação a ser adotada segundo os direitos legais.

resultado no mercado; no entanto, é necessário atentar para essas ligações estruturais em termos de incentivos e oportunidades para a coordenação.

Primeiramente, para que um acordo de coordenação seja bem-sucedido, a teoria econômica elenca três condições: (i) há concordância entre os participantes em relação aos termos do acordo; (ii) as condições de mercado devem ser transparentes a fim de que cada membro do cartel possa monitorar os demais participantes; (iii) a implementação de uma punição em caso de desvio de conduta deve ser crível.

Variáveis estruturais e de mercado também podem afetar as condições de implementação e estabilidade da coordenação, tais como número de competidores, barreiras à entrada, repetição da interação, grau de homogeneidade dos produtos e das firmas, elasticidade-preço da demanda e muitos outros fatores.

A participação minoritária é um fator estrutural que pode proporcionar ao seu proprietário acesso a informações estratégicas da firma adquirida. Essas informações podem facilitar a colusão e o monitoramento da aderência à uma conduta comum adotada. Se a participação minoritária é recíproca e interliga todos os competidores no mercado, a troca de informações e a possibilidade de coordenação aumentam substancialmente.

O grau de transparência no acesso às informações depende dos direitos associados àquela participação minoritária. Se a participação confere à firma adquirente direitos de controle, tal como apontar membros da mesa diretora ou de cargos executivos estratégicos da firma adquirida, o grau de transparência é alto. No entanto, ainda que a participação na rival seja apenas com interesse financeiro, sem nenhum controle, o acionista pode ter acesso a informações estratégicas. Essa transparência de informações pode facilitar a coordenação entre as firmas.

Outro fator facilitador do compartilhamento de informações pode ser a presença dos chamados “*interlocking directorates*”, como conhecidos na literatura internacional. A expressão diz respeito à presença de administradores, conselheiros ou, de alguma maneira, participantes de decisões estratégicas comuns a duas ou mais firmas que, do mesmo modo, têm acesso a importantes informações das firmas. Essa prática levanta questões acerca da qualidade e independência da tomada de decisão nas firmas interligadas.

O que ocorre na maioria dos casos é um controle parcial, em que o proprietário obtém informações gerenciais e pode influenciar nas decisões estratégicas comerciais da firma em que tem participação, ao mesmo tempo em que leva essa informação para a sua firma, aumentando a probabilidade de ação coordenada. A questão é que, mesmo nos casos de simples investimento

financeiro, tal estrutura pode gerar transparência de informações relevantes do ponto de vista competitivo entre as firmas ligadas.

2.3 Participações minoritárias: formalização do problema

Após descrever os incentivos econômicos que promovem ações unilaterais e coordenadas e que, conseqüentemente, originam os efeitos anticompetitivos das participações minoritárias, faz-se necessária a formalização do problema em questão.

Um dos primeiros trabalhos com foco na questão dos efeitos competitivos causados por participações minoritárias entre competidores foi o de Reynolds e Snapp (1986). Os autores apontaram que mesmo participações minoritárias relativamente pequenas podem causar efeitos competitivos substanciais, de modo que as autoridades antitruste devem examinar o *trade-off* entre aumentos de eficiência e redução da competitividade também nesses casos.

Suponha que existem n firmas no mercado, de modo que a firma i controla a produção X_i da planta i . Suponha que as plantas são idênticas, com custo marginal constante c e os produtos são homogêneos. Além disso, suponha que não existem possibilidades de novos entrantes. Desse modo, os lucros da i -ésima firma, π_i , podem ser definidos como:

$$(10) \quad \pi_i = \left(1 - \sum_k^{k \neq i} v_k \right) (p - c) X_i + \sum_k^{k \neq i} v_{ik} (p - c) X_k$$

em que p é o preço de mercado, c o custo marginal, X_i a produção controlada pela i -ésima firma, X_k a produção controlada pela k -ésima firma, v_k a participação da firma k na firma i e, finalmente, v_{ik} a participação da firma i na firma k .

Suponha agora, que V representa o conjunto de participações ligando as firmas, e que X_i é a decisão de produção da firma i resultante do equilíbrio de Cournot. Tomando as condições de primeira ordem e resolvendo para X_i , a produção de equilíbrio da firma i será:

$$(11) \quad \tilde{X}_i = \frac{c - p}{\partial p / \partial X_i} - \frac{V_i \tilde{X}_k}{1 - \tilde{V}_k},$$

em que $V_i = \sum_k^{k \neq i} v_k$ e $V_k = \sum_k^{k \neq i} v_k$. O primeiro termo contém a demanda e os custos determinantes da produção, e o segundo mostra os efeitos das participações. Participações na firma rival, ainda que minoritárias, podem

afetar as condições de produção de equilíbrio da firma i de duas maneiras. Primeiramente, diferenciando X_i com respeito à v_{ik} , encontramos o efeito de um aumento da participação da firma i nas outras firmas:

$$(12) \quad \frac{\partial X_i}{\partial v_{ik}} = -\frac{X_k}{1 - V_k}.$$

Dado que $\tilde{V}_k < 1$, o termo é negativo para $\tilde{v} > 0$, ou seja, um aumento de participação nas rivais conduz a firma i a desejar um nível mais baixo de produção das rivais. Segundo, diferenciando X_i com respeito à v_{ki} , encontramos o efeito na produção quando as outras firmas aumentam sua participação na firma i :

$$(13) \quad \frac{\partial X_i}{\partial v_{ki}} = -\frac{\tilde{V}_i X_i}{(1 - V_k)^2} < 0.$$

Se a firma i tem participação na rival, então ela vai desejar um nível mais baixo de produção se as rivais aumentarem a participação na firma i , *ceteris paribus*.

Partindo de um modelo de Cournot modificado, verificamos que, se \tilde{v} e v representam níveis alternativos de participação em um competidor e $\tilde{v} > v$, a produção de equilíbrio de mercado associada à participação \tilde{v} será menor do que a produção de equilíbrio associada a v .

Essas ligações estruturais mudam as funções de reação das firmas envolvidas, enquanto as funções de reação das outras firmas não mudam. O efeito da produção no tempo depende das condições de barreiras à entrada. Se a entrada é rápida e fácil, os altos lucros da reduzida produção no mercado podem atrair novas firmas e eliminar os ganhos obtidos. Se existem barreiras à entrada ou se a entrada é um processo lento e difícil, o valor presente dos ganhos gerados pelas ligações estruturais pode ser significativamente positivo.

A existência de efeitos estruturais causados por participações minoritárias indica que o cálculo de indicadores convencionais de concentração que ignoram essas ligações podem não refletir adequadamente o estado de competição dos mercados.

Areeda e Turner (O'Brien e Salop, 1980, p. 322)⁵ concluíram ser impossível a derivação de métodos quantitativos, como índices de concentração, que levam em conta participações minoritárias. Posteriormente, com o intuito de atender a essa condição, Bresnahan e Salop (1986) desenvolveram um HHI ajustado, que reflete os efeitos dessas ligações estruturais.

2.3.1 O MHHI (Modified Herfindahl-Hirschman Index)

O MHHI (Índice de Herfindahl-Hirschman Modificado), assim como o HHI, assume que as firmas competem segundo um modelo de Cournot. Suponha que β_{ij} é a fração da firma j que pertence ao proprietário i , de modo que $\sum_i \beta_{ij} = 1$ para cada firma j . Além disso, suponha que γ_{ij} é o peso que o lucro do proprietário i tem quando a firma j resolve seu problema de maximização de lucro (γ_{ij} é um fator que mostra qual o grau de controle que o proprietário i exerce sobre a firma j), de modo que $\sum_i \gamma_{ij} = 1$ para cada firma j . A participação de mercado da firma j é s_j . Por fim, se π_j é o lucro de Cournot da firma j , $\pi_j = \sum_i \beta_{ij} \pi_j$ será o lucro total do proprietário i , e $\Pi_j = \sum_i \gamma_{ij} \pi_j$ será o lucro total maximizado pela firma j .

$$\max_{X_j} \Pi_j = \max_{X_j} \sum_i \gamma_{ij} \pi_j^i = \max_{X_j} \sum_i \gamma_{ij} \sum_k \beta_{ik} \pi_k = \max_{X_j} \sum_i \gamma_{ij} \sum_k \beta_{ik} [P(X)x_k - C_k(x_k)]$$

A condição de primeira ordem do problema será:

$$(14) \quad \frac{\partial \Pi_j}{\partial x_j} = \sum_i \gamma_{ij} \left\{ \beta_{ij} [p - c'_j(x_j)] + \sum_k \beta_{ik} p'(X)x_k \right\} = 0$$

Multiplicando por X/X e $1/p$, obtemos:

$$(15) \quad \sum_i \gamma_{ij} \left\{ \sum_k \beta_{ik} \left(\frac{p'(X)}{p} \right) \frac{x_k}{X} \right\} + \sum_i \gamma_{ij} \beta_{ik} \frac{p - c'_j(x_j)}{p} = 0$$

Rearranjando os termos encontramos:

$$(16) \quad \sum_j s_j \frac{p - c'_j(x_j)}{p} = \frac{1}{\varepsilon} \left[\sum_k \sum_j \left(\frac{\sum_i \gamma_{ij} \beta_{ik}}{\sum_i \gamma_{ij} \beta_{ij}} \right) s_k s_j \right],$$

5. Areeda, P.; Turner, D. F. *Antitrust law*, 1980, p. 322, apud O'Brien e Salop (2000, p. 322).

em que ε é a elasticidade-preço da demanda. Multiplicando ambos os lados por s_j e somando para todas as j firmas, obtemos:

$$(17) \quad MHHI = \sum_j \sum_k \left(\frac{\sum_i \gamma_{ij} \beta_{ik}}{\sum_i \gamma_{ij} \beta_{ij}} \right) s_k s_j.$$

Ou ainda, se separarmos os termos em que $k = j$, o MHHI pode ser expresso pela seguinte equação:

$$(18) \quad MHHI = HHI + \sum_j \sum_{k \neq j} \left(\frac{\sum_i \gamma_{ij} \beta_{ik}}{\sum_i \gamma_{ij} \beta_{ij}} \right) s_k s_j,$$

em que o segunermo da equação é o Δ MHHI.

A partir da equação (18), observamos que o MHHI é uma extensão do HHI. O MHHI soma ao HHI um termo que reflete a concentração de mercado levando em consideração participações cruzadas, ponderado pelas participações das firmas no mercado.

As fórmulas do Δ MHHI para os cenários descritos por O'Brien e Salop (2000) apresentados na seção 2.3.1. encontram-se na Tabela 1 a seguir.

Tabela 1 – Fórmulas do Δ MHHI para os cenários descritos por O'Brien e Salop (2000)

Cenários	Δ MHHI
Fusão Completa	$\Delta = 2 s_a s_n$
Interesse Financeiro Silencioso	$\Delta = \beta_a s_a s_n$
Controle Total	$\Delta = (\beta_a + 1/\beta_a) s_a s_n$
Controle Unilateral	$\Delta = (1 + \beta_a) s_a s_n$
Controle Conjunto Coaseano	$\Delta = 2 s_a s_n$
Controle Proporcional	$\Delta = (\beta_a + \beta_a / ((1 - \beta_a)^2 + \beta_a^2)) s_a s_n$

Partindo de uma posição em que não há participações cruzadas entre as firmas rivais, o Δ MHHI dos cenários descritos por O'Brien e Salop (2000) pode ser utilizado para mensurar a perda dos incentivos que as firmas têm para competir em uma particular estrutura. A utilização dos cenários para o cálculo do MHHI requer alguma evidência sobre a forma de controle acordada entre as firmas adquirente e adquirida ou, alternativamente, calculam-se os deltas para todos os cenários, comparando os resultados caso cada um deles representasse a realidade. Nesse último caso, a análise torna-se complicada

quando existe mais de uma ligação estrutural entre as firmas do mercado em questão, pois teríamos que combinar todos os possíveis cenários de cada uma das ligações estruturais para avaliar o *efeito total* no mercado. A aplicação torna-se especialmente problemática quando se analisa uma sequência de operações, como é o caso do setor de produção de concreto da região Sul do Brasil.

Uma opção menos complicada do que combinar todos os cenários possíveis de cada uma das ligações estruturais e mais imparcial do que supor que a ligação estrutural se comporta como um dos cenários será apresentada na próxima seção. Trata-se da mensuração do grau de controle de cada um dos acionistas, de modo que se pode utilizar a fórmula geral do MHHI (equação 18), sem supor que o mercado se comporta como qualquer um dos cenários preestabelecidos.

A análise da variação do MHHI pré e pós-transação pode oferecer alguma orientação para avaliar se a aquisição de participações minoritárias causa impactos nos incentivos que as firmas têm para competir, dada certa estrutura de mercado e certa estrutura corporativa. Contudo, Dubrow (2001, p. 130) afirma que essa metodologia é preditiva na melhor das hipóteses, e não pode ser invocada para afirmar que uma determinada transação irá resultar em redução significativa da concorrência. Por outro lado, as limitações e a conveniência do índice foram apresentadas por O'Brien e Salop (2000, p. 596-597):

o cálculo do MHHI, assim como o HHI, é muito grosseiro ao assumir um mercado relevante, o que implica que não admite substituição por produtos que estejam fora desse mercado, barreiras à entrada insuperáveis, nenhum outro efeito competitivo e ausência de ganhos de eficiência. Contudo, os cálculos podem ser úteis como um primeiro passo, assim como o HHI em análises de fusões (tradução livre).

A análise dos efeitos anticompetitivos por meio do MHHI se sustenta sob a hipótese de que não há formação de conluio entre as firmas, isto é, as firmas competem entre si e escolhem preços independente e unilateralmente. O foco está nos incentivos unilaterais, e a hipótese de não cooperação entre as firmas se mantém mesmo depois da ligação estrutural.

2.3.2 Mensuração do grau de controle do proprietário: índices de poder

Como visto na seção anterior, para obtermos a medida correta da concentração na presença de participações cruzadas por meio do MHHI, precisamos de uma medida do grau de controle de cada acionista em cada firma em que tenha participação.

A literatura de Governança Corporativa que mensura o poder de controle dos acionistas de uma determinada firma tem utilizado os índices de poder

da Teoria dos Jogos para inferir o grau de controle desses acionistas. Um índice de poder mensura a influência relativa de cada participante do jogo durante a tomada de decisão, no sentido de sua capacidade de usar o seu voto para mudar uma coalizão que era perdedora para uma que satisfaz o requisito da maioria e ganha. O número de vezes que um membro pode fazer isso é expresso em termos da proporção em relação ao número de resultados possíveis do jogo de votação, sendo os resultados aleatórios e igualmente prováveis. Os índices clássicos utilizados para tanto são o índice de Shapley-Shubick e o índice de Banzhaf.

Tanto o índice de Shapley-Shubick como o índice de Banzhaf mensuram a habilidade que cada membro tem de mudar uma coalizão de jogadores perdedora para uma coalizão vencedora, a única diferença é o modo como as coalizões são contadas. O índice de Shapley-Shubick é calculado contando as ordenações de N jogadores, enquanto o índice de Banzhaf conta as coalizões possíveis, independentemente da ordem dos jogadores na coalizão. Essa característica do índice de Banzhaf o coloca como o mais adequado para descrever grande parte das situações reais de jogos de votação.

Leech (2002) calculou os índices de poder de Shapley-Shubick e de Banzhaf para os acionistas em uma grande amostra de empresas britânicas e os testou contra critérios em termos de como provavelmente deveriam se comportar os índices dadas as variações de padrões de propriedade entre as empresas. Os resultados não deram qualquer razão para que o índice de Banzhaf fosse rejeitado, no entanto o índice de Shapley-Shubick não satisfaz ao critério. O *paper* conclui que o índice de Shapley-Shubick não é uma medida adequada nesse caso.

Além disso, Trivieri (2005) faz uma aplicação do MHHI para o setor bancário italiano e, seguindo Leech (2002), utiliza o índice de poder de Banzhaf para determinar o grau de controle dos acionistas. Assim, o presente trabalho considera o índice de poder de Banzhaf o mais adequado para determinar o grau de controle dos acionistas.

Para definir o índice de Banzhaf formalmente, suponha que uma empresa tem N acionistas (jogadores), cada um deles detentor de uma cota proprietária (*voting weight*) w_i com $i = 1, \dots, n$, de modo que $0 < w_i < 0,5$ ⁶ e $\sum_i w_i = 1$. Seja q a cota que identifica a regra de decisão do processo de votação, no nosso caso a regra da maioria, de modo que $q=0,51$. Seja $T \subseteq N$ uma coalizão de acionistas com $w(T) = \sum_{i \in T} w_i$. A coalizão T é vencedora se $w(T) \geq q$ e é perdedora se $w(T) \leq q$. O acionista i é definido crítico para uma coalizão T_i

6. Se algum acionista detiver uma cota maior do que 0,5 ele será o controlador da empresa e não será necessário calcular o índice de poder.

se essa coalizão é vencedora com i e perdedora quando i está fora da coalizão, ou seja, se $T_i + \{i\}$ é vencedora e T_i é perdedora. A representação matemática desse jogo é:

$$[q; w_1, w_2, \dots, w_n].$$

Existem 2^{n-1} diferentes coalizões das quais um jogador pode participar, e η_i é o número de vezes que o jogador i é crítico para uma coalizão. O índice absoluto de Banzhaf para cada jogador (B_i) é igual à probabilidade de ele ser crítico:

$$B_i = \frac{\eta_i}{2^{n-1}}.$$

Para realizar comparações, o índice é normalizado:

$$\beta_i = \frac{\eta_i}{\sum_i \eta_i}.$$

3. Participações cruzadas no setor de produção de concreto da região Sul do Brasil

O setor de produção de concreto⁷ da região Sul do Brasil vem passando por um processo de reestruturação desde o final da década de 1990, haja vista o grande número de Atos de Concentração (AC) submetidos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Os meios pelos quais essas mudanças ocorreram foram aquisição de participações, do controle de concreteiras estabelecidas ou de alguns ativos físicos dessas concreteiras em determinados lugares. A região onde houve maior concentração de mercado foi a região Sul do País.

3.1 Seleção dos atos de concentração

A pesquisa dos atos de concentração do setor de produção de concreto da região Sul do Brasil foi realizada por meio do *site* do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). No referido *site*, há uma seção para pesquisa de processos, sejam eles já arquivados ou em andamento, analisados pelo órgão.

7. O serviço de concretagem refere-se ao concreto dosado em central. Esse produto, além de ser produzido pelas concreteiras mecanicamente, deve seguir determinadas especificações técnicas e controles de qualidade. Inclui-se no serviço de concretagem o transporte das misturas em caminhões-betoneiras e o seu lançamento na obra.

A busca deve ser feita por meio de uma palavra-chave, selecionando-se um critério de classificação dessa palavra-chave: número do processo, nome do advogado ou nome da parte. Pode-se filtrar a busca por tipo de processo, no caso ato de concentração. A principal dificuldade em encontrar os processos reside no fato de o pesquisador precisar ter conhecimento sobre um dos três critérios para a busca. A busca não pode ser realizada, por exemplo, por setor de mercado a que pertencem as partes envolvidas.

Nesse caso, primeiramente as buscas foram realizadas por meios das empresas previamente conhecidas do setor. Posteriormente, com alguns processos envolvendo essas empresas em mãos, ainda que nesses processos não houvesse o problema das participações minoritárias, foram pesquisadas citações de outros processos e nomes de outras empresas do setor para dar continuidade às buscas.

Após esse procedimento de busca, os atos de concentração do setor de produção de concreto da região Sul do Brasil selecionados encontram-se na Tabela 2 a seguir.

Tabela 2 – Atos de concentração selecionados para análise

Processo	AC	Descrição
1	08012.007680/1998-51	Cia. de Cimento Portland Itaú, cujos acionistas são o Grupo Votorantim (70,90%) e o Grupo Real (19,73%), compra 25% da Geral de Concreto (Votorantim entra no mercado de concreto).
2	08012.007704/1999-07	Cia. de Cimento Portland Itaú, cujos acionistas são o Grupo Votorantim (70,97%) e o Grupo Real (27,32%), compra 25% da Supermix.
3	08012.001227/2002-15	Sita-Concrebrás, empresa da Sirama Participações, cujo maior acionista é o Grupo Votorantim (38%), compra plantas e ativos de concretagem da Concrebrás.
4	08012.000720/2002-18	Cimefor, empresa do Grupo Votorantim, compra a totalidade das ações da Geral de Concreto.
5	08012.008848/2005-72	Silcar, empresa do Grupo Votorantim, compra 25% da Polimix.

Existem inúmeros outros processos que não envolvem participações minoritárias e que serão utilizados no estudo. Entre uma aquisição de participação minoritária e outra, ocorrem outras operações, como compra de ativos de serviços de concretagem entre as empresas do setor, que mudam as condições estruturais do mercado e que devem ser levadas em conta na análise. Isso ocorre porque o cálculo dos índices de concentração exige tanto as participações minoritárias entre as empresas como também as participações de mercado

de todas as empresas participantes do mercado, que mudam conforme ocorre qualquer tipo de ato de concentração, independentemente da existência de participações minoritárias.

3.2 Descrição detalhada dos atos de concentração em análise⁸

- **AC 08012.007680/1998-51**

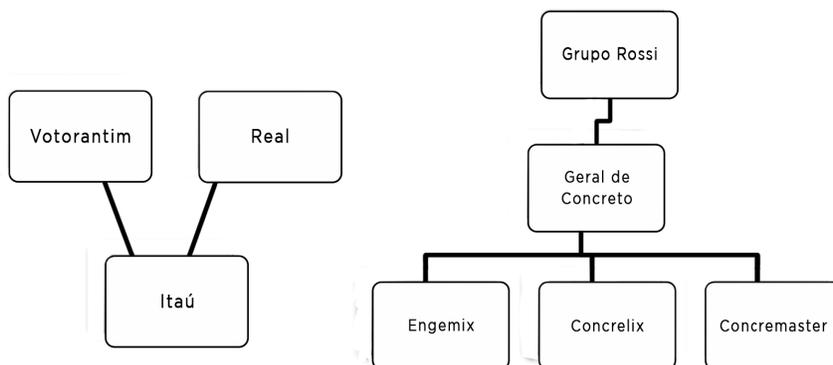
A Cia. de Cimento Portland Itaú (Itaú) é uma empresa do Grupo Itaú, resultado da associação dos grupos Votorantim e Real. A Itaú atua no setor de minerais não metálicos, exclusivamente na produção de cimento e cal. Tem como acionistas a Votorantim Cimentos Ltda. (70,90%) e o Banco Real de Investimentos (19,73%).

A Geral de Concreto é uma empresa de participações que controla as empresas Engemix S.A., Concrelix S.A., Engenharia de Concreto e Concremaster Concreto Ltda., todas atuantes no setor de construção civil, na área de serviços de concretagem e lançamento de concreto. A empresa era controlada integralmente pelo Grupo Rossi, formado pela Rossi Participações Ltda. e Rossi S.A.

A operação consiste na aquisição de 25% do capital votante e total da sociedade Geral de Concreto S.A. pela Cia. de Cimento Portland Itaú. Pelo acordo de acionistas celebrado entre as partes, o conselho de administração da Geral de Concreto será composto por sete membros, tendo o Grupo Rossi direito a indicar quatro membros e a Itaú os outros três.

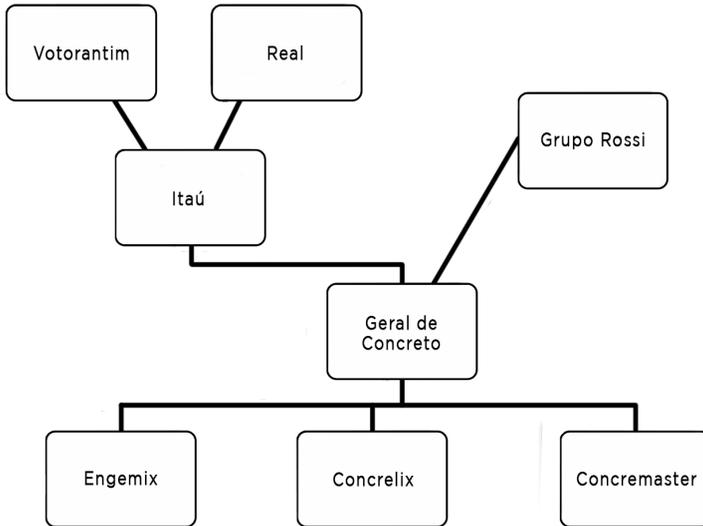
A operação foi apresentada ao SBDC em 9 de outubro de 1998, julgada em 14 de abril de 1999 e aprovada sem restrições.

Figura 1 – Antes do AC 08012.007680/1998-51



8. As informações dos processos constam no *site* do CADE e referem-se à época em que cada um estava em análise.

Figura 2 – Depois do AC 08012.007680/1998-51



• **AC 08012.007704/1999-07**

A Cia. de Cimento Portland Itaú é uma empresa do Grupo Itaú, resultado da associação dos grupos Votorantim e Real, conforme descrito anteriormente. A Itaú tem como acionistas a Votorantim Cimentos Ltda. (70,97%) e o Banco Real de Investimentos (27,32%). O Grupo Votorantim atua indiretamente no mercado de concreto por meio da participação de 25% na Engemix Participações S.A. (operação descrita anteriormente). A Engemix, por sua vez, controla a Geral de Concreto S.A., a Concrelix S.A. e a Concremaster S.A., prestadoras de serviços de concretagem.

A Supermix Concreto S.A. é uma empresa controlada pelas empresas Soton e Prana, cada qual com 52,23% e 47,67% do capital da Supermix, respectivamente.

A operação refere-se à aquisição pela Itaú de 25% do capital social da Supermix, de modo que após a operação os acionistas desta última sejam as empresas Soton (39,20%), Prana (35,80%) e Itaú (25%). Segundo o acordo de acionistas celebrado entre as partes, o conselho de administração da Supermix será composto por sete membros, sendo que a Soton e a Prana indicam juntas quatro conselheiros e a Itaú os outros três.

A operação foi apresentada ao SBDC em 23 de agosto 1999, julgada em 6 de novembro de 2002 e aprovada sem restrições.

Figura 3 – Antes do AC 08012.007704/1999-07

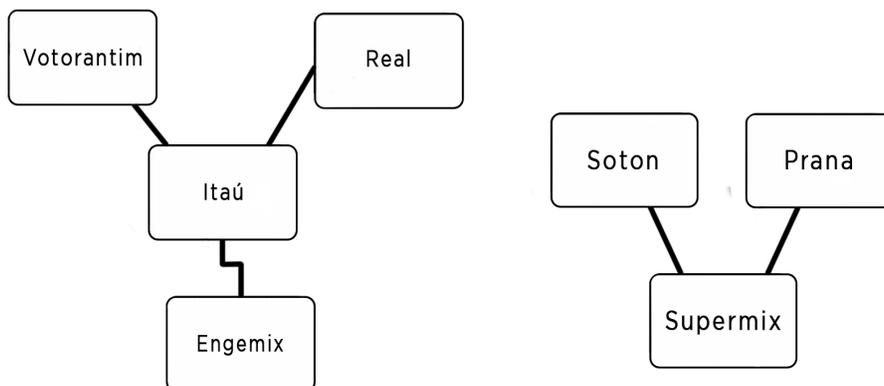
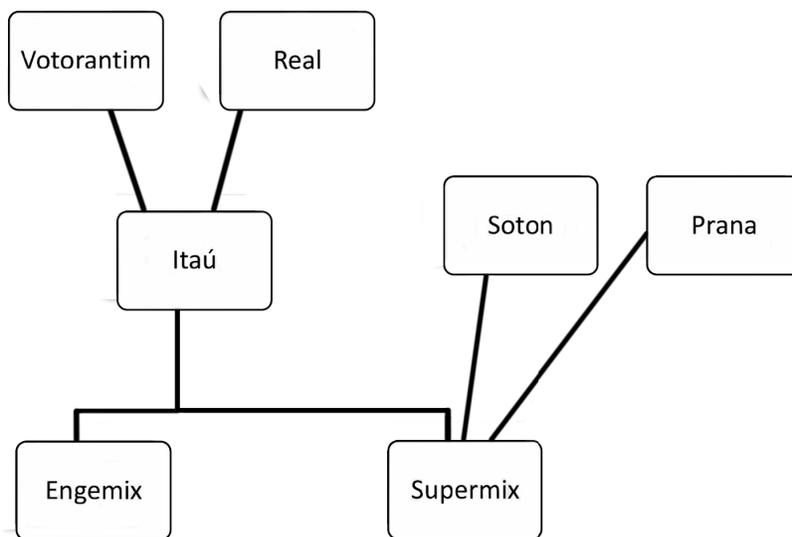


Figura 4 – Depois do AC 08012.007704/1999-07



• **AC 08012.001227/2002-15**

A Sita-Concrebrás S.A. é uma empresa do Grupo Sirama, que detém 99,99% das ações do capital votante e total da Sita. O Grupo Sirama atua oferecendo cimento e cal. A Silcar, empresa controlada integralmente pelo Grupo Votorantim, é o maior acionista da Sirama, com 38,21% do capital, podendo, inclusive, indicar, isoladamente e em conjunto com outros sócios, adminis-

tradores para as empresas do Grupo Sirama.⁹ O segundo maior acionista da Sirama detém 9,2% do capital da empresa. O Grupo Votorantim já atua indiretamente no mercado de concreto por meio das participações nas empresas Engemix (25%) e Supermix (25%).

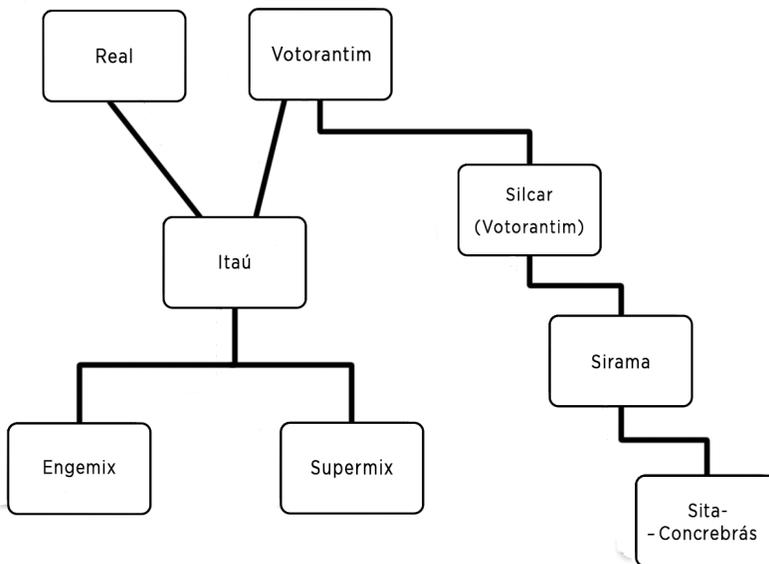
A Concrebrás S.A. é uma empresa que pertence ao grupo francês Lafarge e atua na prestação de serviços de concretagem.

As empresas Concrebrás e Sita firmaram um contrato que estabelece a aquisição, por parte da Sita de estabelecimentos e ativos de concretagem, além da marca “Concrebrás”.

Desse modo, a participação do Grupo Votorantim, por meio da Silcar, na Sirama, confere mais uma forma indireta de participação em uma empresa que atua no mercado de concretagem.

A operação foi apresentada ao SBDC em 22 de fevereiro de 2002, julgada em 10 de novembro de 2004 e aprovada sem restrições.

Figura 5 – AC 08012.001227/2002-15¹⁰



9. A participação da Silcar (Votorantim) na Sirama foi submetida e aprovada pelo SBDC por meio do AC 08000.000588/1997-64.

10. Mesmo antes deste processo, a Silcar (Votorantim) já detinha a participação na Sirama. A única mudança foi que a Sirama entrou no mercado de serviços de concretagem por meio da Sita-Concrebras.

• **AC 08012.000720/2002-18**

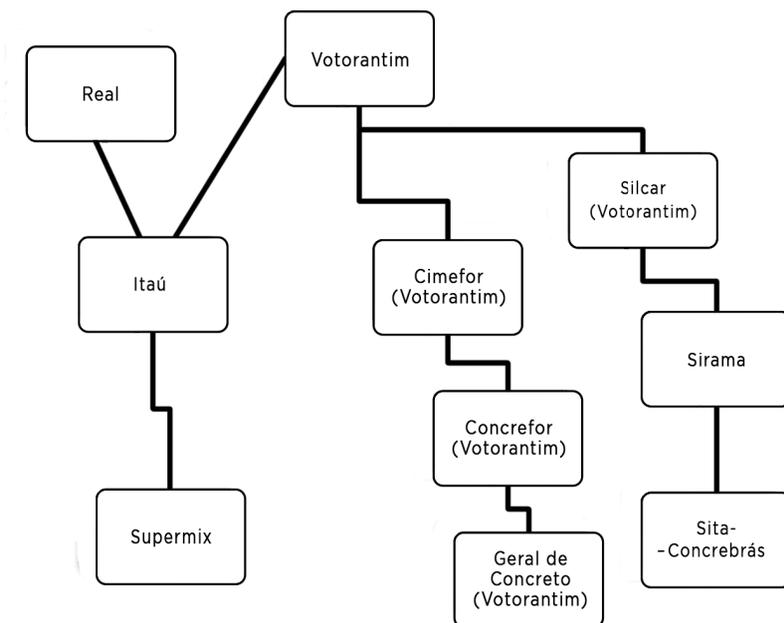
A Cimefor Comercial Exportadora e Importadora Ltda. (Cimefor) é uma empresa pertencente ao Grupo Votorantim. O Grupo atua na prestação de serviços de concretagem por meio de participação indireta e minoritária nas empresas Supermix (25%) e Sirama (38%). Além disso, o Grupo detinha, até a presente operação, 25% da Engemix, controladora indireta da Geral de Concreto. Especialmente para a realização dessa operação, foi criada em janeiro de 2002 a empresa Concrefor, controlada pela Cimefor.

A Geral de Concreto S.A. é prestadora de serviços de concretagem. O controle acionário da Geral de concreto é detido pela EPGE Participações, que por sua vez é controlada pela Engemix Participações S.A. Além da EPGE, a Engemix controla as empresas Concrelix Engenharia de Concreto Ltda. e Concremaster Concreto Ltda. no setor de produção de concreto. A Engemix é controlada pelo Grupo Rossi (75%) e pelo Grupo Votorantim (25%).

A operação trata da aquisição pela Cimefor da totalidade das ações da Geral de Concreto, anteriormente detidas pela Engemix.

A operação foi apresentada ao SBDC em 15de janeiro de 2002, julgada em 10 de novembro de 2004 e aprovada sem restrições.

Figura 6 – AC 08012.000720/2002-18



- **AC 08012.008848/2005-72**

A Silcar Empreendimentos, Comércio e Participações Ltda. (Silcar) é uma holding pertencente integralmente ao Grupo Votorantim, sem atividades operacionais, com participação acionária em diversas empresas do Grupo.

A Sirama Participações, Administração e Transportes Ltda. (Sirama) possui 38% de seu capital social detido pelo Grupo Votorantim por intermédio da Silcar. A Sirama, por sua vez, controla diversas empresas, entre elas a Sita Concrebrás S.A., do ramo de serviços de concretagem.

A RV Empreendimentos Ltda. (RV) é um empreendimento de participações sem atividades operacionais pertencente à família Vieira. A empresa Polimix Concreto Ltda. pertence 100% à RV.

A operação diz respeito à aquisição pela Silcar de 25% das quotas detidas pela RV no capital social da Polimix Concreto.¹¹

A operação foi apresentada ao SBDC em 10 de outubro de 2005, julgada em 24 de julho de 2008 e aprovada condicionada à celebração de um Termo de Compromisso de Desempenho. Segundo o Termo, a Silcar obrigou-se a não eleger qualquer diretor da Polimix, não participar de qualquer reunião de sócios que vise à fixação de orientação dos negócios de prestação de serviços de concretagem, não interferir, opinar, participar, solicitar ou ter acesso à política comercial dos negócios da Polimix. Além disso, a Silcar e a família Vieira se comprometeram a promover as alterações societárias necessárias para que os ativos relacionados à prestação de serviços de concretagem nos mercados relevantes de Curitiba/PR, Maringá/PR, Criciúma/SC, Lages/SC, Florianópolis/SC, Camboriú/SC, Blumenau/SC, Joinville/SC e Guaramirim/SC sejam transferidos para uma sociedade a ser constituída apenas pela família Vieira, que terá 100% do seu capital.

11. Nesse mesmo processo foram avaliadas outras operações envolvendo a família Vieira e o Grupo Votorantim: uma operação no mercado de produção de concreto, mas fora da região Sul do Brasil; e outra envolvendo o mercado de cimento, ambas fora do escopo deste trabalho.

Figura 7 – Antes do AC 08012.008848/2005-72

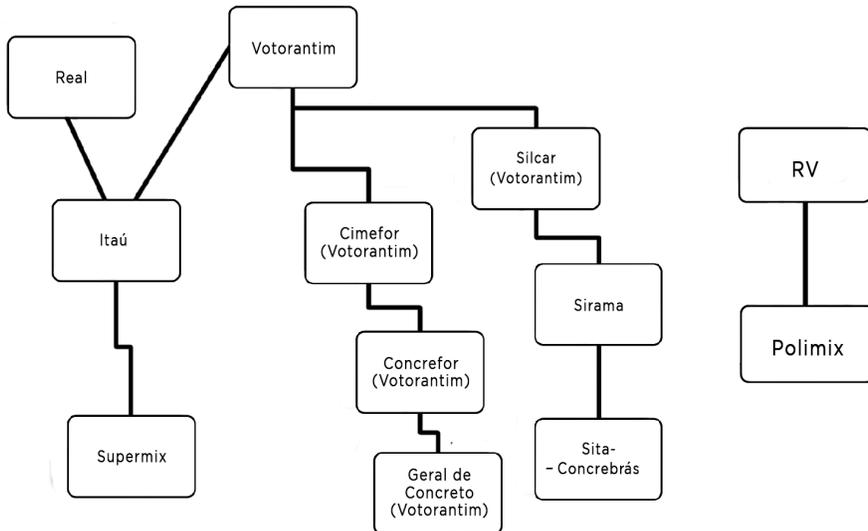
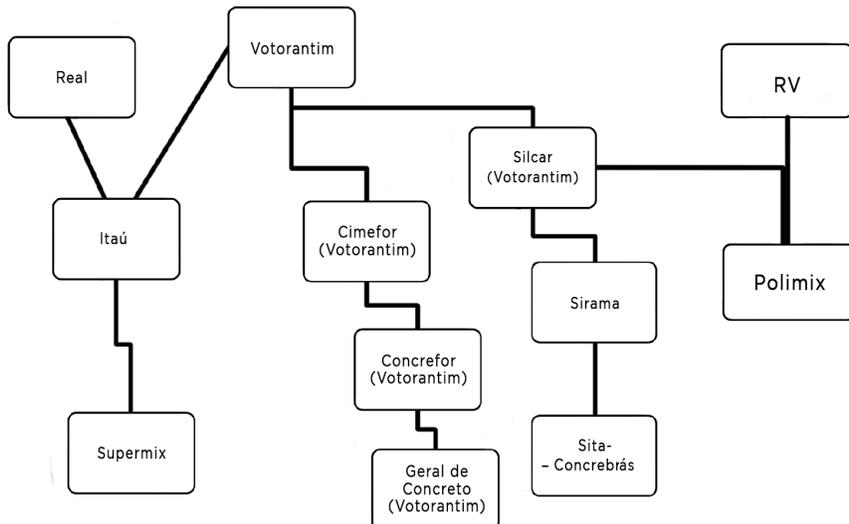


Figura 8 – Depois do AC 08012.008848/2005-72



4. Aplicação do MHHI para o setor de produção de concreto da região Sul do Brasil

O cálculo do MHHI para o setor de produção de concreto da região do Brasil foi realizado com dados públicos obtidos dos processos já analisados e julgados pelos órgãos de defesa da concorrência. Os dados encontram-se disponíveis no *site* do CADE.¹² Para determinar o grau de controle dos proprietários foram utilizados o índice de Banzhaf, descrito na seção 2.4.2. deste trabalho, e um algoritmo disponível *online* para o cálculo.¹³

A análise dos efeitos de um ato de concentração pressupõe a identificação do chamado mercado relevante. A esse respeito, cita-se Farina, Nunes e Farina (2008, p. 97-98):

O mercado relevante é constituído pelo conjunto de produtos e de áreas geográficas nas quais o poder de mercado pode ser exercido. [...] A definição de duas dimensões do mercado relevante – a dimensão produto e a dimensão geográfica – é um recurso didático que ajuda a sistematizar os procedimentos de instrução. Em termos analíticos, o conceito subjacente a essas dimensões é o de substituição pelo lado da demanda: se o consumidor percebe que um determinado produto ofertado em certo lugar está “caro”, pode (i) procurar outro produto que tenha propriedades semelhantes, ou (ii) procurar produto fisicamente idêntico em outro lugar.

Neste trabalho, o mercado relevante do produto é o concreto dosado em central. Para a dimensão geográfica foram utilizados os mercados relevantes definidos nas análises do SBDC.

As empresas fornecedoras de concreto não podem estar distantes dos locais das construções, pois existe uma limitação de duas horas para a aplicação do concreto antes que entre em fase de endurecimento. A região de atuação se limita, portanto, a um raio de 25 a 50 quilômetros de distância da unidade concreteira. Por esse motivo, o SBDC considera os limites municipais e os municípios contíguos, distantes menos de 50 quilômetros, para a dimensão geográfica do mercado relevante dos serviços de concretagem.

A Tabela 3 a seguir apresenta os mercados relevantes definidos pelo SBDC para cada ato de concentração aqui analisado, considerando apenas os mercados da região Sul do Brasil.

12. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>.

13. Disponível em: <http://www.warwick.ac.uk/~ecaae/>.

Tabela 3 – Mercados relevantes geográficos definidos pelo SBDC ¹⁴⁻¹⁵

Processo (operação)	Mercado Relevante Geográfico
08012.007680/1998-51 (1)	Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul
08012.007704/1999-07 (2)	Curitiba/PR, Florianópolis/SC
08012.001227/2002-15 (3)	Curitiba/PR, Maringá/PR, Foz do Iguaçu/PR, Ponta Grossa/PR, Paranaguá/PR, Cambé/PR, Florianópolis/SC, Balneário Camboriú/SC, Blumenau/SC, Joinville/SC, Porto Alegre/RS, São Leopoldo/RS, Caxias do Sul/RS.
08012.000720/2002-18 (4)	Curitiba/PR, Maringá/PR, Foz do Iguaçu/PR, Ponta Grossa/PR, Paranaguá/PR, Cambé/PR, Florianópolis/SC, Balneário Camboriú/SC, Blumenau/SC, Joinville/SC, Porto Alegre/RS, São Leopoldo/RS, Caxias do Sul/RS.
08012.008848/2005-72 (5)	Curitiba/PR, Maringá/PR, Foz do Iguaçu/PR, Londrina/PR, Florianópolis/SC, Balneário Camboriú/SC, Blumenau/SC, Joinville/SC, Criciúma/SC, Lages/SC, Guaramirim/SC, Porto Alegre/RS

Definidos os mercados relevantes geográficos, os resultados para o HHI, Δ MHHI e MHHI encontram-se na Tabela 4 a seguir.

14. Foram incluídos na tabela apenas os mercados relevantes geográficos definidos pelo SBDC que pertencem à região Sul do Brasil.
15. Ao longo empo, houve uma mudança na definição do mercado relevante geográfico da prestação de serviços de concretagem pelo SBDC, passando do nível estadual para o nível municipal. Devido às especificidades do produto, conforme já apresentadas, o nível municipal é o mais adequado para análise.

Tabela 4 – HHI, Δ MHHI e MHHI para o setor de produção de concreto da região Sul do Brasil ¹⁶⁻¹⁷

	OPERAÇÃO 2			OPERAÇÃO 3			OPERAÇÃO 4			OPERAÇÃO 5 ¹⁸		
	HHI	Δ MHHI	MHHI	HHI	Δ MHHI	MHHI	HHI	Δ MHHI	MHHI	HHI	Δ MHHI	MHHI
Curitiba	1.088	29	1.117	979	109	1.089	979	552	1.532	1.561	1.993	3.553*
Maringá	-	-	-	2.800	313	3.114	2.800	1.586	4.386	1.330	1.131	2.461*
Foz do Iguaçu	-	-	-	3.741	0	3.741	3.741	0	3.741	3.790	3.123	6.913
Florianópolis	1.554	29	1.583	1.385	105	1.490	1.385	324	1.709	1.764	1.422	3.187*
Balneário Camboriú	-	-	-	2.672	0	2.672	2.672	0	2.672	1.559	553	2.112*
Blumenau	-	-	-	2.505	0	2.505	2.505	0	2.505	1.581	276	1.856*
Joinville	-	-	-	2.521	120	2.641	2.521	608	3.130	1.506	1.702	3.207*
Porto Alegre	-	-	-	1.373	223	1.597	1.373	1.129	2.503	1.658	179	1.837
Ponta Grossa	-	-	-	5.134	2.368	7.502	5.134	2.517	7.651	-	-	-
Paranaguá	-	-	-	4.191	0	4.191	4.191	0	4.191	-	-	-
Cambé	-	-	-	2.140	100	2.241	2.140	508	2.648	-	-	-
São Leopoldo	-	-	-	2.668	0	2.668	2.668	0	2.668	-	-	-
Caxias do Sul	-	-	-	2.379	343	2.722	2.379	1.736	4.114	-	-	-
Londrina	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1.312	832	2.144
Criciúma	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2.866	230	3.096*
Lages	-	-	-	-	-	-	-	-	-	5.029	621	5.650*
Guaramirim	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1.447	1.120	2.567*

16. Os arquivos da Operação 1 apresentavam apenas dados de *market share* s das cinco maiores empresas do setor e por Estado, sendo que estas representavam cerca de 50% do mercado. Além disso, na Operação 1 ainda não havia participações cruzadas entre concorrentes no mercado de serviços de concretagem da região Sul do Brasil, logo o MHHI não se aplicaria.
17. A cada operação, consideram-se todas as ligações estruturais entre as firmas rivais, incluindo as ligações de operações anteriores. O índice calculado a cada operação representa toda a estrutura do setor naquele momento. Quando não há valor dos índices para uma cidade em determinada operação é porque, naquela operação, a cidade não fazia parte do mercado relevante determinado pelo SBDC.
18. Como destacado anteriormente, a Operação 5 foi condicionada a um Termo de Compromisso de Desempenho segundo o qual, entre outras exigências, os ativos de Curitiba, Maringá, Criciúma, Lages, Florianópolis, Camboriú, Blumenau, Joinville e Guaramirim deveriam ser alienados para uma sociedade a ser composta apenas pela Família Vieira. Nessas cidades, os valores do Δ MHHI e do MHHI na coluna “Operação 5” correspondem a como seria a estrutura se a operação tivesse sido aprovada sem restrições.

Os resultados da Tabela 4 nos mostram que, ao utilizarmos o HHI como medida de concentração de mercado quando existem participações minoritárias entre firmas rivais, subestimamos o valor do índice e, conseqüentemente, os efeitos dessas participações sobre a concorrência. Na maior parte das vezes, o aumento no HHI decorrente da inclusão dessas participações minoritárias no cálculo, mostrado pelo Δ MHHI, é bastante significativo, tanto mais quanto mais ligações estão presentes. Por outro lado, se considerássemos essas ligações estruturais como se fossem fusões completas, o índice seria superestimado.

As autoridades de defesa da concorrência no Brasil, assim como o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ),¹⁹ consideram que mercados com índice entre 1.000 e 1.800 são moderadamente concentrados e mercados com índice acima de 1.800 são concentrados. Além disso, atos de concentração que resultem em aumentos do HHI maiores que 100 devem causar preocupação e ser analisados com cautela pelas autoridades antitruste.

Na cidade de Ponta Grossa, por exemplo, que foi apresentada como mercado relevante das Operações 3 e 4, à data das operações operavam apenas duas empresas, Supermix e Concrebrás, nas quais o Grupo Votorantim detém 25% e 38,2% de participação, respectivamente (por intermédio das empresas Itaú e Silcar). Obviamente, devido ao fato de apenas duas empresas atuarem no mercado, o HHI já se mostra bastante elevado. Além disso, a ligação estrutural entre essas únicas firmas ofertantes do produto no mercado aumenta o índice em mais de 2.300 pontos.

No que se refere à Operação 3, a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) não se manifestou em relação à presença de participações cruzadas entre os agentes do mercado, mas tanto a SDE (Secretaria de Direito Econômico) como o conselheiro relator do caso atentaram para os possíveis efeitos anticompetitivos dessas ligações. Por outro lado, fatores como a presença de “várias outras concreteiras independentes”, “inexistência de barreiras significativas à entrada”, “baixos custos de criação ou de manutenção desse tipo de empresa”, “possibilidade de produção do concreto na própria obra pelo construtor” e “inexistência de fidelidade à marca” fizeram que a operação fosse aprovada sem restrições.

Quanto à Operação 4, não foram consideradas nas análises do SBDC a presença de participações minoritárias entre as requerentes. O conselheiro relator em seu voto concluiu que, “apesar da operação gerar altas concentrações em alguns mercados”, as empresas não terão condições de exercer seu poder de mercado após a operação, devido ao fato de as barreiras à entrada serem

19. Vide orientação disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/testimony/hhi.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2010.

baixas, a técnica de produção ser simples e os custos de entrada e saída serem relativamente baixos, de modo que a operação foi aprovada sem restrições.

Outro exemplo interessante refere-se ao mercado de Curitiba. À data da última operação analisada (Operação 5) atuavam no mercado 12 empresas, incluindo as empresas Engemix, Concrebrás, Supermix e Polimix. O Grupo Votorantim controla integralmente a Engemix e detém participação de 38,2% na Concrebrás, 25% na Supermix e 25% na Polimix. Quando essas participações cruzadas entre as rivais são levadas em consideração no cálculo, o aumento no índice provocado por essas participações (Δ MHHI = 1.993) é maior, em termos absolutos, do que o valor do índice quando não consideradas (HHI = 1.561), de modo que o índice total (MHHI = 3.553) mais que dobra quando consideramos as participações no cálculo.

Em Blumenau, à data da última operação, os efeitos mostraram-se relativamente pequenos quando comparados às outras cidades. Isso ocorre devido ao fato de que nove empresas atuam no mercado, das quais apenas duas têm ligações estruturais: Concrebrás (38% Votorantim) e Engemix (100% Votorantim), cada uma com 14,9% e 2% de *market share*, respectivamente. Embora o *market share* da Engemix seja pequeno, a ligação estrutural garantiu um aumento de 276 pontos no índice.

Cabe ressaltar que, para o mercado relevante de Foz do Iguaçu, a Operação 5 não sofreu restrições devido ao fato de que, pouco antes da data do julgamento desta operação, o CADE não aprovou uma outra operação que impactava nesse mercado. Trata-se da compra de alguns ativos de concretagem da Holcim pela Engemix,²⁰ operação em que um dos mercados relevantes era Foz do Iguaçu, onde atuavam apenas as empresas Holcim e Polimix, e a Engemix compraria a totalidade dos ativos da Holcim. Essa operação estava em análise no SBDC simultaneamente à Operação 5, de modo que quando o CADE não aprovou a compra dos ativos da Holcim pela Engemix, o mercado de Foz do Iguaçu passou a não ser objeto da análise da operação entre Engemix e Polimix (Operação 5).

Os números mostram que a parcela do índice que mensura os efeitos sobre a concorrência de participação minoritária em firma rival não pode ser desprezada, pois representa parcela importante do valor total do índice, mesmo quando as empresas com ligação estrutural têm uma porção pequena do *market share*. A parcela do índice que mensura o efeito da participação em firma rival será tanto maior quanto maiores forem os *market shares* das empresas ligadas e o tamanho das ligações, comparados com as participações dos demais acionistas.

20. AC 08012.009419/2004-31, j. em 19.03.2008.

5. Considerações finais

Por meio do cálculo do MHHI para diversas fases de reestruturação societária, pode-se avaliar a evolução do processo de concentração em um determinado mercado levando em consideração participações minoritárias entre as firmas rivais. O setor de produção de concreto da região Sul do Brasil, que apresenta diversas ligações estruturais entre as firmas rivais, foi utilizado como modelo para o estudo.

A aplicação do HHI e do MHHI como índices de concentração mostrou que os resultados de análises de atos de concentração podem ser significativamente diferentes na presença de participações minoritárias entre rivais.

A utilização do HHI considerando que as firmas ligadas são totalmente independentes subestima o índice, enquanto a aplicação do índice considerando as firmas ligadas como se fossem apenas uma superestima o índice.

O tamanho do efeito de participação minoritária em firma rival sobre a concorrência depende, principalmente, de dois fatores: dos *market shares* das firmas ligadas e do poder de controle que a firma adquirente tem sobre a firma adquirida. Quanto maiores forem esses fatores, maiores serão os prejuízos à concorrência.

O MHHI considera esses fatores e se apresenta como o método mais adequado para a avaliação dos prejuízos à concorrência quando estão presentes participações minoritárias entre firmas rivais.

Da mesma forma que o HHI, o MHHI não é suficiente para determinar que haverá exercício de poder de mercado, de modo que fatores como barreiras à entrada, rivalidade, elasticidade-preço da demanda, entre outros, devem ser considerados na análise. No entanto, o cálculo de índices de concentração contribui sobremaneira para avaliação dos efeitos anticompetitivos em atos de concentração.

Bibliografia

- BRASIL. Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico. Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50 de 01 de agosto de 2001. *Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal*.
- BRESNAHAN, T. F.; SALOP, S. C. Quantifying the competitive effects of production joint ventures. *International Journal of Industrial Organization*, v. 4, issue 2, p. 155-175, jun. 1986.
- CHURCH, J.; WARE, R. *Industrial organization: a strategic approach*. New York/San Francisco: McGraw-Hill, 2000.

- COWLING, K.; WATERSON, M. Price-cost margins and market structure. *Economica*, v. 43, p. 267-274, ago. 1976.
- DUBROW, J. B. Challenging the economic incentives analysis of competitive effects in acquisitions of passive minority equity interests. *Antitrust Law Journal*, v. 69, p. 113-145, 2001.
- EZRACHI, A.; GILO, D. EC competition law and regulation of passive investments among competitors. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 2, p. 327-349, 2006.
- FARINA, E. M. M. Q.; NUNES, R. A operação de uma política moderna de controle de fusões no Brasil. In: VELLOSO, João Carlos dos Reis (org.). *Por uma moderna política de competição: ampliando as bases do alto crescimento no Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006. p. 47-61.
- FARINA, E. M. M. Q.; NUNES, R.; FARINA, T. M. Comportamento dos preços e identificação do mercado relevante: o caso CVRD. In: MATTOS, César (org.). *A revolução do antitruste no Brasil 2: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2008. p. 95-118.
- LEECH, D. An empirical comparison of the performance of classical power indices. *Political Studies*, v. 50, p. 1-22, 2002.
- O'BRIEN, D. P.; SALOP, S. C. Competitive effects of minority equity interests: reply. *Antitrust Law Journal*, v. 69, p. 611-625, 2001.
- _____; _____. Competitive effects of partial ownership: financial interest and corporate control. *Antitrust Law Journal*, v. 67, p. 559-614, 2000.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). *Antitrust issues involving minority shareholdings and interlocking directorates*. Background Note, fev. 2008.
- REYNOLDS, R. J.; SNAPP, B. R. The competitive effects of partial equity interests and joint ventures. *International Journal of Industrial Organization*, v. 4, issue 2, p. 141-153, jun. 1986.
- TRIVIERI, F. *Proprietà e controllo delle banche italiane*. Catanzaro: Rubentino, 2005.
- VARIAN, H. R. *Microeconomia: princípios básicos*. Trad. da 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

Anexo A: Dados Utilizados

Os dados de *market share* (em porcentagem) extraídos dos processos analisados e julgados pelo SBDC e que foram utilizados no cálculo dos índices de concentração deste trabalho encontram-se a seguir.

Operação 2:

Curitiba		Florianópolis	
Arcobras	5,7%	Betonbras	14,5%
Betonbras	4,3%	Casetex	7,2%
Betoncamp	2,4%	Cimpor	3,9%
Betontex	11,3%	Concretex	24,1%
Calmix	5%	Engemix	10,6%
Concrepav	6%	Lafarge	9,6%
Concretex	10,1%	Sul Concreto	19,3%
Engemix	17,9%	Supermix	10,9%
Lafarge	13,1%		
Polimix	7,1%		
Supermix	13,6%		
Usimix	3,6%		

Operações 3 e 4:

Grande Curitiba		Porto Alegre	
Geral de Concreto	17,1%	Geral de Concreto	25%
Betontex	12,8%	Concrebras	15,1%
Concrebras	10,8%	Beton Master	10,4%
Arcobras	10,5%	Concrepav	9,5%
Concretex	7,8%	Cimpor	8,6%
Polimix	6,7%	Polimix	8%
Calmix	6,6%	Concrepedra	7,9%
Concrepav	6,5%	Concretez	7,9%
Usimix	6,3%	Redimix	7,7%
Aupermix	6,1%		
Betonserv	3,6%		
Betonbras	3,1%		
Betoncamp	2,3%		

O impacto de participações minoritárias sobre a concorrência

Florianópolis		Caxias do Sul	
Concretex	17,3%	Concretex	27,6%
Sul Concreto	16,8%	Concrebras	25,9%
Casetex	16,2%	Geral de Concreto	22,4%
Betonbras	15,4%	Beton master	20,8%
Cimpor	11,1%	Slomp	3,4%
Geral de concreto	8,7%		
Concrebras	7,4%		
Supermix	7,1%		

Ponta Grossa		Paranaguá		Maringá	
Supermix	58,2%	Engcreto	49,2%	Concretex	37,4%
Concrebras	41,8%	Concrebras	40,9%	Concrebras	28,5%
		Usimix	9,9%	Geral de Concreto	18,6%
				Usimix	15,6%

Joinville		São Leopoldo	
Usicon	36,7%	Concrebras	32,5%
Concretex	25,5%	Redimix	30,4%
Concrebras	18%	Britasinos	19,3%
Geral de Concreto	11,3%	Starmix	17,9%
Casetex	8,5%		

Foz do Iguaçu		Balneário Camboriú	
Concretex	42,9%	Casetex	33,8%
Concrebras	40,1%	Max Mohr	25,6%
Usimix	17,1%	Betonbras	25,3%
		Concrebras	15,3%

Cambé		Blumenau	
Concretex	34,7%	Concretex	39%
Constroeste	20%	Max Mohr	19,4%
Concrebras	13,8%	Pedreira Ouro Preto	17,8%
Geral de Concreto	12,3%	Concrebras	13,9%
Betontex	12%	Usimix	9,9%
Usimix	7,1%		

Operação 5:

Curitiba		Londrina		Maringá	
Engemix	29,9%	Concretex (Holcim)	19,1%	Concrebras	17,2%
Concrebras	15,2%	Constroeste	16,6%	Concretex (Holcim)	16,5%
Supermix	11,2%	Engemix	13,6%	Engemix	15%
Calmix	9,5%	Concrebras	13,3%	Jomane	12,7%
Concrepav	9,4%	Supermix	11,2%	Supermix	11,9%
Polimix	8,3%	Jomane	10%	Betonbras	11,6%
Betonbras	5,6%	Betonbrás	6,2%	Constroeste	7,2%
Arcobras	4,1%	Concreta	6,2%	Concreta	6,8%
Cortezia	3,3%	Arical	2,1%	Somassa	1,1%
Goldenmix	1,1%	Londrimassa	1,7%		
Ricamix	1,1%				
Sulbeton	1,1%				

Porto Alegre		Joinville		Guaramirim	
Engemix	18,4%	Supermix	25,3%	concrebras	19,6%
Cimpor	30%	Concrebras	18,2%	Betonbras	17,1%
Goldenmix	11,9%	Engemix	13,7%	Casetex	15,4%
Concrepav	10,4%	Casetex	9,5%	Maxmor	13,5%
Polimix	7,6%	Maxmor	8,6%	Supermix	12%
Concrepedra	6,7%	Opbeton	8,4%	Opbeton	7,6%
Redimix	4,8%	Betonbras	8,1%	Engemix	11,8%
Supermix	5,8%	Polimix	6,6%	Polimix	3,1%
Argamix	2,8%	Casetex	1,6%		
Conpasul	1,6%				

O impacto de participações minoritárias sobre a concorrência

Camboriú		Blumenau		Florianópolis	
Betonbras	22,8%	Betonbras	23,4%	Betonbras	28,3%
Maxmor	18%	Maxmor	18,4%	Engemix	18,1%
Concrebras	14,6%	Concrebras	14,9%	Concrebras	17,8%
Casetex	14,5%	Casetex	14,8%	Goldenmix	12%
Engemix	13,1%	Supermix	11,4%	Supermix	9,1%
Opbeton	10,2%	Opbeton	10,4%	Cimpor	8,5%
Rieg	2,9%	Rieg	2,9%	Casetex	3,4%
Polimix	2,3%	Premix	1,7%	Polimix	2,9%
Premix	1,7%	Engemix	2%		

Criciúma		Foz do Iguaçu		Lages	
Engemix	34%	Concrebras	43,7%	Polimix	53,8%
Concretar	30%	Polimix	40,3%	Engemix	46,2%
Polimix	27%	Engemix	16%		
Cimpor	9%				

PRÊMIO IBRAC-TIM 2010 – 1.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

**O ESTUDO DA FAILING FIRM DEFENSE, A
PARTIR DA LEI DE FALÊNCIAS, NOS ATOS DE
CONCENTRAÇÃO SUBMETIDOS AO CADE: A
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO
DA EMPRESA NO CONTROLE DE
ESTRUTURAS**

FERNANDO ANTÔNIO ALVES DE OLIVEIRA JÚNIOR

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo tratar da aplicação, nos julgamentos de atos de concentração realizados pelo CADE, da teoria da *failing firm*. Estudar-se-á o instituto a partir das normas da legislação falimentar, notadamente dos dispositivos que privilegiam a preservação da atividade empresarial. Depois de serem analisadas a doutrina americana e a europeia sobre o assunto, bem como diversas outras jurisdições, constatou-se que a *failing firm defense* há muito é discutida no CADE, apesar da ausência de normas específicas no Brasil, tendo sido encontrado um precedente em que a aprovação do ato de concentração foi fundamentada prioritariamente na teoria. Estudar-se-á também um pouco as normas que tratam da falência e da recuperação judicial e extrajudicial das sociedades empresárias em crise, com o escopo de demonstrar que, além de trazer requisitos para a aplicação da teoria da *failing firm*, essas normas têm uma finalidade em comum com a teoria, que é a de preservar no mercado os ativos produtivos da empresa. Verificou-se que, diante de um mesmo fato social, a sociedade empresária em crise, existe uma harmonia entre os distintos ramos do direito, no caso o direito empresarial e o concorrencial. Seria pertinente, pois, que, em um futuro novo *Guia Brasileiro de Análises de Concentrações Horizontais*, a teoria da *failing firm* fosse expressamente abordada.

1. Introdução

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é responsável pela preservação do princípio constitucional da livre concorrência nos mercados. Ele é composto pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça, e pela Secretária de Acompanhamento Econômico

(SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, órgãos cuja função precípua é de instrução, bem como pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal que tem a importante incumbência de decidir definitivamente, no âmbito administrativo, acerca das questões antitruste.

Para garantir a proteção à livre concorrência, o SBDC realiza, basicamente, três tipos de atividades: uma educativa, na qual conscientiza a população sobre a livre concorrência; uma repressiva, na qual condutas ilícitas praticadas pelos agentes de mercado são investigadas e punidas; e, finalmente, uma preventiva.

A atividade preventiva, também conhecida como controle de estruturas, está fundamentada no art. 54 da Lei 8.884/1994, o qual dispõe que “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE” (Brasil, 1994). Assim, para determinadas fusões e aquisições, os agentes econômicos devem apresentar a operação ao SBDC, a fim de que este, após detida análise concorrencial, se manifeste sobre os possíveis riscos que o ato pode trazer ao mercado relevante. Se for verificado que o ato de concentração acarretará a possibilidade de abuso de posição dominante, o CADE poderá até reprovar a operação.

É dentro desse contexto que está inserida a *failing firm defense*, também conhecida como teoria da *failing company* ou da *failing firm*. Trata-se, na verdade, de um tipo de defesa apresentada pelos agentes econômicos perante o CADE para justificar fusões e aquisições de sociedades em más condições financeiras. Nesses casos, para manter a sociedade empresária em funcionamento, os critérios utilizados pelo CADE para a análise concorrencial poderiam ser distendidos, de forma a permitir operações que, normalmente, trariam algum risco ao mercado.

A tese, pouco estudada no Brasil, sobretudo porque inexistente previsão normativa expressa para sua aplicação, guarda estreita relação com a disciplina da Lei 11.101/2005, também conhecida como a “Lei de Recuperação de Empresas e de Falências”. Tanto na seara antitruste quanto na falimentar o objeto estudado é o mesmo: a empresa em crise. O operador do direito necessita, diante do caso concreto, lidar com os dois sistemas, de forma a encontrar a melhor solução normativamente posta.

Poucos são os trabalhos que abordam o tema, sobretudo com o enfoque transversal ora proposto, para, partindo de um objeto único de análise, ou seja, a empresa em crise, cotejar princípios de dois ramos do direito: o concorrencial e o empresarial. Para tanto, estudaremos se a lei de recuperação judicial, ao

abarcando o princípio da preservação da empresa, oferece também fundamento normativo para aplicação da teoria da *failing company* no bojo das análises antitruste.

2. O CADE e a análise de atos de concentração

A Constituição Federal, em seu art. 170, prevê a livre concorrência como princípio da ordem econômica e, em seu art. 173, § 4.º, estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (Brasil, 1988). Esse é o fundamento constitucional do SBDC e, sobretudo, do CADE, tribunal administrativo com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137/1962 e transformado em autarquia federal pela Lei 8.884/1994, com sede e foro no Distrito Federal. Entre as incumbências principais do SBDC estão o dever legal de prevenir e de reprimir o abuso do poder econômico, bem como o de educar a sociedade acerca dos benefícios de uma ordem econômica livre e competitiva.

A atividade educativa, cujo fundamento legal está no inciso XVIII do art. 7.º, o qual prescreve como competência do CADE “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica” (Brasil, 1994), é de suma importância para a preservação do princípio da livre concorrência. É que apenas é possível falar realmente em “livre mercado” no Brasil a partir da vigência da atual Constituição e, sobretudo, depois das reformas administrativas ocorridas durante a década de 1990, momento no qual o Estado, em diversos setores, deixou de intervir diretamente na economia como agente, passando a ser um ente predominantemente regulador.

Para uma grande maioria dos cidadãos, temas como “livre concorrência”, “mercado relevante”, “poder de mercado”, “posição dominante” e “antitruste” não são comuns. Por isso o SBDC, na tentativa de difundir a ideia de proteção à concorrência como princípio constitucional, promove ações e diversas atividades para conscientizar a sociedade acerca de sua atuação.

Para tanto, o CADE, por exemplo, promove palestras e eventos sobre direito econômico e concorrencial, publica revista periódica¹ para fomentar o debate doutrinário sobre o direito antitruste e incentivar a produção acadêmica sobre a matéria, bem como promove, semestralmente, o intercâmbio de estudantes e de profissionais de vários países em sua sede,² para que façam estágio de um mês trabalhando em alguns de seus departamentos.

1. Trata-se da *Revista de Direito da Concorrência*, publicada pela IOB.

2. É possível encontrar maiores informações acerca do programa de intercâmbio do CADE (PinCADE) no site: <http://www.cade.gov.br/pincade/>.

Por sua vez, a atividade repressiva do SBDC, também conhecida como “controle de condutas”, está prevista nos Títulos V (“Das Infrações da Ordem Econômica”) e VI (“Do Processo Administrativo”) da Lei 8.884/1994 e é exercida mediante o julgamento dos processos administrativos instaurados e instruídos pela SDE e pela SEAE. Aqui é importante mencionar que, no controle de condutas, a SDE tem um papel de instrução preponderante, porquanto é ela quem colige, nos autos administrativos, a partir de diversos institutos que a Lei 8.884/1994 dispõe, tais como a busca e apreensão e o acordo de leniência, as principais provas que servirão de embasamento para a decisão do CADE.

Tais processos, cuja natureza é administrativa sancionadora, buscam apurar condutas ilícitas conforme tipificação dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994, bem como penalizar os agentes econômicos infratores com sanções, tais como a aplicação de multas (art. 23) e/ou a determinação de obrigações de fazer ou não fazer (art. 24, incisos I e II). Entre as principais condutas reprimidas pelo CADE, podem ser citadas, como exemplo, o cartel (incisos I e II do art. 21), o preço predatório (inciso XVIII do art. 21), a venda casada (inciso XXIII do art. 21) e a recusa de venda (inciso XIII do art. 21).³

Finalmente, o SBDC exerce sua atividade preventiva quando o CADE decide, após detida análise econômica da SEAE, em sede de controle de estruturas, sobre as operações que se enquadram no disposto do art. 54 da Lei 8.884/1994, o qual prescreve, em seu *caput*:

Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE (Brasil, 1994).

Percebe-se, pela redação do texto legal, que, a princípio, qualquer ato que tenha o potencial de limitar ou de prejudicar a livre concorrência, ou possa resultar na dominação de mercados, deverá ser submetido ao CADE para que sejam analisados seus potenciais efeitos anticompetitivos. O legislador foi mais preciso ao estabelecer, no § 3.º do art. 54 os critérios para a submissão à análise do CADE das concentrações econômicas, ao dispor:

Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas

3. É importante ressaltar que essas condutas não são consideradas ilícitas *per se*, devendo, pois, haver criteriosa análise sobre o potencial efeito prejudicial à concorrência, segundo os critérios do caso concreto. Prevalece no Brasil o entendimento de que a Lei Antitruste adotou a chamada “regra da razão”.

ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (Brasil, 1994).

A interpretação dessas normas é importante não apenas porque os agentes econômicos precisam saber previamente, por razões de segurança jurídica, quando devem ou não submeter determinada operação ao CADE. Mas também porque, caso seja desobedecido o prazo para notificação da operação, que é de 15 dias úteis (§ 4.º do art. 54), haverá multa a ser aplicada pelo CADE que variará entre 60.000 e 6.000.000 de UFIRs (§ 5.º do art. 54).⁴ Sobre a interpretação desses dispositivos legais e a possível confusão terminológica que pode haver entre os vocábulos “concentração” e “ato”, a Professora Paula Forgioni, de maneira perspicaz, observa que:

Vimos que, ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, para fins de caracterização da ilicitude, nosso diploma antitruste não classifica as práticas dos agentes econômicos entre acordos, abuso de posição dominante ou concentrações. As práticas (ou “atos”, na terminologia que se utilizou na redação do art. 20 da Lei 8.884 de 1994), constituem infração da ordem econômica na medida em que tenham por objeto ou que possam produzir efeito tipificado em qualquer dos incisos do mesmo art. 20. Assim também “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE” (Forgioni, 2005, p 493).

Na prática, diante das várias possibilidades de interpretação decorrentes do *caput* do art. 54, é a redação do § 3.º que norteia os agentes econômicos e os operadores do direito a identificarem quais atos são de submissão obrigatória ao CADE. Tanto isso é verdade que todos os processos que tramitam na autarquia para análise preventiva, nos termos do art. 54 da Lei 8.884/1994, são denominados genericamente de “atos de concentração”.

A notificação será obrigatória, pois, se o ato for restritivo à concorrência, seja ele um acordo entre empresas seja uma concentração econômica. Para as concentrações, especificamente, a lei traz parâmetros objetivos, fundamenta-

4. Para entender melhor como é realizada a dosimetria da pena no caso de notificação intempestiva de ato de concentração, é importante a leitura da Resolução do CADE 44, de 14 de fevereiro de 2007.

dos na participação de mercados dos agentes (igual ou superior a 20%)⁵ ou nos seus faturamentos (igual ou superior a R\$ 400.000.000,00).⁶

A doutrina sintetiza:

Percebe-se, portanto, que para determinar a necessidade de submissão da prática restritiva à apreciação do CADE, não é necessário, em princípio, caracterizar o ato como “concentração econômica”, nos termos do § 3.º do art. 54. Ao contrário, basta que ele (i) prejudique, de algum modo, a livre concorrência ou (ii) resulte na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Mas o § 3.º do mesmo art. 54 funciona como um indicativo, esclarecendo que “incluem-se nos atos” que podem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços (e que, portanto, devem ser submetidos à apreciação do CADE), aqueles que visem a qualquer forma de “concentração econômica” (Forgioni, 2005, p. 494).

Assim, preenchidos os requisitos legais, as empresas devem notificar a operação à SDE, em petições de três vias, a fim de que a Secretaria, imediatamente, distribua uma via para o CADE e outra para a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE). Na análise de atos de concentração, a SEAE tem papel preponderante, pois é ela quem realizará os principais atos de instrução para estudar e definir o mercado relevante da operação, bem como quem ofertará parecer para opinar se a operação é ou não prejudicial à livre concorrência.

5. O CADE tem hoje jurisprudência consolidada de que a interpretação que deve ser dada ao § 3.º do art. 54 da Lei 8.884/1994, quando trata da participação de mercado, mais especificamente sobre a expressão “resulta em”, é a seguinte: as operações que envolvam agente econômico que, antes da realização do negócio, já detinha tal participação no mercado relevante, não precisarão ser submetidas à análise do SBDC se, consoante tal entendimento, forem observadas, concomitantemente, as seguintes condições: a) Nenhuma das partes tiver auferido ou pertença a grupos econômicos que tenham auferido, no Brasil, faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões, no ano anterior ao da operação; b) A operação não acarrete sobreposição horizontal, ainda que mínima, ou integração vertical. Assim, superada a fase do faturamento, caso a operação não resulte em sobreposição horizontal, ainda que mínima ou integração vertical na análise *prima facie* do mercado, a operação não necessita ser apresentada. Sobre o assunto, vide julgamento no AC 08012.007026/2008-17.

6. A Súmula 1 do CADE prescreve que “na aplicação do critério estabelecido no art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro”.

Elaborado o parecer da SEAE, a SDE lançará manifestação em igual prazo e encaminhará os autos para a apreciação do CADE, que, por meio de seu Plenário, composto de seis conselheiros mais um conselheiro-presidente, decide se o ato de concentração pode ou não ser aprovado. Dentro do CADE, outros órgãos como o Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União, representada pela Procuradoria Federal especializada junto à autarquia, poderão ainda ofertar pareceres sobre o processo.

A decisão do CADE, resumidamente, pode ser dividida em três tipos: (i) aprovação sem restrições, na qual a operação é simplesmente aprovada; (ii) aprovação com restrições, na qual, para a operação ser aprovada, os agentes econômicos devem realizar alterações, as quais podem ter um caráter comportamental (como deixar de adotar determinadas condutas comerciais, por exemplo) ou estrutural (alienação de alguns ativos, por exemplo); e, finalmente, (iii) reprovação, quando o CADE determina o desfazimento do negócio.

O direito posto estabelece quais devem ser os critérios utilizados pelo CADE para a sua análise. Primeiramente, o § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994 prescreve:

O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições: I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados (Brasil, 1994).

Com base no texto legal, em experiências de casos já julgados no Brasil e no exterior, bem como com fundamento na doutrina brasileira e alienígena, a Administração criou o *Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*, por meio da Portaria Conjunta SEAE/SDE 50, de 1.º de agosto de 2001, na qual está estabelecido um didático mecanismo “passo a passo” para verificar se uma concentração horizontal pode ou não ser considerada lesiva ao ambiente concorrencial.

Depois da definição do mercado relevante, deve-se analisar se o agente econômico, após a operação, irá deter parcela substancial do mercado. Se a sua participação de mercado for inferior a 20% e a soma das participações dos quatro maiores agentes daquele mercado for também inferior a 75% (o que indica que o mercado não é tão concentrado), existe a recomendação para aprovar a operação, pois o agente econômico adquirente não deterá “parcela

substantial do mercado”. Do mesmo modo ocorrerá ainda que a participação dos quatro maiores agentes do mercado for igual ou superior a 75%, desde que o agente da operação analisada detenha menos que 10% do mercado (Brasil, 2001).

Constatada a detenção nas mãos de um agente econômico de parcela substancial do mercado (por exemplo, participação superior a 20% no mercado relevante), deve-se analisar se o exercício unilateral de poder de mercado será provável. Ele não será provável quando: (i) as importações forem um remédio efetivo para contrastar o poder de mercado; (ii) a entrada de um novo agente no mercado relevante poder ser provável, tempestiva e suficiente; ou, finalmente, (iii) se houver naquele mercado uma rivalidade efetiva (Brasil, 2001).

Prosseguindo com as etapas do guia, caso haja, após a operação, agente detentor de parcela substancial do mercado e o exercício unilateral do poder seja provável, porquanto não há efetiva importação, a entrada não é suficiente, tempestiva e provável, bem como inexiste rivalidade, devem ser analisadas as eficiências decorrentes da operação. Ou seja, quais seriam os benefícios trazidos para a coletividade que derivam do ato de concentração analisado. Se os efeitos líquidos forem positivos, em outras palavras, se os benefícios suplantarem os custos do possível exercício abusivo de poder de mercado, a operação também será aprovada (Brasil, 2001).

Caso contrário, se os custos decorrentes do poder de mercado gerado forem maiores do que os benefícios, ou seja, se existir a real possibilidade de exercício abusivo do poder de mercado por parte do agente econômico envolvido na concentração, a operação, segundo recomendação da SEAE e da SDE, deve ser reprovada, ou sofrer algum tipo de restrição. Nessas hipóteses, que representam cerca de 7% dos casos que são apresentados ao CADE para análise, é que se justificaria falar em *failing firm*.⁷

7. De 2004 a 2009, 92,7 dos atos submetidos ao CADE foram aprovados sem restrições, 7,2% foram aprovados com alguma restrição e apenas 0,1% foram reprovados. Informação obtida na seção “CADE em números”, disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>>. Ressalte-se ainda que a grande maioria dos atos aprovados com restrições refere-se a alterações pontuais determinadas pelo CADE em cláusulas contratuais ou em estatutos das sociedades (alteração de cláusulas de não concorrência nos contratos de compra e venda é a grande maioria dos julgados desse tipo). A pouca quantidade de casos não diminui a importância em, pois são justamente nesses 7% que estão localizadas as operações que envolvem os grandes agentes econômicos.

Quando, segundo os critérios corriqueiros de análise antitruste, uma operação econômica não tem sua aprovação recomendada, ou tem alguma restrição sugerida, os agentes econômicos tentam demonstrar que, naquele caso concreto, a situação fática da empresa alvo da operação impõe alguma maleabilidade nos critérios econômicos, de maneira que a operação seja admitida.

Seria muito difícil detalhar neste trabalho todos os temas afetos à análise de atos de concentração. Apenas a definição de mercado relevante, por exemplo, ocupa inúmeras páginas de dissertações de Mestrado e de teses de Doutorado em diversas escolas de direito e de economia. Contudo, para os objetivos aqui propostos, qual seja o de compreender a aplicação da teoria da *failing company* no âmbito da análise preventiva antitruste, os apontamentos mais importantes foram realizados. Resta agora entender como a doutrina e ordenamento jurídicos brasileiros tratam, no direito antitruste, as sociedades empresárias em crise.

3. A *failing firm defense*⁸

A legislação antitruste brasileira (lei em sentido estrito e atos normativos infralegais) não trata especificamente da teoria da *failing firm*, muito menos estabelece os seus requisitos, quando prescreve os procedimentos de análise das operações econômicas. Daí existirem poucos materiais disponíveis para serem pesquisados na doutrina nacional e na jurisprudência do CADE.

Na verdade, a ausência de muitos casos concretos em que tenha sido aplicada a teoria é uma realidade inclusive em países como os Estados Unidos, berço do direito antitruste. Herbert Hovenkamp, renomado professor de direito da universidade de Iowa e autor de várias obras em direito antitruste, explica que “the failing company defense is well established in antitrust case law, although a qualifying ‘failing company’ has been found only few times”⁹ (Hovenkamp, 2005, p. 553).

A *failing firm defense* foi aplicada pela primeira vez no caso *International Shoe Co. v. Federal Trade Commission*, em 1930, quando a Suprema Corte americana decidiu que, diante do caso concreto, a aquisição de uma companhia em falência não violaria a lei antitruste dos Estados Unidos.

8. Outras teorias correlatas à da *failing firm* não serão propriamente abordadas neste trabalho, que seriam a da *failing division* e a da *weakened firm defenses*. Sobre o assunto, consultar a obra de Hovenkamp (2005, p. 351 e 352).

9. “Os requisitos para aplicação da *failing company defense* estão bem estabelecidos na jurisprudência antitruste, embora a qualificação de *failing company* tenha sido encontrada poucas vezes na prática” (tradução livre).

Em maio de 1921, a International Shoe Co. adquiriu todo ou quase todo o capital social da sua concorrente, a W. H. Mc Elwain Company, sociedade que estava em crise financeira. A Federal Trade Commssion, órgão responsável pelo controle antitruste nos Estados Unidos, havia entendido que a operação violava a seção 7 do *Clayton Act*, porquanto iria diminuir substancialmente a competição no mercado de fabricação de sapatos. Contudo, ao analisar o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 6 de janeiro de 1930, decidiu pela possibilidade da operação, com esquite nos seguintes argumentos:

In the case of a corporation with resources so depleted, and the prospect of rehabilitation so remote, that it faces the grave probability of a business failure, with resulting loss to its stockholders and injury to the communities where its plants are operated, the purchase of its capital sock by a competitor (there being no other prospective purchaser), not with a purpose to lessen competition, but to facilitate the accumulated business of the purchases and with the effect of mitigating seriously injurious consequences otherwise probably, is not in contemplation of law prejudicial to the public and does not substantially lessen competition or restrain commerce within the intent of the Clayton Act (Estados Unidos da América, 1930).¹⁰

A leitura do inteiro teor do julgado ajuda a entender melhor como se deu a aprovação. Na verdade, a Suprema Corte Americana ponderou também o fato de que as sociedades apenas competiam em 5% do mercado em que atuavam, sendo considerada, pois, para 95% do mercado, uma inexistência de competição prévia à operação.¹¹ De toda forma, esse caso é apontado pela

-
10. “No caso de uma empresa com recursos escassos, com a perspectiva de recuperação bem remota e que enfrenta a probabilidade de uma falência, com o conseqüente prejuízo para seus acionistas e danos às comunidades onde suas unidades estão instaladas, a compra de seu capital por um concorrente (não havendo outro comprador potencial), quando a finalidade não é diminuir a concorrência, mas facilitar os negócios acumulados com a compra, e com o efeito de atenuar outras eventuais conseqüências prejudiciais, não se vislumbra um prejuízo ao público, não pode se dizer que diminuirá substancialmente a competição ou restringir o comércio dentro da intenção do *Clayton Act*” (tradução livre).
11. [...] while a portion of the product of each company went into the same states, in the main the product of each was in fact sold to a different class of dealers, and found its way into distinctly separate markets, so that, in respect of 95% of the business, there was no competition in fact and no contest, or observed tendency to contest, in the market for the same purchasers, and when this is eliminated, what remains is of such slight consequence as to deprive the finding that there was any substantial competition between the two corporations of any real support in the evidence. (“[...] enquanto uma porção da produção de cada empresa foi vendida

melhor doutrina como o primeiro em que os argumentos favoráveis à teoria da *failing firm* foram sistematizados e utilizados.

Depois, nas reformas que ocorreram na legislação concorrencial americana em 1950, a *failing firm defense* foi reconhecida legalmente e, a partir de então, tem sido invocada em diversos casos (Pearlstein, 2002, p. 348). Contudo, em poucos ela foi realmente adotada. Seguem alguns exemplos:

Granader v. Public Bank, 281 F Supp. 120 (E. D. Mich. 1967), defense accepted where bank failure would injure the public and alternative offers were unacceptable; United States v. M.P.M., Inc., 397 F Supp. 78, 96 (D. Colo. 1975), defense accepted where failure was almost certain and attempts to find alternative transactions had failed; FTC v. Great Lakes Chem. Corp., 528 F. Supp. 84, 96-98 (N. D. Ill. 1981), approving merger that would benefit failing firm, its shareholders, and economy (Hovenkamp, 2005, p. 553-554).¹²

É consenso entre os doutrinadores que a aplicação da *failing firm theory* representa a inserção, na análise de concentrações econômicas, de outros valores que não meramente os de eficiência econômica pura. Richard Posner, com precisão, afirma que “the defense is thus one of the clearest example in antitrust law of a desire to subordinate competition to other values”¹³ (Posner, 1981, p. 472).

O professor Hovenkamp reforça a ideia, ao explicar que “the history of the failing company defense indicates that it was probably designed to protect

nos mesmos estados, a produção principal de cada uma foi de fato vendida a uma classe diferente de revendedores, e encontrou seu caminho em mercados claramente distintos, de forma que em 95% do negócio não existe concorrência de fato e nenhuma contestação, ou tendência para contestar, no mercado para os mesmos compradores, e, quando isso é eliminado, o que sobra é um exemplo de leve consequência como alerta para as evidências de que havia alguma concorrência substancial entre as duas corporações, com algum apoio real nas evidências) (Estados Unidos da América, 1930 – tradução livre).”

12. “Em *Granader v. Public Bank*, 281 F Supp. 120 (E. D. Mich. 1967), a defesa foi aceita porque a falência do banco poderia provocar prejuízo ao público, bem como porque as outras ofertas para aquisição dos ativos eram inaceitáveis; Em *United States v. M.P.M., Inc.*, 397 F Supp. 78, 96 (D. Colo. 1975), a defesa foi aceita quando a falência era quase certa e quando as tentativas de encontrar alternativas para a operação falharam; em *FTC v. Great Lakes Chem. Corp.*, 528 F. Supp. 84, 96-98 (N. D. Ill. 1981), foi aprovada uma fusão que poderia beneficiar a firma em falência, os seus acionistas e a economia” (tradução livre).
13. “A defesa da *failing firm* é um dos claros exemplos do direito antitruste em que se subordina a competição a outros valores” (tradução livre).

the creditors, owners or stockholders, and employees of small businesses”¹⁴ (Hovenkamp, 2005, p. 551). Assim, a teoria estaria mais relacionada a critérios de justiça distributiva do que de eficiência. Contudo, o professor de Iowa também afirma que a utilização da teoria pode ser a alternativa mais eficiente, se a discussão da aplicação da *failing firm defense* for centrada naquilo que realmente importa para o mercado, o conjunto de ativos produtivos da sociedade empresária em crise:

a strong argument can be made that a narrowly applied failing company defense is economically efficient. The defense could serve to keep facilities in production that would otherwise be shut down. [...] The important question is not what happens to the bankrupt firm, but what happens to its productive assets. [...] The failing company defense could be efficient when it (1) enables a failing firm and its creditors to avoid the high administrative costs of bankruptcy; and (2) it keeps on the market productive assets that are worth keeping in production and would likely be taken out of production were it not for the merger. Offsetting these is the social cost of any monopoly pricing that flows from the merger itself, less the social cost that would flow from any monopoly created if the failing firm simply went out of business (Hovenkamp, 2005, p. 552).¹⁵

Nesse sentido, a aplicação de teoria da *failing firm* representa uma ponderação entre os custos decorrentes do poder de mercado gerado pela operação e as eficiências relativas à manutenção dos ativos produtivos da empresa em crise. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, no caso do Estado Norte-Americano contra a General Dynamics Corp. (1974), que a doutrina da *failing company* tem como pressuposto a comparação entre os efeitos anticom-

14. “A história da *failing firm defense* indica que ela foi provavelmente criada para proteger credores, proprietários ou acionistas, e empregados de pequenas empresas” (tradução livre).
15. “[...] um forte argumento pode ser elaborado para se concluir que a aplicação restrita da *failing company defense* é economicamente eficiente. A defesa poderia servir para manter facilidades produtivas que, de outra maneira, sairiam do mercado [...]. O ponto importante não é o que acontece com a sociedade empresária em crise, mas o que acontece com os seus ativos produtivos [...]. A *failing company defense* poderia ser eficiente quando (1) permitisse à sociedade empresária em crise e a seus credores evitarem o alto custo administrativo da falência; e (2) quando ela mantivesse no mercado os ativos produtivos, os quais poderiam ser excluídos caso não houvesse a fusão. O resultado disso é o custo social de um preço de monopólio que surge a partir da fusão, menos o custo social que poderia surgir de qualquer monopólio criado se a sociedade em crise simplesmente saísse do mercado” (tradução livre).

petitivos pós-operação, e o cenário contrafactual, que consiste na hipótese de inexistir a operação. Se nesta última situação, a consequente perda dos sócios e o dano à comunidade onde a sociedade está instalada forem maiores do que na hipótese de fusão, ou seja, forem maiores do que no caso da sociedade empresária em crise continuar a existir como parte da sociedade adquirente, a operação, com espeque na teoria da *failing firm*, deve ser aprovada (Pearlstein, 2002, p. 348).

No precedente *Citizen Publishing Co. v. U.S.* (1969), o Judiciário americano estabeleceu alguns dos requisitos que hoje são aceitos como necessários para a aplicação da teoria. Seriam eles: (i) a demonstração de que a companhia a ser adquirida sofre iminente perigo de falência; (ii) não pode haver a perspectiva realista de reorganização para a sociedade empresária em crise; e, finalmente; (iii) não deve existir comprador alternativo viável que signifique um risco competitivo menor para o mercado (Pearlstein, 2002, p. 351).

A partir dessa decisão, a doutrina norte-americana e a europeia começaram a elaborar os requisitos que hoje são conhecidos para a aplicação da teoria da *failing firm*. Impossível tratar deste tema no direito concorrencial brasileiro sem conhecer, pois, os parâmetros estabelecidos no *Horizontal Merger Guidelines* dos Estados Unidos e o conceito de *rescue merger* elaborado pela Comissão Europeia.

3.1 Os requisitos para a utilização da teoria nos Estados Unidos e na União Europeia

O guia de análises de concentrações norte-americano havia adotado os seguintes requisitos para a aplicação da *failing firm defense*:

(1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; (2) it would not be able to reorganize successfully under Chapter 11 of the Bankruptcy Act; (3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative failing firm that would both keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger; and (4) absent the acquisition, the assets of the failing firm would exit the relevant market (Hovenkamp, 2005, p. 554).¹⁶

16. “(1) a sociedade empresária alegadamente insolvente deveria ser incapaz de cumprir suas obrigações financeiras no futuro próximo; (2) não seria capaz de se reorganizar com sucesso ao abrigo do *Chapter 11 of Bankruptcy Act* (da Lei de Falências norte-americana); (3) tem feito esforços infrutíferos, de boa-fé, para encontrar alternativa razoável que mantenha seus ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante e que represente um perigo menos grave à concorrência

Primeiramente, é preciso que a sociedade em situação de crise seja incapaz de honrar suas obrigações comerciais e financeiras em um futuro próximo. Não necessariamente ela já precisa estar insolvente ou em estado falimentar no momento da operação. Aqui começam as dificuldades para aplicação da *failing firm defense* no caso concreto. Mensurar o tempo exato desse “futuro próximo”, bem como avaliar previamente o risco de uma sociedade falir não são tarefas simples. Isso requer um profundo estudo acerca da situação financeira da sociedade, uma consolidada avaliação do cenário econômico e regulatório no qual a sociedade em crise está inserida, bem como um profundo conhecimento sobre as possibilidades de recuperação, à luz da legislação falimentar vigente.

É dever do aplicador do direito, pois, avaliar se a sociedade empresária não seria capaz de se reabilitar conforme as disposições estabelecidas na legislação falimentar, que, no caso do Brasil, conta com os importantes institutos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial. Esse é justamente o segundo ponto que deve ser analisado, conforme expõem as autoridades americanas. O *Bankruptcy Act* é a legislação dos Estados Unidos que trata da sociedade empresária em crise e das suas possibilidades de recuperação. Aqui, necessariamente, haverá uma intercessão entre a legislação falimentar e a legislação antitruste, de maneira que, ao analisar o caso concreto, o aplicador deverá, a partir dos dispositivos que tratam das possibilidades de recuperação empresarial, perquirir se não é plausível a reorganização da atividade empresarial sem que, necessariamente, tenha que ser concretizada a operação sob análise.

Em terceiro lugar, deve ser observado se, de boa-fé, a sociedade empresária realizou esforços para obter outra solução menos danosa à concorrência, de maneira a também manter seus ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante. Neste ponto será avaliado se a sociedade em crise poderia vender seus ativos para outro agente econômico que não o pretendo comprador, cuja participação no mercado fosse menor, a fim de evitar uma concentração excessiva.

Finalmente, a autoridade antitruste deve investigar o que ocorrerá com os ativos da sociedade caso a operação não seja realizada. Se a saída do mercado dessa força de produção significar uma perda de produtividade naquele setor, a qual poderá reduzir o bem estar do consumidor, a operação seria uma solução menos gravosa à concorrência. Novamente, apenas o caso concreto irá oferecer os parâmetros necessários para a solução da questão. A depender da estrutura do mercado, a participação do agente em crise, após a sua saída, irá ser distribuída de maneira equânime entre os demais competidores (se eles

do que a proposta de fusão; e (4), caso inexista a aquisição, os ativos da empresa sairiam do mercado relevante” (tradução livre).

tiverem capacidade de produção ociosa para absorver a demanda), situação na qual a saída dos ativos pode até gerar um cenário competitivo melhor do que o da operação.

Contudo, caso não haja no mercado capacidade ociosa de produção, ou apenas o agente líder tenha a possibilidade de suprir a necessidade da demanda, em um cenário de mercado sem a sociedade empresária em crise, a operação pode realmente ser uma alternativa viável, sob o aspecto concorrencial, para evitar a saída dos ativos do mercado. Nesse segundo cenário (apenas o líder tem capacidade ociosa para suprir a demanda), é muito provável que o líder adquirente absolva, de toda forma, a participação de mercado da sociedade empresária, razão pela qual não seria razoável impedir a operação, já que o mercado, pela sua estrutura, irá necessariamente se concentrar após a saída da *failing firm*.

Em 19 de agosto de 2010, a autoridade antitruste dos Estados Unidos publicou nova versão do *Horizontal Mergers Guideline* na qual também consta, expressamente, a previsão dos requisitos para aplicação da teoria da *failing company*. As regras acima explicitadas sobre a teoria foram mantidas nesta nova versão, a qual trata do assunto nos seguintes termos:

a merger is not likely to enhance market power if imminent failure, as defined below, of one of the merging firms would cause the assets of that firm to exit the relevant market. This is an extreme instance of the more general circumstance in which the competitive significance of one of the merging firms is declining: the projected market share and significance of the exiting firm is zero. If the relevant assets would otherwise exit the market, customers are not worse off after the merger than they would have been had the merger been enjoined. The Agencies do not normally credit claims that the assets of the failing firm would exit the relevant market unless all of the following circumstances are met: (1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; (2) it would not be able to reorganize successfully under Chapter 11 of the Bankruptcy Act; and (3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers that would keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger (FTC, 2010).¹⁷

17. “[...] Uma operação de concentração não é suscetível de reforçar o poder de mercado se o fracasso iminente, conforme definido a seguir, de uma das empresas em concentração puder causar a saída dos ativos dessa empresa do mercado relevante. Este é um exemplo extremo de uma circunstância mais geral na qual a importância competitiva de uma das empresas objeto de fusão está em declínio: a quota de mercado projetada e a importância da empresa em crise são zero. Se os ativos em causa saírem do mercado, os clientes não estarão piores depois da

Um ponto de destaque importante para essa nova norma americana é fato de ela trazer expressamente a definição do que seria uma alternativa razoável de oferta para os ativos. Segundo as autoridades dos Estados Unidos, qualquer oferta de compra dos ativos da sociedade em crise por um preço acima do valor de liquidação é considerada uma alternativa viável, para os fins de não aplicação da teoria da *failing firm*. Valor de liquidação é o valor mais alto que os ativos podem alcançar para a utilização fora do mercado relevante (FTC, 2010).

A Comissão Europeia, por sua vez, tem a possibilidade e a obrigação de proibir as operações que criem ou fortaleçam um agente com posição dominante na União Europeia de maneira anticompetitiva, nos termos do art. 2 da *Merger Regulation* hoje vigente (*Council Regulation EC n. 109/2004*). É importante entender aqui a competência da Comissão Europeia, tendo em vista que os diversos países que compõem o bloco mantêm também, em suas respectivas jurisdições, autoridades de proteção à concorrência em funcionamento. O órgão analisa operações que tenham a chamada *Community Dimension*, que seriam aquelas nas quais:

- (i) The combined aggregate worldwide turnover (from ordinary activities and after turnover taxes) of all the undertaking concerned (in the case of the acquisition of parts of undertakings, only the turnover relating to the parts which are the subject of the concentration shall be taken into account with regard to the seller¹⁸ (s)) is more than EUR 5.000 million (special rules apply to banks); and (ii) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 250 million, unless (iii) each of the undertakings concerned achieves more than two-

fusão. A saída dos ativos da empresa do mercado relevante será relevante se todas as condições seguintes forem satisfeitas: (1) a empresa supostamente em crise não seria capaz de cumprir suas obrigações financeiras no futuro próximo, (2) não seria capaz de se reorganizar com sucesso sob o Capítulo 11 do Bankruptcy Act, e (3) tem feito esforços infrutíferos, de boa fé, para obter ofertas alternativas razoáveis que iriam manter seus ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante e que constituam um menor perigo para a concorrência do que a proposta de fusão” (FTC, 2010 – tradução livre).

18. Aqui está uma diferença relevante em relação à legislação brasileira, para a qual o faturamento, quando utilizado como critério de conhecimento de operação, não se restringe ao faturamento atinente à parte dos ativos do vendedor que está sendo negociada. A lei brasileira simplesmente fala, para conhecimento da operação pelo SBDC, em faturamento superior a R\$ 400 milhões de qualquer um dos participantes da operação.

-thirds of its aggregate Community – wide turnover within one and the same member state (ECC, 2010, p. 4).¹⁹

Em 1995, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio do seu comitê de competição, promoveu debate para tratar sobre a aplicação *failing firm defense* nas diversas jurisdições de seus países-membros. Àquela época, os representantes da Comissão Europeia registraram no encontro que nem na regulação então vigente sobre fusões e aquisições (*Council Regulation EC n. 4.064/1989*), nem em qualquer outro ato normativo da comunidade, havia a definição da teoria de *failing firm* (OCDE, 1996, p. 91-94).

Ocorre que, mesmo na ausência de dispositivo normativo, a Comissão havia desenvolvido, já em 1995, o conceito de *rescue merger* para os casos de atos de concentração envolvendo sociedades empresárias em crise. Para a autoridade antitruste da União Europeia, é importante que a operação não seja considerada como a causa da deterioração da estruturação competitiva do mercado. Ou seja, a Comissão aprovará a operação com espeque na teoria da *failing firm* apenas se restar demonstrado que, mesmo sem o ato de concentração, a posição dominante do agente líder seria, semelhantemente, fortalecida. Sobre o assunto, assim dispõe expressamente o Guia de Concentrações Horizontais da União Europeia: “The basic requirement is that the deterioration of the competitive structure that follows the merger cannot be said to be caused by the merger”²⁰ (ECC, 2010, p. 187).

No mais, três foram os requisitos delineados pela autoridade de controle antitruste na Europa para a aplicação da *failing firm defense*:²¹

19. “(i) O faturamento total em nível mundial (a partir de atividades normais e após o volume de impostos) de todas as empresas relacionadas à operação (no caso da aquisição de partes de empresas, apenas o volume de negócios referente às parcelas que são objeto da operação será tido em conta, no que diz respeito ao(s) vendedor(es)) for superior a 5 bilhões de euros (regras especiais aplicáveis aos bancos), e (ii) o faturamento de negócios em nível comunitário de cada um de pelo menos duas das empresas envolvidas na operação for superior a 250 milhões de euros, a menos que (iii) cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços de seu volume total de negócios em um único Estado-Membro” (tradução livre).
20. “O requisito básico é que a deterioração da estrutura concorrencial do mercado após a operação não pode ser tida como causada por esta” (tradução livre).
21. Hoje esses requisitos estão expressamente previstos no item VIII do *Guia de Análises de Concentração Horizontal da União Europeia*, elaborado em março de 2004 (ECC, 2010, p.178-187), mas já haviam sido estruturados desde 1995.

First, the allegedly failing firm would in the near future be forced out of the market because of financial difficulties if not taken over by another undertaking. Second, there is no less anti-competitive alternative purchase than the notified merger. Third, in the absence of a merger, the assets of the failing firm would inevitably exit the market (ECC, 2010, p. 187).²²

A primeira e a última regra transcritas acima são idênticas à primeira e à última impostas pelas autoridades americanas, conforme listagem supra. Sem a existência da operação, a sociedade empresária em crise poderá desaparecer do mercado, tendo em vista que não conseguirá quitar suas obrigações em um futuro próximo. A segunda regra também encontra paralelo perfeito no modelo americano, qual seja o de se perquirir por outra solução menos anti-competitiva para o mercado.

Assim, em síntese, analisando os dois modelos, podem ser elencados os seguintes requisitos para a aplicação da *failing firm defense*: (i) a sociedade empresária em crise deve ser incapaz de cumprir suas obrigações em um futuro próximo; (ii) ela não deve ser capaz de reorganizar-se com sucesso ao abrigo da legislação falimentar vigente; (iii) deve ter feito esforços para obter uma solução alternativa menos anticompetitiva, sem contudo obter êxito, ou, alternativamente, demonstrar que uma solução menos anticompetitiva é inviável; (iv) deve restar demonstrado que, na ausência da aquisição, os ativos da empresa iriam sair do mercado relevante;²³ (v) finalmente, deve haver indícios de que, se a fusão ou aquisição da empresa em crise não ocorrer, praticamente toda a sua participação de mercado iria, invariavelmente, para o pretendo adquirente.²⁴

3.2 Aplicação da teoria em outras jurisdições²⁵

No Canadá, existe a previsão da teoria da *failing company* no guia de fusões denominada *Merger Enforcement Guideline*, exigindo-se os seguintes re-

22. “Primeiro, a sociedade em falência poderia ser forçada a sair do mercado, em um futuro próximo, em razão de dificuldades financeiras, caso não seja adquirida por outra. Segundo, não existe uma alternativa menos anticompetitiva do que a compra apresentada. Terceiro, na ausência da fusão, os ativos da sociedade em falência poderiam sair, inevitavelmente, do mercado” (tradução livre).
23. Estes quatro primeiros são baseados nos requisitos elencados pela autoridade antitruste americana.
24. Este último deriva da experiência da autoridade antitruste europeia.
25. Aqui será exposto, de maneira sucinta, como outras jurisdições, com exceção dos Estados Unidos e da Comissão Europeia, tratam da *failing firm defense*. Isso porque essas duas jurisdições serviram de arcabouço para a elaboração dos tópicos

quisitos para a sua aplicação: (i) a empresa deve estar falida ou na iminência de falir, (ii) não deverão existir quaisquer outras soluções menos prejudiciais ao mercado e, (iii) deve-se constatar que, na ausência do ato de concentração, os ativos da empresa sairiam do mercado.

O Competition Bureau, autoridade de direito antitruste canadense, irá analisar o que ocorreria com as sociedades em crise caso a operação não se concretizasse. Será considerada uma empresa na iminência de falir aquela que estiver próxima da insolvência, iniciou um processo de falência voluntário ou tem contra si pedido de falência. Antes de aprovar uma operação envolvendo *failing firm*, o Competition Bureau vai olhar para alternativas menos lesivas, incluindo a aquisição por outro comprador, uma possível reestruturação societária, ou outra forma de liquidação (GCR, 2010a).

No Japão, segundo prescreve seu guia de fusões e aquisições de 2007, a autoridade japonesa responsável pela análise antitruste, o Japan Fair Trade Commission (JFTC), deve considerar os seguintes requisitos cumulativos para que a defesa da sociedade empresária em crise seja aceita: deve restar claro que uma das partes envolvidas na operação é, ou será, em curto espaço de tempo, insolvente, além de que é preciso investigar se não existe solução menos anticompetitiva para resguardar os ativos da *failing firm* no mercado. Existindo esses dois requisitos, a teoria é uma solução viável, sob o ponto de vista concorrencial, na jurisdição japonesa, para que a concretização da operação resguarde os ativos da sociedade insolvente (GCR, 2010b).

No Reino Unido, a autoridade antitruste inglesa, UK's Office of Fair Trading (OFT), durante o ano de 2009, discutiu intensivamente se a crise mundial traria algum impacto no entendimento daquele órgão sobre os critérios para aceitação da teoria. Contudo, verificou-se que os requisitos para reconhecimento da *failing firm defense* mantiveram-se inalterados. As sociedades em crise continuaram, mesmo em período de dificuldade financeira, tendo que demonstrar que a empresa-alvo acabaria por sair do mercado na ausência da concentração e que não havia nenhuma alternativa substancialmente menos anticoncorrencial para o caso. Em contrapartida, o Reino Unido tem ativamente abordado o papel potencial que a crise financeira pode desempenhar na avaliação da operação e, em especial, na empresa insolvente, para reafirmar a sua orientação pela utilização da teoria.

Em um caso julgado no final de 2008, a autoridade antitruste inglesa aplicou o conceito de empresa insolvente para facilitar a aquisição pela HMV de 15 lojas pertencentes a seu concorrente direto, a Zavvi entretenimento, cadeia

precedentes, sobretudo aquele que buscou definir os critérios genéricos para a aplicação da teoria.

de varejo. Na decisão, os princípios tradicionais de utilização da *failing firm defense* foram aperfeiçoados. Por exemplo, considerou-se em menor detalhe se a saída das lojas em questão era inevitável na ausência da concentração, ou se havia qualquer perspectiva séria de saneamento, dedicando a autoridade britânica maior atenção simplesmente ao fato de que o fechamento das lojas em questão seria bem pior para os consumidores do que a fusão (GCR, 2010c).

Contudo, nem todos os países apresentam bases normativas claras para a aplicação da teoria. Muitas jurisdições, sobretudo a dos países em desenvolvimento, ainda não elaboraram os postulados da *failing firm defense*. É o caso da África do Sul, por exemplo.

No final de 2009, em reunião realizada pela OCDE entre autoridades de defesa da concorrência de vários países para discutir a *failing company*, os representantes da África do Sul confirmaram que naquela jurisdição o fato de a sociedade objeto da operação estar em crise é apenas mais um critério que será avaliado para considerar se uma fusão ou aquisição será favorável à concorrência. Não existe o arcabouço normativo nem empírico (casos julgados) que sustente a independência da teoria, ou sua aplicação como uma defesa autônoma. Além disso, segundo os agentes da África do Sul, os critérios estabelecidos pelos Estados Unidos e pela União Europeia servem como parâmetro, mas mesmo que todos eles, em um caso concreto, sejam preenchidos, outros fatores serão levados em consideração antes que a autoridade de defesa da concorrência decida pela aprovação do ato de concentração submetido (OCDE, 2010, p. 8).

3.3 A *failing firm defense* no Brasil

Como já dito, não há na legislação brasileira, nem nos atos normativos elaborados pelos agentes administrativos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a previsão da *failing firm defense* expressa. Contudo, isso não constituiu empecilho para que, em diversos casos, o CADE discutisse a aplicação da teoria, tendo sido encontrado um caso em que a aprovação da operação foi pautada primordialmente pela aplicação da defesa.²⁶ É possível

26. Dois foram os mecanismos de pesquisa utilizados para buscar, na jurisprudência do CADE, julgamentos que tratassem da teoria da *failing firm*. Primeiro, utilizou-se a pesquisa dirigida do Google para procurar no domínio www.cade.gov.br as expressões “*failing firm*” e “*rescue merger*”. Segundo, foram analisados todos os pareceres da Procuradoria do CADE emitidos entre os anos de 1994 a 2009, os quais se encontram encadernados e arquivados na biblioteca da autarquia. Ao todo foram selecionados sete precedentes que demonstram de maneira clara como a teoria vem sendo discutida no Brasil.

dizer, assim, que na jurisdição administrativa brasileira de proteção à concorrência existe precedente de aplicação da teoria da *failing firm*.

Depois da transformação do CADE em autarquia federal, fato que ocorreu após a promulgação da Lei 8.884/1994, a primeira discussão acerca da aplicação da teoria da *failing firm* se deu no Ato de Concentração 0044/1995, julgado em 17 de dezembro de 1997, de relatoria do ex-conselheiro Renault de Freitas Castro. Tratava-se da aquisição pela Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira de ativos da Mendes Júnior Siderurgia S.A. Na ocasião, expôs o conselheiro relator:

A SEAE, em seu parecer sobre o presente ato, considera que o argumento da empresa insolvente pode ser aplicado ao caso em questão, visto que a proposta de arrendamento feita pela Belgo-Mineira foi aceita porque outras propostas originárias da Açominas, Acesita, CSN e Usiminas, ou seja, provenientes de empresas fora do mercado relevante em questão, não obtiveram êxito. Concluiu a SEAE, como já visto, que a operação é passível de aprovação, considerando que a insolvência da MJS justifica a significativa elevação no grau de concentração do mercado relevante. Semelhante foi a conclusão da SDE, que, pelo mesmo motivo, considerou a operação sob a égide do art. 54 da Lei 8.884/94. De início, vale lembrar que o argumento da empresa insolvente é reconhecido pela doutrina como pela jurisprudência nos casos em que as requerentes efetivamente demonstram que uma delas está em situação de insolvência e, ainda, que a outra detém capacidade econômica e financeira para impedir que os ativos da empresa insolvente deixem o mercado (Brasil, 1997).

Os critérios utilizados para a análise da teoria, neste caso, foram os mesmos elencados pela autoridade antitruste norte-americana. O Conselheiro considerou que não restaram demonstrados os esforços de boa-fé da sociedade empresária em crise para poder encontrar alternativa razoável para aquisição, bem como não havia certeza de que, inexistindo o ato, os ativos da empresa deixariam o mercado. O ato foi aprovado porque, segundo entendimento do CADE, mesmo descartando a teoria da *failing company*, a operação promoveria maior equilíbrio concorrencial no mercado relevante.

No Ato de Concentração 0092/1996, sob a relatoria do ex-conselheiro Marcelo Procópio Calliari, julgado em 15 de abril de 1998, referente à aquisição da Celite S.A., que estava em concordata, pela Incepa, no mercado de louças sanitárias, a tese foi ventilada pelas empresas, tendo sido rejeitada pelo CADE, porque não havia demonstração de que os ativos teriam efetivamente sido oferecidos a outros concorrentes. A operação foi aprovada sem restrições, tendo por fundamentos a existência de efetiva rivalidade, bem como a ausência de significativas barreiras à entrada no mercado (Brasil, 1998a).

No Ato de Concentração 0084/96, julgado em 12 de agosto de 1998, o CADE analisou a teoria na operação de aquisição de controle da Metal Leve S.A. Indústria e Comércio pela Cofap – Companhia Fabricadora de Peças e pela MAHLE GmbH. A relatora Lúcia Helena Salgado e Silva entendeu que não ficou comprovado que a Metal Leve S.A. estivesse realmente em situação pré-falimentar, rejeitando, pois, a *failing firm defense*. Novamente os critérios do direito antitruste norte-americano foram utilizados para embasar a decisão do CADE. A operação foi aprovada com restrições, pois alguns ativos da Metal Leve S.A. tiveram que ser alienados (Brasil, 1998b).

A aquisição da Baesa pela Brahma, referente ao mercado relevante de refrigerantes carbonados, foi apresentada ao CADE por meio do Ato de Concentração 08012.007374/1997-34, cuja relatoria foi do ex-conselheiro Arthur Barrionuevo Filho. Novamente a teoria foi alegada, tendo em vista que a Baesa estava em dificuldades financeiras. Contudo, o Plenário do CADE a rejeitou, com espreque nos requisitos norte-americanos, uma vez que não foi demonstrada a inexistência de compradores alternativos viáveis. O processo foi julgado em 30 de setembro de 1998, tendo sido a operação aprovada sem restrições, sobretudo por conta da rivalidade existente no setor, liderado pela Coca-Cola (Brasil, 1998c).

O Ato de Concentração 08012.005205/99-68, referente à compra da Casil Indústria e Comércio S.A. pela São Juliano Participações Ltda., sob a relatoria do ex-conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, foi julgado em 1.º de junho de 2005. A Casil atravessava dificuldades financeiras, e isso foi argumentado pelas empresas como motivo da aprovação da operação. Embora a tese da *failing firm* não tenha sido expressamente mencionada, tanto a SDE quanto a SEAE afastaram a hipótese, porquanto a situação de iminente quebra da sociedade empresária não estava materializada (Brasil, 2005). A operação foi aprovada sem restrições por outros motivos.

Outro caso importante foi o Ato de Concentração 08012.014340/2007-75, julgado em 13 de fevereiro de 2008, no qual o CADE, a partir de posicionamento exposto nos pareceres da SEAE, da SDE e da Procuradoria Federal, utilizou a doutrina da *failing company* para aprovar a aquisição, pela Votorantim Metais Zinco S/A, dos direitos minerários da massa falida da Mineração Areiense S/A.

A Votorantim foi considerada nos autos como um monopolista, e iria, de certa forma, ampliar seu poder de mercado com a operação. O principal fundamento pela aprovação foi o de que a empresa adquirida era um agente inoperante (já falido). Sobre o assunto, a Procuradoria do CADE, após citar no seu parecer trecho do voto do conselheiro Renault Freitas de Castro no AC 0044/1995 já referido, expôs:

Cuidando-se os requisitos acima declinados com a situação em apreço, pode-se constatar o total preenchimento. A empresa está falida, a adquirente é manifestamente solvente e o processo de venda se deu por meio de um certame público, franqueado a qualquer interessado [...] em princípio, não se vislumbra a possibilidade de efetivação de outras soluções menos anti-competitivas ao mercado. Conforme exposto pela Requerente, o contrato de arrendamento ocorreu mediante realização de certame judicial, ao qual não ocorreu qualquer interessado, à exceção da própria requerente. Não sendo apresentados outros compradores concorrencialmente preferenciais, não há que se falar em outras soluções menos anticompetitivas. Considerando o exposto, a teoria da *failing company* é, em tese, aplicável ao caso em questão, vez que as decorrências do ato de concentração são mais benéficas ao mercado do que a manutenção de massa falida e inutilização dos ativos minerários (Brasil, 2008a).

O Plenário do CADE concordou à unanimidade com os fundamentos expostos no voto do ex-conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, relator do caso que assim fundamentou a aprovação da operação sem restrições:

As requerentes defenderam a aplicação da teoria concorrencial da *failing company* para que o Ato de Concentração fosse aprovado, seguindo o rito sumário [...]. A SEAE, seguida pelos Pareceres da ProCADE, acolheu essa teoria. No entanto, apesar da alta concentração, a SEAE, após cuidadosa análise, entendeu que a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das Requerentes era baixa, dadas as condições de entrada no mercado, a rivalidade entre os participantes e a possibilidade de importação, sob certas condições, proveniente de um número significativo de ofertantes internacionais. Além disso, a Secretaria entendeu que havia forte poder de barganha das siderúrgicas, setor que mais absorve o zinco como matéria-prima. Considerando essas informações, somado ao fato de se tratar de aquisição de direitos minerários de uma empresa em fase de liquidação judicial (teoria da *failing company*), e, em especial, no qual houve leilão judicial com proposta apenas da VMZ, há de se considerar que é desnecessária a solicitação de maiores informações acerca do mercado, de modo que a operação deve ser aprovada sem restrições (Brasil, 2008b).

Ainda que outros motivos tenham sido listados para a aprovação da operação, a aplicação da teoria da *failing firm* foi a *ratio decidendi* do julgado, configurando esse caso, pois, um precedente no qual o CADE, ao analisar uma operação, constatou o preenchimento de todos os requisitos para a *failing company defense* e a aplicou.

Finalmente, um caso mais recente em que houve a discussão da teoria foi o Ato de Concentração 08012.000304/1998-81, julgado em 23 de julho de 2008, o qual tratava da transferência de todo o acervo industrial da Amadeo

Rossi S.A. para a sociedade Forjas Taurus S.A. Apesar de a Taurus ter listado a situação financeira pela qual atravessava a Rossi S.A. como fundamento para aprovação da operação, não foram encontrados, nos autos, todos os elementos necessários para a utilização da *failing firm defense*. A Procuradoria do CADE, na ocasião, mencionou:

Por outro lado, o argumento de que a operação apenas se concretizou porque a Rossi atravessava sérias crises financeiras, numa tentativa de se aplicar a teoria da *failing company defense* ao caso, não merece prevalecer neste momento [...]. Como se observa, não há nos autos elementos que comprovem a existência dos requisitos exigidos para a aplicação da *failing company defense*. Os demonstrativos contábeis da Rossi (fls. 607/610) não conduzem à conclusão do estado falimentar da empresa, nem há comprovação de que os ativos da Rossi inevitavelmente sairiam do mercado, caso não houvesse o ato de concentração. A propósito, convém salientar que a Rossi continua explorando a atividade econômica, embora não mais atue no mercado de armas curta (Brasil, 2008c).

A operação foi aprovada, mas não por se tratar de uma sociedade empresária em crise. Segundo o conselheiro relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos, o principal fundamento foi, entre outros, o lapso de 10 anos encontrado entre a realização da operação e a sua notificação ao CADE. Qualquer intervenção no caso, segundo o CADE, poderia ser mais prejudicial à concorrência do que a operação. Contudo, multa substancial por conta da notificação intempestiva foi infligida aos agentes (Brasil, 2008d).

Assim, a análise de casos permite constatar que a teoria da *failing firm* há muito é discutida nos processos de ato de concentração submetidos ao CADE, tendo o Conselho, na maioria deles, utilizado os critérios da doutrina norte-americana. Apesar de não existir uma sistematização que permita concluir por uma evolução linear do entendimento, já houve precedente em que o CADE reconheceu todos os elementos presentes para aplicar a defesa da sociedade empresária em crise, adotando a teoria como *ratio decidendi* da aprovação. Isso porque, a despeito da ausência de previsão normativa (leis em sentido estrito e atos normativos infralegais), a teoria vai ao encontro das finalidades da legislação antitruste vigente, conforme restou ponderado pelo ex-conselheiro Arthur Barrionuevo, no trecho do seu voto a seguir transcrito:

Considero razoáveis – dentro do espírito da Lei 8.884/94 – as condições impostas na jurisprudência americana, para a análise dos efeitos concorrenciais de uma operação envolvendo firmas em estado falimentar. A tese da firma falimentar busca estabelecer critérios que mostrem – sem qualquer dúvida – que a absorção de uma firma falida por um concorrente, não provoca

danos ao processo competitivo. Neste sentido, é uma preocupação equivalente a aquela presente no Art. 54 da Lei 8.884/94 (Brasil, 1998c).

De maneira semelhante, a Procuradoria do CADE expôs na seguinte passagem:

[...] não obstante inexistam quaisquer previsões acerca da *failing company defense* na legislação brasileira, ela apresenta-se em consonância com o sistema jurídico de defesa da concorrência brasileira. Sendo o objetivo do direito antitruste a maximização do bem-estar, é inevitável fazer-se a ponderação entre as perdas sociais decorrentes da concentração econômica – ilustrado pelo triângulo de peso morto e outros quejandos – e os benefícios sociais proporcionados ao se evitar a destruição de riquezas – ativos tangíveis e intangíveis que se perderiam com a falência (Brasil, 2008a).

O estudo dos precedentes julgados pelo CADE e dos requisitos para aplicação da teoria em outras jurisdições demonstra que a utilização da *failing firm defense* no Brasil vai ao encontro do sistema jurídico de defesa da concorrência e dos princípios estabelecidos na Lei 8.884/1994. Por isso, entende-se plenamente possível, com o arcabouço legislativo hoje existente, que a SDE e a SEAE, em um próximo *Guia de Análises de Concentrações Horizontais*, abordem expressamente a previsão da *failing firm doctrine*.

A utilização da teoria da *failing company* não apenas está conforme com os ditames da Lei 8.884/1994, como também está alinhada aos princípios que embasaram a atual legislação falimentar brasileira, a Lei 11.101/2005, também conhecida como “Lei de Recuperação de Empresas e Falências”. O estudo desse diploma legislativo é importante não apenas para a verificação dos requisitos da *failing firm defense* (mais especificamente para a análise da probabilidade de falência, em futuro próximo, da sociedade em crise, bem como das possibilidades que a lei oferece para a sociedade se reorganizar com sucesso), mas também para que seja demonstrado que sua aplicação na análise de atos de concentração do CADE obedece ao princípio da preservação da atividade empresarial.

4. A aplicação da *failing firm defense* a partir da Lei 11.101/2005

A Lei 11.101, em vigor desde 9 de junho de 2005, é a chamada “Lei de Falências” ou ainda “Lei de Recuperação de Empresas e Falências”. Este último título, em verdade, é mais adequado, em razão da relevância atribuída por esse diploma legal aos mecanismos de manutenção da atividade empresarial, que seriam a recuperação judicial e a extrajudicial. Entretanto, por serem de uso comum na doutrina, ambas as denominações serão aqui utilizadas indistintamente.

A Lei de Falências disciplina não apenas os mecanismos de recuperação da sociedade empresária em crise, mas também dispõe acerca das formas de alienação dos ativos da sociedade falida, de maneira a garantir que os credores, observada a capacidade financeira da empresa em crise, possam receber o que lhes é devido, de maneira proporcional e equânime, respeitada a classificação de seus créditos (*par conditio creditorum*). Ou seja, trata-se de estatuto que reúne o conjunto de normas materiais e processuais aplicadas à hipótese de a sociedade empresária sofrer alguma crise financeira.

A antiga Lei de Falências (Decreto-lei 7.661/1945), na forma como se encontrava estruturada, não oferecia possibilidade efetiva de recuperação ao empresário individual ou à sociedade empresária em situação de crise. O instituto da concordata servia mais como instrumento de burla aos credores do que como salvaguarda para manutenção da atividade econômica da empresa. Daí por que Rubens Requião mencionara que a falência e a concordata, “na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram, pela obsolescência de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude dos inescrupulosos” (Requião, 1985, v. 2, p. 248).

Observava-se que o sistema antes vigente não conseguia nem atender à vontade dos credores, nem preservar a atividade empresarial em crise, apresentando-se incapaz de prestigiar qualquer tipo de interesse. Aliada a essa ineficiência, desenvolveu-se um consenso geral de que deveria ser perseguida pela legislação falimentar, como meta primeira, a manutenção da atividade da empresa, em decorrência de tudo que representa, como unidade econômica e socialmente útil, para a comunidade (Bezerra Filho, 2009, p. 41).

Esse foi o espírito de criação do vigente diploma falimentar e é a partir desse norte que a aplicação da *failing firm* nos atos de concentração submetidos ao CADE pode ser valorada. O operador do direito, diante da ausência de previsão normativa específica da *failing firm defense*,²⁷ deve buscar, no ordenamento jurídico vigente, para aplicar ao caso concreto, os princípios e as normas que regulam o fato social (a atividade empresarial em crise) objeto de análise.

27. O princípio da ausência de lacunas no Ordenamento Jurídico foi interpretado, na verdade, pela grande maioria dos juristas positivistas, como uma ficção de política jurídica ou, pelo menos, da Ciência do Direito. Considerando a definição de lacuna oferecida pelo Professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, que a entende como sendo “uma inadequação em relação em alguma coisa (Ferraz Júnior, 2007, p. 222)”, não existe bem uma lacuna no caso da *failing firm defense*. Tanto a lei do CADE quanto a Lei de Falências, embora não a abordem expressamente, possibilitam a sua aplicação.

4.1 Fundamento na recuperação das empresas

A Lei 11.101/2005 trouxe, com as novas disposições sobre a falência e a recuperação (judicial e extrajudicial), uma visão diferente em relação ao diploma falimentar anterior, porquanto passou a considerar como prioridade a manutenção da atividade produtiva da empresa.

Demonstração disso é, por exemplo, a ampliação de possibilidades fornecidas ao empresário para a recuperação econômico-financeira de seu empreendimento. É admissível, nos termos da vigente Lei de Falências, que o empresário, diante de uma situação de dificuldades, reúna os credores e acerte com eles um acordo de renegociação de dívidas, o qual poderá ser homologado em juízo, para, através de um consenso, constituir um título executivo judicial. Esse é o instituto da recuperação extrajudicial, que, na sistemática da antiga lei falimentar, consubstanciava ato fraudulento, motivador do pedido de falência do empresário, porquanto o art. 2.º previa, em seu inciso III, como ato falimentar, a convocação de credores para lhes propor dilação, cessão de créditos ou cessão de bens (Brasil, 2002, p. 148).

Outro exemplo que bem denota o espírito da Lei 11.101/2005 é o seu art. 50, que elenca 16 meios para serem utilizados pelo empresário na formulação do plano de recuperação judicial (Brasil, 2005, p. 71-72). Poderão também ser criados outros mecanismos, a critério do devedor, em acordo com os credores, representados pela assembleia-geral, para salvaguardar a atividade da empresa. A lei privilegia a chamada “solução de mercado”, proveniente daqueles mais familiarizados com a estrutura empresarial, que são os credores e o próprio devedor, em detrimento do modelo da antiga legislação, a qual impunha uma “solução judicial”, representada pela concordata, que se afastava, muitas vezes, das necessidades da empresa em crise, impossibilitando sua recuperação.

O operador do direito que pretenda aplicar a teoria da *failing firm* nos atos de concentração submetidos à análise do CADE deve entender essa dinâmica da legislação falimentar, pois um dos requisitos elencados pela doutrina para aplicação da teoria é justamente o de a sociedade em crise “não ser capaz de reorganizar-se com sucesso ao abrigo da legislação falimentar vigente”.

Em todos os casos analisados no CADE já listados, os votos que tratavam da *failing company* simplesmente faziam referência ao que está disposto no guia de análises norte-americano, transcrevendo *ipsis litteris* o comando de verificar a possibilidade de recuperação da empresa “under Chapter 11 of the Bankruptcy Act”. Nenhum julgado fazia menção à legislação falimentar brasileira, seja à atualmente vigente, seja ao revogado Decreto-lei 7.661/1945. Contudo, em que pese essa ausência de explicitação das normas falimentares

nos casos julgados, parece claro que não deve ser a legislação americana o parâmetro do intérprete nos atos de concentração analisados no Brasil.

O operador do direito deverá perquirir se, à luz do disposto na Lei 11.101/2005, mais especificamente nos artigos que tratam da recuperação judicial e extrajudicial, a sociedade empresária em crise, cuja operação de aquisição é submetida à apreciação do CADE, pode ou não, efetivamente, recuperar por forças próprias sua plena capacidade produtiva. E aqui apenas começam as dificuldades, porque, na teoria, toda e qualquer empresa pode ter um plano de recuperação judicial ou extrajudicial bem-sucedido, mas, na prática, poucas conseguem.

São tantos os fatores que irão interferir no sucesso de um plano de recuperação judicial (aprovação do plano pela Assembleia Geral de Credores, autorização do Judiciário, possibilidade de recurso pelo Ministério Público, entre outros) que, para aplicar a teoria da *failing firm* obedecendo ao requisito ora analisado, não apenas deverá existir certa parcimônia, como também é preciso entender bem a dinâmica e as dificuldades da recuperação empresarial na legislação falimentar.

Além disso, é notória a finalidade em comum dos dois institutos, o da recuperação de empresa na Lei de Falências e o da *failing firm* no direito concorrencial: ambos visam preservar, no mercado, os ativos produtivos da empresa.

4.2 Fundamento no processo falimentar

Quando for constatado que a sociedade empresária não poderá se recuperar com base na legislação falimentar brasileira vigente, novamente é necessário interpretar a Lei 11.101/2005, porquanto outro requisito para aplicação da *failing firm* é o fato de a “sociedade empresária em crise ser incapaz de cumprir suas obrigações em um futuro próximo”. Isso implica, necessariamente, a análise das hipóteses de falência elencadas no art. 73, o qual trata dos casos de convalidação da recuperação judicial em falência, e no art. 94 da Lei de Falências.²⁸

28. “Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: I – por deliberação da assembleia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei; II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei; III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4.º do art. 56 desta Lei; IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1.º do art. 61 desta Lei. Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do *caput* do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no

Ocorridas quaisquer das hipóteses elencadas nesses dispositivos, a falência da sociedade empresária poderá ser decretada, daí advindas as consequências de um procedimento falimentar, com a possível cessação da atividade produtiva empresarial.

Não é correto afirmar que a falência acarreta necessariamente a interrupção da atividade produtiva, porquanto, ainda que caracterizada uma das hipóteses de falência listadas nos arts. 73 e 94, o diploma falimentar prevê, preferencialmente, a venda dos ativos da empresa em bloco.

Daí por que o art. 75 da Lei de Falências prescreve que “a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimi-

inciso III do *caput* do art. 94 desta Lei. [...] Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. § 1.º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do *caput* deste artigo. § 2.º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar. § 3.º Na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9.º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica. § 4.º Na hipótese do inciso II do *caput* deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução. § 5.º Na hipótese do inciso III do *caput* deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.

zar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa” (Brasil, 2005, p. 94) e o art. 140 preceitua, como primeira hipótese para realização do ativo, “a alienação da empresa com a venda de seus estabelecimentos em bloco” (Brasil, 2005, p. 168). Visando incentivar a aquisição dos bens que constituem o patrimônio da empresa, o art. 141, em seu inciso II, prescreve que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus, não havendo sucessão do arrematante das obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária e trabalhista (Brasil, 2005, p. 170).

Todas essas questões devem ser conhecidas pelo aplicador da teoria da *failing firm defense*. Além da possibilidade de decretação da falência em um futuro próximo ser um requisito para a aplicação da teoria, a dinâmica da alienação de ativos da sociedade empresária em crise demonstra que, mais uma vez, o legislador se preocupou com a manutenção da atividade produtiva da empresa, um dos escopos a ser alcançado com a aprovação de um ato de concentração sob o fundamento da *failing firm defense*.

5. A *failing firm defense* como a aplicação do princípio da preservação da empresa

Os artigos supramencionados são apenas exemplos do espírito da Lei de Falências e de sua finalidade precípua em manter a empresa economicamente viável em funcionamento.²⁹ O postulado que retrata essa premissa é conhecido

29. Não se olvida que existem críticas a alguns dispositivos da Lei de Falências as quais afirmam que o legislador nem sempre se preocupou com a manutenção da atividade empresarial. O Professor Newton de Lucca, por exemplo, observa em artigo intitulado “A reforma do direito falimentar no Brasil”, que: “nossa doutrina, em que pesem os grandes nomes que a engalanaram e a engrandecem até hoje, nunca teve o condão de influir decisivamente nos movimentos reformistas de qualquer espécie. Sempre foram outros interesses mais fortes, muito bem representados pelas oligarquias dominantes, que determinaram a permanência ou a mudança de uma determinada disciplina normativa” (De Lucca, 1999, p. 27-28). Referia-se o renomado professor, por exemplo, à exclusão da recuperação judicial dos créditos decorrentes de alienação fiduciária, de arrendamento mercantil e de contratos de câmbio para exportação (Brasil, 2005, p. 70-71), numa patente demonstração de benefício às instituições bancárias, principais contratantes, dos empresários, nessas espécies de negócios. No que tange à falência, até os créditos fiscais foram superados, ficando em terceiro lugar, abaixo dos créditos com garantia real, na lista de classificação preferencial para recebimento de valores. Inclusive para recuperação extrajudicial, os créditos financeiros ficaram ressalvados, haja vista o que dispõe art. 161 da Lei 11.101/2005 (Brasil, 2005, p. 188-189). Embora haja esses dispositivos que favorecem as instituições financeiras, a nova lei, no seu todo, é dotada de muita valia. Não apenas em decorrência da defasagem

pela doutrina comercial como o principal da preservação da atividade empresarial, o qual está previsto expressamente no art. 47 da Lei de Falências da seguinte maneira:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor a fim de permitir a manutenção da fonte produtora do emprego dos trabalhadores, do interesse dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (Brasil, 2005, p. 67).

O princípio está intrinsecamente ligado à noção de função social da empresa, porquanto é a partir da constatação desta que se fundamenta a necessidade de conservação do empreendimento mercantil. O jurista Waldo Fazzio, ao explicar o referido princípio, elenca algumas das funções sociais da empresa, quando aduz:

A empresa é uma unidade econômica que interage no mercado, compondo uma labiríntica teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social. É uma unidade de distribuição de bens e serviços. É um ponto de alocação de trabalho, oferecendo empregos. É um elo da imensa corrente do mercado que, por isso, não pode desaparecer (Fazzio Júnior, 2005, p. 35).

Para Modesto Carvalhosa, a empresa tem uma função social óbvia, na qual são interessados o Estado, os empregados, os fornecedores e a comunidade em que está inserida. O jurista foca a função social em três esferas: a das relações com os empregados, a das vontades dos consumidores e a dos interesses dos credores. Ele reconhece ainda o interesse pela proteção ambiental do meio em que a empresa está inserida (Carvalhosa, 1977, p. 237).

Quem bem retratou esse “fenômeno empresarial” foi Fábio Konder Comparato que, em aula inaugural proferida na Universidade de São Paulo, em 1983, posteriormente publicada pela *Revista de Direito Mercantil*, afirmou:

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira parcela maior de suas receitas fiscais. É

do antigo diploma falimentar e da vetusta concordata, mas também pelos novos princípios gerais e mecanismos que possibilitam o soerguimento da empresa.

em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviço (Comparato, 1983, p. 57).

Depreende-se, então, a noção de empresa como ente gerador de empregos, de receita para o Erário, de bens de consumo, de investimentos, de competitividade no mercado. Não apenas por essas vertentes constatadas por Comparato, mas a função social da empresa exprime-se também pelas grandes descobertas tecnológicas que emanam do seio empresarial, uma vez que o mercado exige inovação constante, aliada à redução dos custos e à melhoria da qualidade. A própria ideia de economicidade, hoje igualmente difundida em outros setores da sociedade, é retirada dos princípios empresariais.

A teoria da *failing firm*, ao privilegiar a manutenção da atividade empresarial e absolver uma fusão que, pelos índices de concentração econômica, poderia trazer prejuízos ao mercado, visa a garantir a aplicação do princípio da preservação da atividade societária, um dos fundamentos da atual Lei de Falências. Retorna-se, portanto, aos ensinamentos do Professor Hovenkamp, que, ao tratar da *failing firm*, afirmou que sua história indica que ela foi provavelmente criada para proteger credores, sócios e empregados de pequenas empresas.

6. Conclusões

O controle de estruturas realizado pelo SBDC é um importante mecanismo preventivo de proteção à defesa da concorrência. A teoria da *failing firm* é justamente ventilada na análise de atos de concentração e funciona como um mecanismo de defesa dos agentes econômicos, com a finalidade de distender os critérios de aprovação das operações notificadas. Sob o pálio da *failing firm defense*, aceitam-se fusões e aquisições que, normalmente, sem a existência de uma sociedade empresária em crise, seriam reprovadas ou teriam alguma espécie de restrição.

A aplicação da teoria da *failing firm* nos atos de concentração submetidos à análise do CADE não apenas encontra fundamento na Lei 8.884/1994, mas também na Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial e de Falências), uma vez que este diploma legal, assim como teoria da *failing company*, tem como escopo principal a salvaguarda da atividade produtiva da empresa, garantindo o efetivo exercício de sua função social. Diante de um mesmo fato, a sociedade empresária em crise, convém que haja harmonia entre os distintos ramos do direito, no caso o direito empresarial e o concorrencial. É o que se verifica com a utilização da *failing company defense* perante o CADE.

O estudo da legislação falimentar também é importante para que sejam analisados alguns dos requisitos de aplicação da teoria da *failing firm*, os quais, segundo experiência das autoridades de defesa da concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia, podem ser assim enumerados: (i) a sociedade empresária em crise deve ser incapaz de cumprir suas obrigações em um futuro próximo; (ii) ela não deve ser capaz de reorganizar-se com sucesso ao abrigo da legislação falimentar; (iii) deve ter feito esforços para obter solução alternativa menos anticompetitiva sem, contudo, obter êxito, ou, alternativamente, deve demonstrar que uma solução menos anticompetitiva é inviável; (iv) deve restar demonstrado que, na ausência da aquisição, os ativos da empresa iriam sair do mercado relevante; (v) finalmente, deve haver indícios de que, se a fusão ou aquisição da empresa em crise não ocorrer, praticamente toda a sua participação de mercado iria, invariavelmente, para o pretense adquirente.

Diversas outras jurisdições têm atos normativos que disciplinam a aplicação da *failing firm defense* perante seus órgãos de defesa da concorrência. No Brasil, nem a lei nem os atos normativos infralegais tratam especificamente do assunto. Contudo, apesar da ausência de expressa previsão da teoria da *failing firm*, o CADE, em diversos julgados, discutiu profundamente a tese e em um precedente, o Ato de Concentração 08012.014340/2007-75, chegou a aprovar uma operação utilizando como fundamento principal a *failing firm defense*. Em regra, conforme se constatou a partir do estudo de casos, os critérios do Guia de Análises de Concentração Horizontal norte-americano foram utilizados como parâmetro para a discussão da teoria no CADE.

Entende-se plenamente possível, com o arcabouço legislativo hoje existente, que a SDE e a SEAE, em um próximo *Guia de Análises de Concentrações Horizontais*, abordem expressamente a previsão da *failing firm doctrine*, estabelecendo os seus requisitos.

Longe de encerrar o assunto, o presente trabalho busca apenas suscitar no ambiente acadêmico a discussão acerca do papel preventivo exercido pelo CADE na defesa da concorrência, bem como o debate sobre o intercâmbio entre os diversos ramos normativos, com a finalidade de dar ao operador do direito a segurança jurídica necessária para trabalhar com assuntos tão relevantes para o mercado e para a economia, como é o tema da sociedade empresária em crise.

Bibliografia

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada*. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 0044/1995. Relator Renault de Freitas Castro. Julgado em 17.12.1997. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000471681709.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 0092/1996. Relator Marcelo Procópio Calliari. Julgado em 15.04.1998a. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000161701256.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 0084/1996. Relatora Lúcia Helena Salgado e Silva. Julgado em 12.08.1998b. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000162851884.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 08012.007374/1997-34. Relator Arthur Barrionuevo Filho. Julgado em 30.09.1998c. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000164861397.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 08012.005205/1999-68. Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Julgado em 01.06.2005. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000218291195.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2010.

_____. Procuradoria Geral Federal – Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. Parecer n. 08/2008. Processo Administrativo 08012.014340/2007-75. Julgado em 13.02.2008a. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000331171385.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 08012.014340/2007-75. Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em 13.02.2008b. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000345181175.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

_____. Procuradoria Geral Federal – Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. Parecer n. 437/2008. Processo Administrativo 08012.000304/1998-81. Julgado em 23.07.2008c. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000371861146.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 08012.000304/1998-81. Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em 23.07.2008d. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000381651280.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2010.

- _____. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. Decreto-lei 7.661 de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. *Código Comercial e legislação*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 2 jun. 2010.
- _____. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. *Estudo comparativo com o Decreto-Lei 7.661/1945 e legislação correlata*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- _____. Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1.º de agosto de 2001. Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br/central.../guias/portconjseae-sde.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2010.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3.
- COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, n. 50, p. 57-74, abr.-jun. 1983.
- DE LUCCA, Newton. A reforma do direito falimentar no Brasil. *Revista TRF 3.ª Região*, São Paulo, v. 40, p. 26-99, out.-dez. 1999.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Supreme Court. International Shoe Co. V. FTC, 280 U. S. 291 (1930). Julgado em 06.01.1930. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/280/291/>>. Acesso em: 22 set. 2010.
- EUROPEAN COMMISSION COMPETITION (ECC). *EU Competition Law – Rules Applicable to Merger Control – Situation as at 1 april 2010 – Competition Handbooks*. Bruxelas, 2010.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falências e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). *Horizontal Mergers Guideline*. Disponível em: <<http://ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- GLOBAL COMPETITION REVIEW (GCR). *The antitrust review of the Americas 2010 – Canada: Merger Review*. Disponível em: <<http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/20/sections/76/chapters/804/canada-merger-review/>>. Acesso em: 20 jun. 2010a.

- _____. *The Asia-Pacific Antitrust Review 2010 – Japan: Merger Control*. Disponível em: <<http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/25/sections/90/chapters/946/japan-merger-control/>>. Acesso em: 21 jun. 2010b.
- _____. *The European Antitrust Review 2010 – Mergers*. Disponível em: <<http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/19/sections/67/chapters/734/mergers/>>. Acesso em: 21 jun. 2010c.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul: Thomson West, 2005.
- OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). *Annex to the summary record of the 107th Meeting of the Competition Committee held on 21 and 22 october 2009 – Summary record of the roundtable discussion on failing firm defense*. Paris, 2010.
- _____. *Policy Roundtables – Failing Firm Defense – 1995*. Paris, 1996.
- PEARLSTEIN, Debra (org). *Antitrust law developments*. 5. ed. Chicago: American Bar Association, 2002. v. 1.
- POSNER, Richard A.; EASTERBROOK, Frank H. *Antitrust cases, economic notes and other materials*. 2. ed. St. Paul: West Group, 1981.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2010 – 2.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

DA NOTIFICAÇÃO DE CONTRATOS DE
FORNECIMENTO E DE DISTRIBUIÇÃO AO
SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA

PAOLO ZUPO MAZZUCATO

Resumo:

Este artigo propõe uma reflexão acerca dos critérios utilizados pelo CADE acerca da notificação de contratos de fornecimento e de distribuição, oferecendo, em conclusão, novos parâmetros em substituição aos atualmente utilizados.

1. Considerações preliminares

As estatísticas mostram que, anualmente, centenas de atos de concentração são notificados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Segundo dados apurados no intervalo de janeiro de 2000 a dezembro de 2009, 5.349 processos envolvendo a aplicação do art. 54 da Lei 8.884/1994 foram distribuídos. O maior volume foi registrado em 2000 (668), e o menor em 2005 (393 processos); apesar da crise financeira de 2008, nesse ano e em 2009 foram comunicados às autoridades antitruste 631 e 460 operações empresariais, respectivamente.¹

Em determinados casos, a identificação de uma transação que se subsume à letra do diploma concorrencial se faz de forma simples: é o que ocorre em relação a fusões e a incorporações em que uma das partes envolvidas (ou o grupo ao qual pertencem) tenha registrado, no Brasil, faturamento bruto superior a R\$ 400 milhões no último exercício. Outras práticas, a exemplo de arrendamentos e de *joint ventures*, muito embora não previstas explicitamente na lei, foram reconhecidas e consagradas pela jurisprudência do Conselho

1. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE em números – Atos de Concentração. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>>. Acesso em: 4 jun. 2010.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE) como de apresentação obrigatória sempre que alcançarem os requisitos previstos no § 3.º do art. 54.

Contudo, no que tange a certos negócios jurídicos, como os contratos de fornecimento e os de distribuição,² mormente aqueles celebrados sem cláusulas de exclusividade, pairam dúvidas que põem em risco a segurança jurídica e a dos negócios. Isso porque os critérios definidos pelo CADE, além de recentes, não são suficientemente claros a ponto de permitir ao mercado a pronta identificação das situações em que tais acordos deverão ser notificados ao SBDC.

Segundo pesquisa feita por este Autor no banco de dados do sítio daquela autoridade na internet³ e no *Diário Oficial da União* (DOU), foram notificados e decididos, entre os anos de 1999 a 2010,⁴ 59 atos de concentração e uma consulta que tiveram por objeto único⁵ a análise de contratos de distribuição ou de fornecimento, com ou sem cláusula de exclusividade. O número, em termos absolutos e relativos, é pequeno diante do universo de atos que são apresentados em função do art. 54 da Lei Antitruste. No entanto, em face da já apontada ausência de clareza dos parâmetros recentemente definidos pela jurisprudência e do caráter usual de tais ajustes, é razoável estimar que muitos tenham

2. “Na prática, a diferença entre contratos de distribuição e de fornecimento está na ênfase maior das obrigações disciplinadas e nas características do produto comercializado, Geralmente, contratos de fornecimento têm por objeto matérias-primas que, posteriormente, serão processadas pelo adquirente ou utilizadas no processo de produção, ao passo que os contratos de distribuição normalmente tratam com bens de capital ou de consumo que necessitam de distribuição capilarizada. A principal dessemelhança reside, no entanto, na ênfase, no escopo do negócio (função econômica): o contrato de distribuição visa à colocação do bem junto ao público adquirente; o contrato de fornecimento tem por efeito ligar o produtor da matéria-prima ou do insumo ao industrial.” FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*, 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 102-103. A autora registra a ocorrência de divergências doutrinárias no tocante à definição das características específicas desses contratos. Para os fins do presente estudo, cujo escopo em nada se relaciona a essa pluralidade de opiniões (ou delas depende), adotar-se-á a noção do trecho acima transcrito.
3. Foram utilizados como parâmetros para pesquisa os seguintes termos e expressões: “distribuição”, “fornecimento”, “revenda”, “contrato de distribuição” e “contrato de fornecimento”.
4. Dados atualizados conforme acompanhamento pelo DOU até 22/10/2010.
5. Vale dizer, operações não associadas a transações de outras espécies, como aquisições de ativos, por exemplo.

sido celebrados sem a correspondente comunicação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o que poderia implicar riscos à Ordem Econômica.⁶⁻⁷

O presente estudo, assim, se propõe a debater o tema, de forma a oferecer resposta à seguinte questão: em que hipóteses contratos de fornecimento e de distribuição devem ser notificados ao SBDC?

2. Atos de concentração: análise do art. 54, *caput* e § 3.º da Lei Antitruste

O Direito da Concorrência possui três vertentes, a saber: a educativa, a repressiva e a preventiva. Pela primeira, tem-se a promoção e difusão da cultura da concorrência; pela segunda, o controle de condutas ou repressão aos ilícitos antitruste (infrações); e a terceira, a seu turno, consiste no controle de estruturas de mercado ou análise de atos de concentração.

Ato de concentração é expressão gênero que comporta duas espécies: a concentração econômica e a cooperação econômica.⁸ Seu regime jurídico encontra-se no art. 54 da Lei 8.884/1994. Dispõe seu *caput* que “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

Trata-se de norma típica de Direito Econômico, por nela se vislumbrar como traço marcante a utilização de expressões de conteúdo abrangente e indeterminado que lhe conferem a necessária maleabilidade para uma eficaz

6. Some-se a isso a inexistência de mecanismo legal eficaz de fiscalização pelo SBDC para verificar a realização e a consequente notificação de contratos de fornecimento e de distribuição. Não há, para estes, norma análoga ao § 10 do art. 54 da Lei Antitruste, que determina que a Comissão de Valores Mobiliários e o Departamento Nacional de Registro Comercial devem comunicar à Secretaria de Direito Econômico, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, as mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão.

7. Ainda sobre a importância desta monografia, vide a nota de rodapé 62, em especial os comentários aludindo aos Casos Microsoft/TBA e Messer Grieshem/White Martins.

8. Bastante ilustrativo, ao demonstrar as diferentes visões da doutrina jurídica sobre o fenômeno da concentração empresarial e suas classificações, foi o voto-vista proferido pelo então Conselheiro Roberto Pfeiffer no Caso Curt & Alex/Kodak. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-vista do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no Ato de Concentração 08012.004467/2001-91. Data da sessão de julgamento: 03/07/2002. Data da publicação do acórdão: 1.º/08/2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 22 jul. 2010.

aplicação da política de defesa da concorrência. Verifica-se, em relação aos atos a que alude (devendo ser entendidos como atos jurídicos, conceito de conteúdo mais amplo que o de negócios jurídicos⁹), ser de escassa ou nenhuma importância a forma como ocorrem, sendo de maior relevância os efeitos que deles se exteriorizam.¹⁰ Isso se explica porque o cerne da preocupação antitruste se encontra na formação ou no reforço de posições dominantes no mercado, sendo inúmeras as possibilidades de tal fenômeno ocorrer.¹¹ Entretanto, a lin-

9. “O *caput* do artigo 54 tem uma abrangência muito grande, porque situa os atos que possam por qualquer forma lesar a concorrência num plano de possibilidade. E quem terá que avaliar a possibilidade de lesão é o CADE.

O legislador preferiu a palavra ‘atos’, com uma abrangência maior, como o gênero, compreensiva da espécie ‘negócio jurídico’, que teria sido mais adequada. [...].

É importante ressaltar que neste artigo o legislador está se referindo a um ato jurídico, compreensivo de qualquer declaração de vontade que tenha por finalidade a criação de efeitos em conformidade com a ordem jurídica. [...]

Ora, qualquer negócio jurídico que crie uma fusão ou incorporação de empresas, que constitua sociedade para exercer o controle de empresas ou que estabeleça qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas, constituindo uma concentração horizontal ou vertical, é em si mesmo um ato jurídico.” FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 343-344.

10. “O que leva, em termos imediatos, à concentração é um ato jurídico, ou um negócio jurídico, que empresas celebram entre si. O Artigo 54, da Lei n. 8.884/94, acertadamente, diz que não interessa ao órgão de defesa da concorrência examinar a forma do ato, ou seja, se ele é uma fusão, uma compra de uma empresa pela outra, uma incorporação, uma cessão de ativos ou um contrato de fornecimento de longa duração. Ato ou negócio jurídico, e sua forma, não é matéria de interesse do CADE. A ele interessa saber se o ato jurídico é um ato de integração e se esse ato integra poder econômico. Se quem celebra esse ato são duas, ou mais, empresas, que detêm, cada uma a sua vez, poder que, mediante aquele ato, concentra-se, ou seja, desloca-se para um mesmo centro. Daí dizer-se concentração do poder econômico, porque ele está, ou esteve, determinado em empresa, ou empresas.

A concentração do poder econômico é, portanto, uma soma de poder resultante de um ato jurídico de integração. [...]” DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54 da Lei 8884/94. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 3, n 8, ago. 1996, p. 6.

11. “No direito concorrencial o mesmo tipo de preocupação com a realidade das formas encontra tradução em tentativas de utilização de conceitos mais amplos, menos societários e mais econômicos, de vínculos entre empresas. [...] Se o interesse do direito concorrencial é proteger a existência do mercado, e para isso

guagem empregada acarreta óbvias dificuldades exegéticas, por não permitir uma imediata detecção de operações empresariais notificáveis às autoridades concorrenciais.

O § 3.º do aludido dispositivo, a seu turno, estabelece que “incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”.

Embora ainda sejam utilizadas expressões abertas (“qualquer forma de concentração econômica”, “qualquer forma de agrupamento societário”),¹²⁻¹³ são traçados parâmetros objetivos¹⁴ para a identificação de integrações empresariais passíveis de controle antitruste, como faturamento e participação de mercado relevante, além da enumeração de figuras como a fusão e a incorporação, entre outras.

Por concentração econômica deve-se entender o ato jurídico que promove a unificação de centros decisórios anteriormente independentes, vale dizer: quando agentes econômicos até então dotados de autonomia decisória cele-

se considera necessário controlar todos os atos que levam ao aumento do poder econômico nele exercido, esse controle deve ser efetuado sobre a destinação empresarial de algum tipo de patrimônio empresarialmente utilizado.” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 278-279.

12. “A nítida impressão que se tem é que o legislador, após iniciar a enumeração de formas que poderiam levar à concentração econômica, subitamente se deu conta da inconveniência (ou até mesmo impossibilidade) de enumerá-las todas, o que o fez tentar encontrar uma cláusula geral que permitisse a inclusão de todas as hipóteses possíveis.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 294.
13. “A conclusão que se tira é que a verdadeira intenção do legislador era trazer para o controle qualquer espécie de concentração econômica, independentemente do instrumento utilizado para a sua manifestação.” ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas*. São Paulo: Singular, 2002, p. 325.
14. A respeito, vide voto proferido pelo então Conselheiro Roberto Pfeiffer no Caso Natura/Nova Flora. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no Ato de Concentração 08012.000010/2001-15. Data da sessão de julgamento: 31/10/2001. Data da publicação do acórdão: 14/12/2001. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 28 jul. 2010.

bram ato no qual um deles a perderá, de modo permanente, em detrimento da outra parte envolvida nessa operação. Do ponto de vista econômico, tornaram-se um único agente, uma vez que se verifica a unidade de comando.¹⁵⁻¹⁶

Geralmente, as concentrações econômicas se processam mediante alteração na estrutura societária das empresas envolvidas (constituem exemplos as já citadas figuras da fusão e da incorporação). Há hipóteses, contudo, de caracterização de atos daquela natureza pela via contratual.

Isso porque há contratos, notadamente aqueles capazes de conferir a uma empresa influência dominante¹⁷⁻¹⁸ sobre outra (a exemplo de acordos de

15. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 294.

16. “Para que essa concentração de poder econômico se caracterize como um ato de concentração terá que haver, inevitavelmente, uma alteração duradoura nas estruturas das empresas integrantes do ato, que deverão formar uma unidade econômica com um único centro de decisão. [...] O instrumento jurídico para a realização do ato não tem qualquer relevância para a aplicação da norma.” AN-DRADE, Maria Cecília. *Op. cit.*, p. 318 e 325.

17. Importante lembrar que a influência dominante tanto pode ter natureza societária (controle interno) como contratual (controle externo). Ademais, a expressão “influência dominante”, no direito antitruste, possui conteúdo que não coincide perfeitamente com a noção do Direito Societário. Vide SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 282.

18. “A ‘influência dominante’ pode ter ainda origem contratual. Nesse caso, três são as hipóteses possíveis de influência dominante. Em primeiro lugar, todo e qualquer contrato que dê a seu titular o direito de gerir o empreendimento. Incluem-se também nessa hipótese as chamadas relações fiduciárias, isto é, aquelas em que a qualquer título é dado a um agente o direito de gerir o empreendimento no interesse de terceiro. [...]

Um segundo grupo de contratos é aquele que confere ao seu titular diretamente a possibilidade de eleger membros da administração. Aliás, para que ocorra a influência dominante nem é necessário que exista o poder contratual de eleger administradores. Desde que se verifique que na realidade existe efetivamente igualdade entre os administradores nas áreas chaves já mencionadas [pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas], pode se caracterizar a influência dominante. [...]

Finalmente, um terceiro e último grupo de casos é o dos contratos em geral que atribuem aos seus titulares direitos muito superiores àqueles necessários a atingir seus objetivos primários. Trata-se dos famosos negócios jurídicos indiretos, através dos quais se busca um terceiro efeito ulterior ao declarado pelas partes. Ocorrem freqüentemente naqueles contratos de fornecimento ou empréstimo de grande volume e importância, em que são atribuídos ao fornecedor e/ou mutuá-

acionistas¹⁹), nos quais se verifica como consequência a unificação do poder decisório. Com efeito, é possível afirmar a supressão da autonomia de uma empresa sempre que a uma terceira for possível determinar o planejamento daquela, ainda que não disponha de posição majoritária interna ou do domínio de todos os órgãos ou decisões sociais. Basta que se verifique o controle sobre os cargos e órgãos sociais responsáveis pela produção e atuação do agente econômico no mercado, mormente aqueles relacionados às atividades de pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas. Essa influência dominante sobre todos esses aspectos deve ser constante e abrangente, estando amparada em bases estruturais e estáveis: o poder de influir sobre um ato isolado não caracterizará uma concentração.²⁰

Há também outra importante categoria de atos sujeitos ao controle anti-truste: trata-se das cooperações econômicas, cujo exame de admissibilidade é feito à luz do *caput* do art. 54 do diploma concorrencial²¹ (as concentrações, como explanado, têm sua base legal no § 3.º).²² Nestas, diferentemente das concentrações, haverá apenas a uniformização de determinados comportamentos ou a realização conjunta de certa atividade, sem a supressão completa da autonomia, já que os agentes permanecem independentes com relação às demais atividades que não tiverem sido objeto de acordo. Normalmente ocorrem pela forma contratual, embora possam ter sua origem relacionada a vínculos societários,²³⁻²⁴⁻²⁵ quando estes caracterizarem uma influência relevante de uma empresa em outra.

rio direitos especiais de voto na sociedade.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 285-286.

19. “Assim, um acordo de acionistas que atribua ao acionista minoritário direito de deliberar sobre essas áreas [pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas] ou, então, direito de escolher e destituir os diretores por ela responsáveis (diretores esses que devem ter competência para deliberar e decidir com ampla liberdade sobre a respectiva área), sem dúvida cria uma influência dominante do ponto de vista concorrencial.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 283.
20. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 280-283.
21. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 297 e 347.
22. ANDRADE, Maria Cecília. Op. cit., p. 320. A autora se refere a esses atos como “concertações empresariais”.
23. “A cooperação empresarial é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir com a autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo. Para que ocorra uma concentração empresarial, ao contrário, é fundamental que as empresas possam ser consideradas como um único agente do ponto de vista econômico para todas as opera-

A influência relevante sob a ótica concorrencial ocorre nas situações em que a configuração societária de uma empresa permite que uma de suas acio-

ções por elas realizadas. Não ocorre simplesmente uma uniformização de certos comportamentos de mercado ou realização de certa atividade comum. Tanto o comportamento no mercado quanto a forma interna de produção e comercialização deve estar sujeita a um único centro decisório, permitindo considerá-las como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações por elas realizadas. Para isso não basta a existência de um acordo. É necessária uma mudança estrutural duradoura nas empresas, que permita pressupor essa ampla uniformidade econômica. [...]

Tipicamente, a forma jurídica da cooperação econômica é o contrato, enquanto a concentração se perfaz através de algum tipo de mudança estrutural societária. [...] Essa análise não é totalmente correta. Existem formas de vinculação societária que não podem dar origem a concentração econômica, mas sim a estruturas cooperativas, assim como existem formas contratuais que podem dar origem a concentração.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 267-269.

24. “The competitive effects from competitor collaborations may differ from those of mergers due to a number of factors. Most mergers completely end competition between the merging parties in the relevant market(s). By contrast, most competitor collaborations preserve some form of competition among the participants. [...]

Mergers are designed to be permanent, while competitor collaborations are more typically of limited duration. Thus, participants in a collaboration typically remain potential competitors, even if they are not actual competitors for certain purposes (e.g., R&D) during the collaboration.” UNITED STATES OF AMERICA. FEDERAL TRADE COMMISSION & U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*. Washington, April 2000, p. 5. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2010.

25. A Professora Paula Forgioni trata acordos entre concorrentes como formas de concentração de econômica: “O que é, então, concentração econômica? [...] A idéia de concentração relaciona-se com o aumento de poder econômico de um ou mais agentes que atuam no mercado relevante. Nesse sentido, também os acordos entre empresas podem ser entendidos como práticas concentracionistas, pois, a partir do momento em que dois agentes (concorrentes ou não) se unem, ainda que mantenham sua autonomia, passarão a deter uma vantagem competitiva sobre os demais e que (sempre após a operação) se transforma em maior poder econômico de ambas.

Não obstante, o termo concentração geralmente vem empregado no campo do antitruste para identificar as situações em que os partícipes (ou ao menos alguns deles) perdem sua autonomia (o que ocorre em operações de fusão, incorporação, etc.), ou constituem uma nova sociedade ou grupo econômico cujo poder

nistas possa interferir de forma significativa (mas não dominante) nas decisões daquela, tornando possível a presunção da existência de comportamento cooperativo entre si.²⁶ São exemplos o poder de veto originado de participação minoritária no capital de uma empresa (notadamente quando tal poder incidir sobre decisões referentes às políticas de pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas),²⁷ a significativa participação no capital não votante do qual decorrerem interesses econômicos²⁸ e os grupos de coordenação contratuais.²⁹ Todos os atos que acarretem alteração no quadro social de uma empresa e que possam induzir a condutas concertadas entre os agentes

de controle será compartilhado. Pode, ainda, haver concentração quando uma empresa adquira ativos ou parcela do patrimônio de outra.” FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 464-466.

26. “A razão é que se tratava de situações em que a estrutura societária permitia presumir que a formação interna da vontade na empresa ‘participada’ seria de tal maneira influenciada (ainda que não determinada) que não se poderia presumir menos que a cooperação entre elas.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 287-288.
27. “O que ocorre é que nesses casos não é razoável supor que a empresa participada possa desenvolver pacificamente suas atividades, sem chegar a algum tipo de acordo com o acionista minoritário. É esse acordo que permite pressupor que seu comportamento passará a levar em conta também os interesses concorrenciais do minoritário e que é possível e provável que as duas empresas venham a ter comportamento paralelo no mercado, eliminando a concorrência entre elas em caso de cooperação horizontal e coordenando suas posições de modo a maximizar seu lucro [...] em caso de cooperação vertical [...]”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 289.
28. “Em uma situação de verdadeira concorrência, o comportamento do adquirente deveria ser tendente a levar a empresa cuja participação se adquiriu a perder mercado e reduzir sua lucratividade. Tal comportamento não é, no entanto, compatível com uma relevante participação no capital (e no lucro) do concorrente. Portanto, a existência de relevante participação no capital do concorrente (seja essa participação representada por ações com direito a voto ou não) é indicador bastante razoável de que existe certo grau de acordo entre os agentes econômicos tendente a adotar comportamento paralelo no mercado, obtendo, através do reforço do poder no mercado, lucros extraordinários para ambos.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 290-291.
29. “O grupo de coordenação, diversamente do grupo de subordinação, implica não a direção unitária das empresas, mas sim a coordenação de seu comportamento e a harmonização de suas políticas mercadológicas e comerciais a partir de uma empresa ou sociedade à qual é atribuído esse direito. Aí, a coincidência entre forma societária e escopo econômico é total. A sociedade é constituída especificamente com o fim de coordenar o comportamento do grupo. É de se supor, conseqüente-

envolvidos na operação devem ser notificados ao CADE para que este avalie seus eventuais impactos sobre a concorrência e decida sobre a sua aprovação.³⁰

Conforme exposto, ante a grande fluidez do texto legal, foram estabelecidos, para as concentrações, parâmetros objetivos levando em conta *market share* e faturamento dos agentes econômicos envolvidos. Sucede que o mesmo não ocorreu para as cooperações, cujo juízo de admissibilidade deve, a princípio, ser feito conforme a regra do *caput* do art. 54 do diploma concorrencial. Contudo, partindo-se da premissa de que os mencionados critérios apontam uma presunção (relativa, diga-se) de que a concentração possa limitar a livre concorrência, trazendo a necessidade de sua notificação às autoridades antitruste,³¹ é razoável seu aproveitamento no que diz respeito às concertações. O faturamento bruto de R\$ 400 milhões é indicativo de um porte significativo para um agente econômico, e a participação de 20% em um mercado relevante, nos termos do art. 20, § 3.º, da Lei 8.884/1994, denota (relativamente) a existência de posição dominante.

Vale dizer: toda vez que uma cooperação envolver agentes econômicos cujas participações no mercado relevante, conjuntamente consideradas, exce-

mente, a existência de cooperação entre os seus membros.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 291.

30. Importante e recente julgado do CADE em que se discutiu acerca dos possíveis efeitos anticoncorrenciais da aquisição de participações acionárias minoritárias passivas em concorrentes foi o Caso Telefônica/Telecom Italia. Em seu voto, o Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo se utiliza de conceitos como o poder de controle e o de influência relevante (embora não os tenha definido) para se referir à possibilidade de um agente econômico interferir no processo de tomada de decisões de outro. Vide BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Ato de Concentração 53500.012487/2007, fls. 1738-1742 dos autos. Data da sessão de julgamento: 28/04/2010. Data da publicação do acórdão: 10/05/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 8 out. 2010.
31. “O legislador estabelece uma presunção *juris tantum*, ou seja, uma presunção de que as operações superiores aos patamares ali fixados – faturamento superior a R\$ 400.000.000,00 ou participação no mercado em percentual superior a 20% – têm a possibilidade ou a probabilidade de afetar negativamente o mercado.” FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Op. cit., p. 359. No mesmo sentido, a jurisprudência, a exemplo do voto-vista proferido pelo então Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no Caso Curt & Alex/Kodak. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-vista do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no Ato de Concentração 08012.004467/2001-91. Data da sessão de julgamento: 03/07/2002. Data da publicação do acórdão: 1.º/08/2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 22 jul. 2010.

derem 20% ou em que um deles (ou o grupo ao qual pertença) tiver registrado, no Brasil, faturamento bruto no último exercício superior a R\$ 400 milhões, ela deverá ser submetida ao crivo do SBDC, devido ao fato de, em abstrato, ser possível a afirmação que ela se inclui em uma das hipóteses do *caput* do art. 54 (limitação ou prejuízo à livre concorrência ou domínio de mercado).³²

Diante de todos os fundamentos teóricos apresentados, constata-se ser pouco provável a unificação de centros decisórios a partir da celebração de

32. No Caso Cintonori/JOST (Ato de Concentração 08012.007026/2008-17), decidido em sessão plenária realizada em 1.º de outubro de 2008, consagrou-se orientação jurisprudencial segundo a qual o critério de *market share*, elencado no art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994, se aplica a atos de concentração horizontais e verticais, mas não a conglomerados. Naquele julgado, nenhuma das requerentes (ou seus respectivos grupos controladores) havia registrado faturamento bruto no último exercício superior a R\$ 400 milhões no Brasil, mas uma delas detinha participação de mercado superior a 20% em vários mercados relevantes nos quais atuava (JOST). Contudo, por não ter ocorrido sobreposição horizontal ou vertical, não havendo, portanto, qualquer nexos causal entre o grau de concentração naqueles mercados e tampouco qualquer efeito neles decorrente da operação notificada, o CADE, por unanimidade, não conheceu do ato de concentração. Pertinente se faz a transcrição de excerto do voto-vista do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan: “[...] A presunção relativa de dominância, ou da capacidade de exercê-la, foi aventada pelo legislador tanto no § 3.º do artigo 54, embora saibamos que se trate de situações de controle de condutas, de um lado, e de controle de estruturas, de outro. [...]”

Não obstante todo o acima exposto, deve ser destacado que o entendimento do relator, que ora acompanho, diz respeito à isenção *prima facie* de notificação de ato do qual não resulte concentração horizontal que denote participação de mercado igual ou superior a vinte por cento.

Ressalte-se que tal desobrigação não inclui atos que, embora não gerem concentração horizontal igual ou superior a vinte por cento em um determinado mercado relevante, produzam, ou possam produzir, integração vertical em qualquer patamar. Vale dizer: a dispensa de apresentação está relacionada exclusivamente à concentração horizontal, não a eventual integração vertical.

A não apresentação de ato que, muito embora não tenha como consequência participação de mercado igual ou superior a vinte por cento, resulte ou possa resultar em integração vertical, deve, em princípio, ser notificada ao SBDC. A sua eventual não apresentação será de conta e risco dos interessados.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-vista do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan no Ato de Concentração 08012.007026/2008-17. Data da sessão de julgamento: 1.º/10/2008. Data da publicação do acórdão: 09/10/2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 maio 2010.

contratos de fornecimento e de distribuição, razão pela qual dificilmente serão classificados como concentrações econômicas. Entretanto, subsiste a possibilidade de esses acordos caracterizarem uma cooperação econômica quando de suas cláusulas decorrer a supressão relativa da autodeterminação de pelo menos uma das partes envolvidas.

Entretanto, a acurada caracterização daqueles pactos como atos de concentração depende da identificação de determinados e específicos elementos, cujos subsídios para tanto é o que se passa a perquirir por meio da análise do direito comparado e da jurisprudência do CADE.

3. Direito comparado

3.1 Estados Unidos

O *Code of Federal Regulations*,³³ explicitando o conteúdo de regra prevista no *Clayton Act*³⁴ (norma de regência, nos Estados Unidos, para a análise de atos de concentração), dispõe estarem excetuadas de notificação as aquisições de bens que serão incorporados no produto final (tais como insumos ou componentes) ou revendidos posteriormente, a exemplo do que sucede, respectivamente, em contratos de fornecimento e de distribuição.

Em regra, contratos de fornecimento ou de distribuição são firmados entre agentes econômicos que atuam em mercados relevantes distintos, porém complementares, em uma relação vertical na cadeia produtiva. No entanto, pode ocorrer, por exemplo, que um produtor de um determinado bem homogêneo celebre acordo de fornecimento desse bem para um concorrente que esteja atuando a pleno emprego e não tenha como se expandir no curto prazo

33. 16 CFR 802: “Pursuant to section 7A(c)(1), acquisitions of goods and realty transferred in the ordinary course of business are exempt from the notification requirements of the act. [...] (c) Current supplies. An acquisition of current supplies in the ordinary course of business, except when acquired as part of an acquisition described in paragraph (a) of this section. The term ‘current supplies’ includes the following kinds of new or used assets: (1) Goods acquired and held solely for the purpose of resale or leasing to an entity not within the acquiring person (e.g., inventory), (2) Goods acquired for consumption in the acquiring person’s business (e.g., office supplies, maintenance supplies or electricity), and (3) Goods acquired to be incorporated in the final product (e.g., raw materials and components).”

34. 15 USC 18a: “§ 18a. Premerger notification and waiting period. [...] (c) Exempt transactions. The following classes of transactions are exempt from the requirements of this section – (1) acquisitions of goods or realty transferred in the ordinary course of business; [...]”

para atender a novos pedidos. É possível, também, a situação em que uma empresa verticalmente integrada, produtora dos insumos que utiliza na fabricação de um determinado bem no qual concorre com uma outra empresa, se comprometa a fornecer a esta as matérias-primas excedentes. Nesse casos, ter-se-á um ajuste entre rivais, agentes que atuam em um mesmo mercado relevante.

As colaborações entre competidores mereceram por parte da Federal Trade Commission (FTC) e do United States Department of Justice – Antitrust Division (DOJ), a criação de diretrizes específicas de análise (*Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*), na qual serão eventualmente aplicados os parâmetros estabelecidos nas *Horizontal Mergers Guidelines*. Nas hipóteses em que (a) os agentes econômicos envolvidos atuem em um mesmo mercado relevante, (b) a colaboração gere ganhos de eficiência a partir da integração de atividades econômicas no mercado relevante, (c) a integração elimine toda concorrência no mercado relevante entre os participantes da operação, e (d) a colaboração exceda determinado período de tempo (em regra, dez anos), conforme previsão contratual,³⁵ acordos de colaboração entre concorrentes serão equiparados a fusões (*mergers*).³⁶

Entre as colaborações entre concorrentes expressamente reconhecidas pela FTC e pelo DOJ como capazes de limitar o processo decisório independente de um agente econômico estão as denominadas *marketing collaborations*, que incluem acordos para, conjuntamente, venderem, distribuírem ou

35. “Nonetheless, in some cases, competitor collaborations have competitive effects identical to those that would arise if the participants merged in whole or in part. The Agencies treat a competitor collaboration as a horizontal merger in a relevant market and analyze the collaboration pursuant to the *Horizontal Merger Guidelines* if appropriate, which ordinarily is when: (a) the participants are competitors in that relevant market; (b) the formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of economic activity in the relevant market; (c) the integration eliminates all competition among the participants in the relevant market; and (d) the collaboration does not terminate within a sufficiently limited period by its own specific and express terms.” UNITED STATES OF AMERICA. FEDERAL TRADE COMMISSION & U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*. Washington, April 2000, p. 5. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2010.

36. A FTC e o DOJ distinguem os acordos de colaboração entre concorrentes das fusões, basicamente porque aqueles, ao contrário destas, preservam alguma forma de competição entre os agentes envolvidos e possuem duração limitada. Vide nota de rodapé 24.

promoverem bens ou serviços. Apesar do potencial de geração de efeitos pró-competitivos (tais como uma mais rápida e eficiente disseminação de produtos no mercado, por meio da combinação de ativos que apresentem relação de complementaridade), trazem consigo o risco de criação ou de fortalecimento de poder de mercado, ou ainda de facilitação de seu exercício. Isso porque os ajustes em apreço, ao incidirem sobre preços, produção, utilização de ativos concorrencialmente sensíveis, podem limitar a discricionariedade na tomada de decisões, concentrar o controle sobre determinados ativos concorrencialmente sensíveis ou combinar interesses financeiros de modo a reduzir incentivos à concorrência³⁷ e, ainda, facilitar colusões.³⁸

3.2 *União Europeia*

O Tratado da União Europeia, nos arts. 101 a 106,³⁹ estatui as regras gerais que orientam a formulação e a aplicação da política comunitária de concorrência. O art. 101 (anteriormente art. 81), em seus n. 1 e 2, declara incompatíveis com o mercado interno os acordos que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, sendo, conseqüentemente, nulos. O mesmo dispositivo, em seu n 3, isenta da nulidade os ajustes que contribuam

-
37. “Marketing Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements jointly to sell, distribute, or promote goods or services that are either jointly or individually produced. Such agreements may be procompetitive, for example, where a combination of complementary assets enables products mores quickly and efficiently to reach the marketplace. However, marketing collaborations may involve agreements on price, output, or other competitively significant variables, or on the use of competitively significant assets, such as an extensive distribution network, that can result in anticompetitive harm. Such agreements can create or increase market power or facilitate its exercise by limiting independent decision making; by combining in the collaboration, or in certain participants, control over competitively significant assets or decisions about competitively significant variables that otherwise would be controlled independently; or by combining financial interests in ways that undermine incentives to compete independently. For example, joint promotion might reduce or eliminate comparative advertising, thus harming competition by restricting information to consumers on price and other competitively significant variables.” UNITED STATES OF AMERICA. FEDERAL TRADE COMMISSION & U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 14.
38. UNITED STATES OF AMERICA. FEDERAL TRADE COMMISSION & U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Op. cit.*, p. 15.
39. Conforme renumeração determinada pelo Tratado de Lisboa, em vigor desde 1.º de dezembro de 2009.

para a melhoria da produção ou da distribuição de bens ou para a promoção do progresso técnico ou econômico.⁴⁰

Em 20 de abril de 2010, a Comissão editou o Regulamento n. 330,⁴¹⁻⁴² com o intuito de fornecer as bases de interpretação do art. 101, n. 3 a determinados acordos verticais e práticas concertadas, sendo ele aplicável a contratos de fornecimento e de distribuição. O Regulamento estabelece isenções por categoria, a partir da presunção de que certos pactos celebrados entre empresas (seja em virtude da participação de mercado detida pelos agentes econômicos envolvidos, seja pela ausência de determinadas cláusulas restritivas da concorrência) aumentam a eficiência econômica, reduzindo custos de transação e de distribuição, otimizando vendas e investimento, e proporcionam aos consumidores uma parcela equitativa de tal benefício.⁴³

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

41. Segundo seu art. 10.º, o Regulamento vigorará de 1.º de junho de 2010 a 31 de maio de 2022.

42. Essa norma substituiu o Regulamento da Comissão 2790/1999.

43. Vide n. 8 do Preâmbulo do Regulamento 330/2010 da Comissão.

Como regra geral, tem-se como abrangidos pelo n. 3 do art. 101 os ajustes verticais desprovidos de restrições graves à concorrência celebrados entre fabricantes e distribuidores ou entre fornecedores e compradores que não detenham mais de 30% de *market share* em seus respectivos mercados relevantes. São exemplos de restrições graves à concorrência a fixação de preços de revenda, a proibição de vendas passivas em sistema de distribuição exclusiva, a restrição de clientela e de vendas cruzadas entre distribuidores autorizados em um sistema de distribuição seletiva, entre outras.⁴⁴

44. “Artigo 4.º Restrições que implicam a retirada do benefício da isenção por categoria – restrições graves

A isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável aos acordos verticais que, directa ou indirectamente, isoladamente ou em combinação com outros factores que sejam controlados pelas partes, tenham por objecto: a) A restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, sem prejuízo da possibilidade de o fornecedor impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que estes não correspondam a um preço de venda fixo ou mínimo, em resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes; b) A restrição erritório no qual, ou dos clientes aos quais, o comprador parte no acordo, sem prejuízo de uma eventual restrição relativa ao seu local de estabelecimento, pode vender os bens ou serviços contratuais, excepto: i) a restrição das vendas activas no território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservados ao fornecedor ou atribuídos pelo fornecedor a outro comprador, desde que tal restrição não limite as vendas dos clientes do comprador, ii) a restrição das vendas a utilizadores finais por um comprador que exerça as suas actividades no estádio grossista, iii) a restrição das vendas, efectuada pelos membros de um sistema de distribuição selectiva, a distribuidores não autorizados no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema, e iv) a restrição da capacidade do comprador para vender componentes, fornecidos para efeitos de incorporação, a clientes que os utilizassem para fabricar bens análogos aos produzidos pelo fornecedor; c) A restrição das vendas activas ou passivas a utilizadores finais, efectuada por membros de um sistema de distribuição selectiva que exerçam actividades no estádio retalhista, sem prejuízo da possibilidade de proibir um membro do sistema de exercer as suas actividades a partir de um local de estabelecimento não autorizado; d) A restrição dos fornecimentos cruzados entre distribuidores no âmbito de um sistema de distribuição selectiva, incluindo os distribuidores que operam em diferentes estádios da actividade comercial; e) A restrição, acordada entre um fornecedor de componentes e um comprador que incorpora tais componentes, da capacidade do fornecedor para vender estes componentes como peças sobresselentes a utilizadores finais ou a estabelecimentos de reparação ou a outros prestadores de serviços de assistência não designados pelo comprador para a reparação ou manutenção dos seus bens.

Artigo 5.º Restrições excluídas

Vale dizer: não estão isentos os pactos verticais, independentemente da fatia de mercado dos agentes participantes, em que estiverem presentes restrições graves à concorrência, bem como aqueles em que, apesar de inexistentes tais restrições, o *market share* das empresas supera 30%. Ademais, também não se beneficiam das regras do Regulamento os acordos verticais firmados entre concorrentes, à exceção dos casos em que são não recíprocos, e o fornecedor é tanto fabricante como distribuidor dos bens e o comprador atua apenas na distribuição (devendo-se ainda observar a pertinência da diretriz básica apresentada no parágrafo anterior).⁴⁵ Faz-se importante esclarecer, por fim, que não se pode atribuir o *status* de ilegal ao acordo que não se enquadre na regra

1. A isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável às seguintes obrigações incluídas em acordos verticais: a) Qualquer obrigação de não concorrência directa ou indirecta, cuja duração seja indefinida ou ultrapasse cinco anos; b) Qualquer obrigação directa ou indirecta que impeça o comprador, após o termo do acordo, de produzir, adquirir, vender ou revender bens ou serviços; c) Qualquer obrigação, directa ou indirecta, que impeça os membros de um sistema de distribuição selectiva de venderem as marcas de determinados fornecedores concorrentes.

Para efeitos do disposto na alínea a) do n. 1, uma obrigação de não concorrência que seja tacitamente renovável para além do período de cinco anos deve ser considerada como tendo sido concluída por uma duração indefinida. 2. Em derrogação do disposto na alínea a) do n. 1, o limite de cinco anos não é aplicável quando os bens ou serviços contratuais são vendidos pelo comprador a partir de instalações e terrenos que sejam propriedade do fornecedor ou tomadas de arrendamento pelo fornecedor a terceiros não ligados ao comprador, desde que a duração da obrigação de não concorrência não ultrapasse o período de ocupação das instalações de terrenos pelo comprador. 3. Em derrogação ao disposto na alínea b) do n. 1, a isenção prevista no artigo 2.º aplica-se a qualquer obrigação directa ou indirecta que impeça o comprador, após o termo do acordo, de produzir, adquirir, vender ou revender bens ou serviços, desde que se reúnam as seguintes condições: a) A obrigação diz respeito a bens ou serviços que concorrem com os bens ou serviços contratuais; b) A obrigação é limitada às instalações e terrenos a partir dos quais o comprador exerceu as suas actividades durante o período do contrato; c) A obrigação é indispensável para proteger o saber-fazer transferido pelo fornecedor para o comprador; d) A duração da obrigação é limitada a um período de um ano após o termo do acordo.

A alínea b) do n. 1 não prejudica a possibilidade de ser imposta, por duração indefinida, uma restrição à utilização e divulgação do saber-fazer que não seja do domínio público.”

45. Conforme o art. 2.º, n. 4, do Regulamento 330/2010 da Comissão.

geral de isenção, mas apenas de que será necessário avaliar seus efeitos positivos e negativos no mercado.⁴⁶

4. Análise da jurisprudência do CADE

4.1 *Contratos de distribuição e de fornecimento com cláusula de exclusividade*

A obrigatoriedade da notificação de contratos de fornecimento e de distribuição com cláusulas de exclusividade em que o *market share* ou o faturamento bruto de uma das requerentes atinja os índices do art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994 não traz grandes dificuldades de compreensão. Isso porque tal restrição suprime, pelo menos, parcela importante da autonomia da empresa, uma vez que incide sobre sua política comercial, e caracteriza uma cooperação econômica vertical.⁴⁷⁻⁴⁸⁻⁴⁹

46. Segundo o n. 9 do Preâmbulo do Regulamento 330/2010 da Comissão.

47. “Verifica-se que o contrato objeto da presente operação pode ser entendido como uma espécie de contrato de distribuição. Esse tipo de contrato, modalidade de cooperação entre partes, está definido pelo Código Civil de 2002, a partir do art. 710 [...]” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos no Ato de Concentração 08012.004600/2005-32. Data da sessão de julgamento: 15/02/2006. Data da publicação do acórdão: 17/03/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

48. “A integração vertical é operacionalizada, em geral, de três maneiras. A primeira delas é mediante o ingresso direto da empresa no mercado, na condição de nova concorrente, passando a explorar atividade necessária ao seu produto final. A empresa abre o seu próprio negócio e passa a concorrer também com suas antigas fornecedoras ou prestadoras de serviços. Outra maneira de verticalizar é adquirir uma empresa já existente no ramo da atividade a que se quer dar prioridade. Pode-se ainda optar por uma terceira situação, que é a contratação exclusiva de uma outra empresa, passando a obter desta os bens ou serviços de que necessita. [...]

A integração vertical mediante acordo com empresa existente no mercado poderá também restringir a concorrência, dependendo, no entanto, das cláusulas que forem pactuadas.” MALARD, Neide Teresinha. Integração de empresas: concentração, eficiência e controle. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 1, n. 4, nov. 1994, p. 44-45.

49. “Há, com os contratos de distribuição ou de concessão comercial, a formação de grupo empresarial, pois é exatamente essa a criação de uma rede de distribuição ou concessão: um produto é fabricado e passa através da rede de distribuição e só por essa rede, por canais exclusivos que não se misturam até chegar ao con-

Ajustes de exclusividade podem implicar o risco de fechamento de um canal de escoamento de produção.⁵⁰ Assim, essa circunstância é suficiente para justificar a necessidade do exame da extensão e da intensidade de tal possível efeito sobre o mercado relevante, devendo o órgão antitruste manifestar-se positivamente pela sua aprovação (com ou sem restrições) ou negativamente.⁵¹

Pesquisas realizadas no sítio do CADE na *internet* utilizando como critério de busca as expressões “contrato de distribuição”, “distribuição” e “revenda”, bem como a leitura do *Diário Oficial da União*⁵² revelaram a existência de 28 atos de concentração. Em 25 deles estava presente a cláusula de exclusividade; nos três restantes, não foi possível apurar em virtude da ausência de indicação expressa em um ou em outro sentido. A notificação do primeiro pacto dessa natureza é datada de 1999, e jamais algum deixou de ser conhecido pela autoridade concorrencial.

A análise desses julgados curiosamente revela que, no exame de subsunção de contratos de distribuição ao art. 54 da Lei 8.884/1994,⁵³ a cláusula de ex-

sumidor. [...] A formação desse grupo econômico ocorre exatamente através da exigência de exclusividade, implicando exigência, em seu externo, em que o fabricante só pode vender através da aludida rede que o distribuidor só pode comprar do fabricante.

É necessário que fique claro que a cláusula de exclusividade não constitui regra, mas sim característica especial dos contratos de distribuição ou concessão comercial, não existindo norma legal que a proíba por si mesma, com abstração do direito antitruste.” GRINBERG, Mauro. Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 3, n. 8, ago. 1996, p. 66.

50. “Um dos principais problemas de uma integração vertical é a possibilidade de fechamento de mercado por parte da firma verticalizada. Por fechamento de mercado entende-se a possibilidade de uma empresa verticalizada dificultar ou até mesmo impedir o acesso de empresas concorrentes a insumos ou outros recursos essenciais à produção.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva no Ato de Concentração 08012.006362/2005-08. Data da sessão de julgamento: 18/01/2006. Data da publicação do acórdão: 27/01/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 jan. 2010.
51. “Uma vez que as cláusulas de exclusividade inegavelmente limitam, em alguma medida, a concorrência, cumpre analisar em que circunstâncias encontram-se presentes razões objetivamente legítimas capazes de validar tal restrição.” SAM-PAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 236.
52. Acompanhamento realizado até 22 de outubro de 2010.
53. Em cinco dos 28 processos a análise de subsunção sequer foi realizada, não tendo o Plenário declinado as razões pelas quais os contratos de distribuição

clusividade não foi apontada, em nenhum deles, como fator determinante para a notificação ao SBDC. Em vez disso, procurou-se, na quase totalidade dos casos e sem maiores aprofundamentos, apenas verificar a presença de algum dos requisitos do § 3.º do aludido dispositivo.⁵⁴ A referida exclusividade foi objeto, quando muito, somente da análise do mérito do ato de concentração, o que ocorreu em apenas três oportunidades.⁵⁵⁻⁵⁶⁻⁵⁷

se enquadrariam em alguma das hipóteses do art. 54 da Lei Antitruste. São eles: 08012.005926/2003-15, 08012.011192/2007-37, 08012.005243/2003-68, 08012.005578/2004-67 e 08012.008358/2002-23.

54. No Caso Gambro/Baxter, outros fatores foram também identificados como relevantes para fins de conhecimento do ato de concentração: “No que diz respeito aos aspectos contratuais do ato notificado, verifica-se que o ato jurídico objeto da presente operação pode ser entendido com uma espécie de contrato de distribuição, [...] modalidade de cooperação entre partes [...]. Percebe-se que, por ser uma modalidade de contrato associativo, seus efeitos concorrenciais permitem entendê-lo como um Ato de Concentração, tendo em vista os aspectos relativos aos dois concorrentes *Gambro* e *Baxter*. Assim, mais do que analisar a natureza do contrato em si, observa-se atentamente suas conseqüências para o mercado relevante, como já verificado em julgamentos anteriores por este Plenário.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos no Ato de Concentração 08012.006415/2005-82. Data da sessão de julgamento: 31/05/2006. Data da publicação do acórdão: 27/06/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 jan. 2010.
55. “Na esteira dessas razões e eficiências o caso deve ser analisado, focada [*sic*] em tema específico no qual se busca concluir, [*sic*] se a inserção de cláusula de exclusividade para a empresa nomeada traduz ou não prejuízo para a livre concorrência.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto da Conselheira-Relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva no Ato de Concentração 08012.006150/1999-11. Data da sessão de julgamento: 21/02/2001. Data da publicação do acórdão: 09/04/2001. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2010.
56. “Dentro desse mercado consumidor de 60 aeronaves, percebe-se a existência de cláusula de exclusividade no contrato. Mesmo com duração extremamente efêmera (15 meses ou 9 vendas de RVSM), referida cláusula cria, em determinado lapso temporal, um monopólio na venda do produto e na prestação de serviços. Explica-se: durante um período de tempo, todas as 60 unidades só poderiam adquirir o RVSM de uma única empresa, qual seja, a *Lider* e aquela empresa, por sua vez, só poderia ofertar aquele sistema aos consumidores. Assim, pode-se dizer que, na vigência desta cláusula de exclusividade, os proprietários de aeronaves movidas a jato fabricadas pela *Learjet* teriam como alternativa tão somente a compra e instalação do RVSM por meio da *Lider*.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Luís Fernando Rigato

Situação próxima sucedeu no tocante aos contratos de fornecimento exclusivo. Foram identificados dez atos de concentração⁵⁸ (todos eles conhecidos) que os tiveram por objeto único (isto é, dissociados de transações de qualquer outra natureza, como compra de ativos) e, em todos eles, o faturamento foi indicado como elemento responsável para o conhecimento. Em apenas dois foi feita também menção a algum outro tipo de justificativa para a subsunção: em um, porque se tratava de “um acordo entre concorrentes”;⁵⁹ em outro, aludiu-se a possíveis “efeitos sobre o ambiente concorrencial”⁶⁰ (embora não especificados). A cláusula de exclusividade novamente foi apreciada somente no exame de mérito, variando a profundidade com que este foi realizado.⁶¹

Vasconcellos no Ato de Concentração 08012.004600/2005-32. Data da sessão de julgamento: 15/02/2006. Data da publicação do acórdão: 17/03/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

57. “O contrato ora em análise trata da exclusividade da distribuição do produto Flash Power pela Spal. De fato, a exclusividade impede a entrada de novos distribuidores que estivessem dispostos a distribuir Flash Power, embora não de outras bebidas energéticas. O que se interpreta da afirmação da Procuradoria, é que se a exclusividade reduz custos, a imposição de venda casada produziria vantagens econômicas para a Spal. Outras distribuidoras, que não atuassem sob exclusividade, não poderiam operar de forma tão eficiente quanto a Spal, o que dificultaria a entrada de empresas menos eficientes.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no Ato de Concentração 08012.006304/2001-42. Data da sessão de julgamento: 11/09/2002. Data da publicação do acórdão: 30/09/2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2010.
58. Última pesquisa realizada no sítio do CADE na internet em 21/01/2010, usando por expressões-chave “contrato de fornecimento” e “fornecimento”. Posteriormente, foram publicados no *Diário Oficial da União* outros acórdãos sobre a matéria e cuja análise foi feita na elaboração do presente estudo.
59. Ato de Concentração 08012.005697/2006-81. Participações de mercado relevante superiores a 20% também foram invocadas nesse julgado para o conhecimento da operação.
60. Ato de Concentração 08012.003740/2008-36.
61. Analisada de modo mais detido nos Atos de Concentração 08012.003427/2003-93, 08012.007073/2003-56, 08012.007081/2003-01, 08012.005042/2004-41 e 08012.009279/2004-00 (redistribuídos por prevenção ao Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e julgados conjuntamente, tendo ocorrido a determinação de supressão da cláusula de exclusividade dos contratos como condição para a aprovação); de forma menos aprofundada, nos Atos de Concentração 08012.003740/2008-36 e 08012.005697/2006-81; e, superficialmente, nos Atos de Concentração 08012.011642/2008-72 e 08012.008432/2007-16.

Cabe, assim, uma crítica à atuação pretérita do Conselho: com base no disposto no *caput* do art. 54 da Lei 8.884/1994, a exigência de exclusividade em contratos de distribuição ou de fornecimento deveria ter sido objeto também do juízo de admissibilidade do ato de concentração, em consideração à potencial restrição à concorrência que representa e que é reconhecida pela doutrina antitruste. Apenas recentemente, como se verá nos próximos itens deste tópico 4, a jurisprudência fixou o entendimento de que a exigência de exclusividade impõe a notificação do acordo ao SBDC.⁶²

62. A definição menos tardia de uma orientação clara da jurisprudência com relação à concessão de exclusividade por meio de acordos de distribuição ou de fornecimento poderia ter evitado práticas que posteriormente foram caracterizadas como infrações. Exemplo notório é o Caso Microsoft-TBA (Processo Administrativo 08012.008024/1998-49): seguramente, pelos motivos expostos nos parágrafos iniciais deste tópico, o contrato de distribuição firmado entre a Microsoft e a TBA era passível de notificação ao SBDC na forma do art. 54, *caput*, da Lei Antitruste, e a eventual identificação de efeitos nocivos não compensados por eficiências não teria permitido sua aprovação. O mesmo se pode afirmar com relação ao ajuste entre White Martins e Ultrafértil que conferiu à primeira a exclusividade para a aquisição de excedentes de matéria-prima e que foi alvo de representação da Messer Grieshem (Processo Administrativo 08000.022579/97-05). A distinção, contudo, entre atos que se enquadram nos arts. 20 e 21 ou 54 do referido diploma é tortuosa em situações concretas, sendo pertinente invocar a lição de Calixto Salomão Filho: “O principal e fundamental divisor de águas entre as situações lícitas e ilícitas está na teoria dos *ancillary restraints*, que foi recebida plenamente pelo ordenamento brasileiro. Segundo ela, todo acordo que tem como objeto único e/ou principal algum tipo de restrição à concorrência deve ser considerado *per se* ilícito. No ordenamento brasileiro isso significa que a sua regulamentação fica confinada ao art. 21 da lei concorrencial.

Essa regra simples está, no entanto, longe de resolver todos os problemas existentes. O contrário da regra exposta acima não é verdadeiro. Isso significa que do simples fato de a restrição à concorrência não ser objeto principal do acordo não decorre a sua licitude. A única consequência da caracterização da restrição à concorrência como objeto secundário do contrato (*ancillary restraint*) é retirá-la da esfera da ilicitude *per se* e inseri-la no âmbito de aplicação da regra da razão do art. 54. Não implica, de modo algum, um atestado de licitude.

Nem poderia ser de outra forma. Em muitos casos é difícil, se não impossível, determinar qual o verdadeiro objeto principal do acordo”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 349. A aludida teoria é encampada pela jurisprudência do CADE: “A doutrina brasileira, apoiada na literatura e jurisprudência norte-americana, tem aplicado a teoria dos *ancillary restraints* para distinguir as formas lícitas e ilícitas de cooperação econômica entre concorrentes. [...] A distinção proposta, portanto, parte da análise dos objetivos do acordo e conseqüentemente das limi-

4.2 *Contratos de distribuição e de fornecimento sem cláusula de exclusividade*

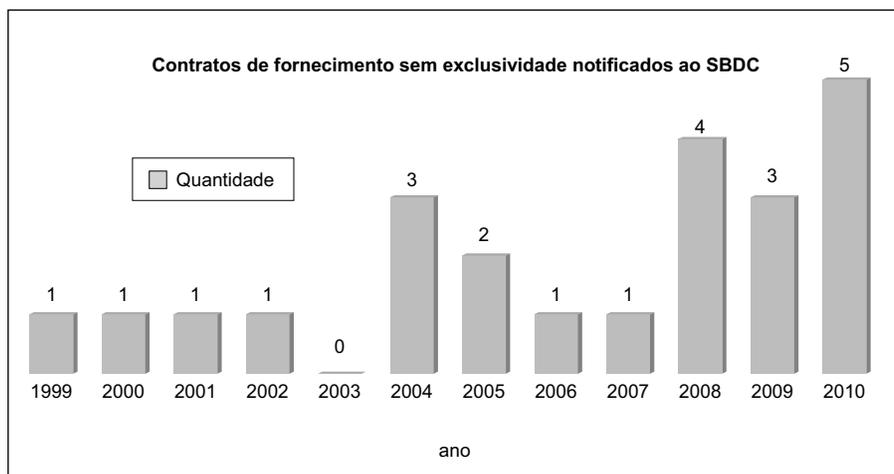
A percepção da necessidade de notificação ao SBDC de acordos de fornecimento ou de distribuição em que está ausente a cláusula de exclusividade não é trivial.⁶³ A rigor, tais contratos configuram práticas normais no curso dos negócios entre agentes econômicos verticalmente relacionados, causando espécie, *prima facie*, que possam ser considerados, em abstrato, como atos que de alguma forma possam prejudicar ou limitar a livre concorrência ou ainda resultar na dominação de mercado relevante, enquadrando-se no *caput* do art. 54 da Lei 8.884/1994.

Pesquisa realizada no sítio do CADE na internet, bem como o acompanhamento de publicações pelo DOU, não indicaram a existência de acórdão algum referente a ato de concentração tendo por objeto exclusivo o exame de contrato de distribuição sem exclusividade; quanto aos acordos de fornecimento sem essa cláusula, foram verificadas 23 ocorrências, sendo 22 atos de concentração e uma consulta.⁶⁴ O gráfico a se-

tações concorrenciais derivadas. Se o acorem como objetivo único e/ou principal algum tipo de restrição à concorrência, trata-se de uma hipótese do art. 21. Caso contrário, quando a restrição for apenas secundária para a realização do acordo, então estaremos diante de um ato que se subsume à hipótese do art. 54, *caput*.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Cleveland Prates Teixeira no Ato de Concentração 08012.000002/2001-61. Data da sessão de julgamento: 12/05/2004. Data da publicação do acórdão: 02/07/2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

63. “Nesse sentido, a questão que se coloca é qual deve ser o critério para se definir quais atos ou contratos estariam isentos de apreciação. [...] O que me parece, apenas, é que a discussão sobre quais casos devem (e quais não necessitam) ser apresentados ao CADE é algo não trivial, e cuja definição mais precisa dependeria de uma consolidação da jurisprudência do órgão (fato não observado até o presente momento).” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Cleveland Prates Teixeira no Ato de Concentração 08012.005243/2003-68. Data da sessão de julgamento: 14/07/2004. Data da publicação do acórdão: 1.º/10/2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 jan. 2010.
64. A pesquisa selecionou apenas os casos em que o contrato de distribuição ou de fornecimento era o único objeto do ato de concentração notificado, sem estar combinado com qualquer outro tipo de transação (a exemplo de aquisição de ativos).

guir demonstra a evolução, por ano, da quantidade de operações daquela natureza.⁶⁵

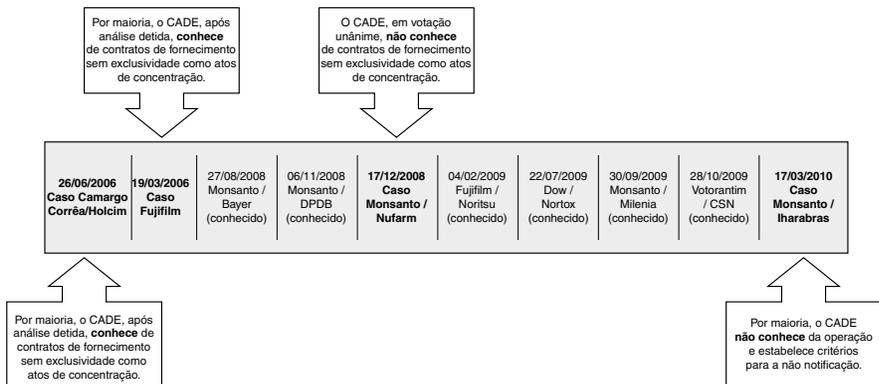


Os anos de 2010 e de 2008 registraram o maior número de ocorrências, com cinco e quatro contratos de fornecimento sem exclusividade, respectivamente, comunicados às autoridades antitruste. O primeiro caso data de 1999. A tabela na sequência expõe, analítica e globalmente, mais dados sobre os julgados coletados:

Contratos de fornecimento sem exclusividade notificados ao SBDC como atos de concentração (1999-2010)					
22					
conhecidos			não conhecidos		
por unanimidade		por maioria		por unanimidade	por maioria
16		1		4	1
fundamento – art. 54					
<i>caput</i>	§ 3.º	<i>caput</i> e § 3.º	não indicado		
2	9	3	3		

65. Dados atualizados até o dia 22 de outubro de 2010, conforme acompanhamento pelo *Diário Oficial da União*.

De todos esses processos, quatro são paradigmáticos: os casos Camargo Corrêa/Holcim (Ato de Concentração 08012.011058/2005-74), Fujifilm (Consulta 08700.003674/2007-65), Monsanto/Nufarm (Ato de Concentração 08012.010018/2008-58) e Monsanto/Iharabras (Ato de Concentração 08012.000182/2010-71). Isso porque até o ano de 2006, basicamente, bastava ao CADE verificar a presença de algum dos requisitos do § 3.º do art. 54 do diploma antitruste para a satisfação do juízo de admissibilidade de acordos de fornecimento sem cláusula de exclusividade. E foi precisamente nos dois primeiros daqueles quatro julgados que a autoridade concorrencial analisou de modo mais detido a questão da subsunção à Lei 8.884/1994 e concluiu, por maioria, que contratos daquela natureza deveriam ser notificados quando presentes certos requisitos. Já na terceira jurisprudência (caso Monsanto/Nufarm), o Plenário não conheceu da operação em votação unânime, voltando, em atos de concentração subsequentes, a conhecer de contratos de fornecimento sem exclusividade, sendo que, no Caso Monsanto/Iharabras, foram sistematizados critérios que eximiriam as partes de comunicar pactos daquela natureza ao SBDC. A figura a seguir ilustra o exposto: Ante o exposto, passa-se ao exame pormenorizado dos *leading cases* Camargo Corrêa/Holcim, Fujifilm, Monsanto/Nufarm e Monsanto/Iharabras, de forma a se identificar os critérios definidos pela jurisprudência do CADE para o conhecimento de acordos de fornecimento não exclusivos.



4.3 O Caso Camargo Corrêa/Holcim

Trata-se do Ato de Concentração 08012.011058/2005-74, que teve por requerentes Camargo Corrêa Cimentos S/A e Holcim Brasil S/A e por objeto a análise do “Contrato de Fornecimento de Clínquer” (principal matéria-prima utilizada na fabricação do cimento). Por meio desse acordo, que tinha prazo de vigência de 1 (um) ano, podendo ser prorrogado indefinidamente, a Camargo Corrêa poderia exercer, mensalmente, opção de compra daquele produto junto à Holcim, utilizando-o em sua unidade de Pedro Leopoldo/MG. As duas empresas eram concorrentes no mercado relevante de cimento, e ambas produziam o clínquer que utilizavam por insumo, mas a então fornecedora, à época, dispunha de excedentes em virtude de ociosidade na produção do bem final. Para a Camargo Corrêa, o negócio era vantajoso, pois deixaria de incorrer nos custos de transporte do clínquer de sua fábrica mais próxima, localizada a 300 km.

A relatoria coube ao Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, que votou pelo não conhecimento do ato de concentração, tendo sido acompanhado pelos Conselheiros Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado e Abraham Benzaquen Sicsú. O posicionamento do Conselheiro Furquim foi no sentido de que contratos de fornecimento poderiam, sim, ser enquadrados no art. 54 da Lei Antitruste, mas desde que deles decorressem alterações substanciais no controle de ativos relevantes à concorrência, ou nos incentivos para o uso daqueles, o que, no caso, entendeu não ter havido:

O objeto deste procedimento constitui em contrato de fornecimento, que prevê apenas a alocação de direitos sobre o produto clínquer a ser fornecido pela Holcim à Camargo Corrêa Cimentos. Não há nenhum aspecto da operação que permita lhe enquadrar nos atos especificados do art. 54, § 3.º, da Lei n. 8.884/94, porque dela não resulta concentração econômica de qualquer espécie, seja na forma de transferência de ativos, seja na alteração das formas de controle sobre empresas ou ativos relevantes à concorrência.

Tampouco a operação em pauta poderia ser enquadrada na abrangente definição constante no *caput* do art. 54 da Lei n. 8.884/94. A redação do *caput* é deliberadamente vaga ao qualificar que devem ser subsumidos atos “sob qualquer forma”, permitindo a inclusão de atos potencialmente nocivos à concorrência e cuja definição precisa poderia não ser antecipada pelo legislador. Entretanto, os referidos atos são restritos àqueles que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”. Não há nada no contrato de fornecimento objeto deste procedimento que o qualifique como potencialmente anticompetitivo, independente de análise de mérito, não havendo por que reconhecer a necessidade de sua subsunção.

Note-se que é admissível que um contrato de fornecimento possa ser qualificado como um ato de concentração, se dele decorrem mudanças substanciais no controle de ativos relevantes à concorrência, bem como nos incentivos para o seu uso. Um contrato é um acordo entre duas ou mais partes, que transmite direitos entre elas, assim como estabelece, exclui ou modifica deveres. Esse tipo de relação manifesta-se concretamente de diversos modos, variando em complexidade, forma, tempo, salvaguardas e capacidade de se fazer cumprir os termos acordados (*enforcement*). Se em [sic] um contrato de fornecimento for acompanhado de restrições verticais relevantes à concorrência – como, por exemplo, a transferência de direito de uso de ativos relevantes ou cláusulas de exclusividade que restringem o direito de decisão sobre o uso desses ativos – tal contrato pode constituir um ato que tenha o efeito de “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”, sendo, portanto, de notificação obrigatória. Não é este o caso do contrato de fornecimento em pauta, cujo objeto é a transferência de direitos sobre parte da produção, por um período determinado, e não sobre ativos ou direitos de decisão relevantes que possam resultar em prejuízos à concorrência.

(nota de rodapé: É importante notar que estoque de produtos constitui um ativo e, se relevante à concorrência, os direitos a ele assinalados podem afetar a concorrência. Do mesmo modo, a transferência de direitos sobre a produção por longo período pode implicar o controle parcial sobre os ativos. Não é o caso do procedimento em pauta, que compromete a produção de apenas um ano).

Por todo o exposto, não conheço da presente operação [...].⁶⁶

Em voto-vista, o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva ponderou que, diante da redação vaga do *caput* do art. 54 da Lei 8.884/1994, seria exigido de seu intérprete que fosse realizado um juízo prévio (mas não apriorístico) da potencial lesividade da operação anteriormente ao seu conhecimento. Essa análise seria casuística, em face da impossibilidade do estabelecimento de um rol fechado de todos atos que, *a priori*, não fossem capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes. Para ele, alguns contratos de fornecimento, a exemplo daqueles que tivessem as características indicadas pelo relator, deveriam ser conhecidos, mas asseverou que a potencial nocividade de tais acordos somente poderia ser verificada após a análise de seu conteúdo. E, para Cueva, do contrato firmado entre as re-

66. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Paulo Furquim de Araújo no Ato de Concentração 08012.011058/2005-74. Data da sessão de julgamento: 26/07/2006. Data da publicação do acórdão: 03/08/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

querentes (que eram concorrentes no mercado relevante de cimento), haveria o risco de uma integração vertical duradoura, diante da possibilidade de ser prorrogado indefinidamente, razão pela qual o ato de concentração deveria ser conhecido, no que foi acompanhado pela Presidente Elizabeth Farina e pelos Conselheiros Luis Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Fernando Schuartz:

Nenhuma objeção a esta assertiva: a operação em análise não implica fusão, incorporação ou constituição de sociedade para exercer o controle de empresa, nem qualquer forma de agrupamento societário, não se enquadrando, portanto, no § 3.º do art. 54 da lei antitruste. [...]

Ora, não há dúvida de que o *caput* do art. 54, redigido de maneira propositalmente vaga pelo legislador, exige que o aplicador do direito emita um juízo sobre a potencial lesividade da operação previamente a seu conhecimento. Esse juízo é necessariamente casuístico, formulado caso a caso de acordo com as características do ato notificado, já que é impossível estabelecer uma tipologia cerrada de todos os atos que não possam a priori limitar ou prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes. Mais: esse juízo é prévio, mas não é apriorístico, pois não se baseia em categorias abstratas, mas, ao revés, nas peculiaridades do caso. Ou seja, implica uma análise de mérito, ainda que simplificada.

Foi esse, exatamente, o iter da análise efetuada pelo i. relator, que, ao afastar, [sic] a potencial lesividade do contrato de fornecimento, emitiu um juízo de mérito sobre a operação, ainda que de forma simplificada. [...]

Restou claro, portanto, que alguns contratos de fornecimento, como os que envolvam direito de uso de ativos relevantes ou que contenham cláusulas de exclusividade quanto ao uso desses ativos, para mencionar apenas os exemplos apresentados pelo relator, apresentam riscos à concorrência e devem ser conhecidos. Outras situações podem também apresentar riscos à concorrência, dependendo de cláusulas e características específicas do contrato de fornecimento como seu prazo, da estrutura de mercado, do poder que nele exerçam os agentes envolvidos, além de outros fatores não previsíveis.

Restou claro, também, que a potencial nocividade do contrato de fornecimento só pode ser determinada após a análise do conteúdo do contrato. É por isso que este Conselho não só tem conhecido contratos de fornecimento, como chegou a impor restrições a alguns deles.

No caso, o contrato de fornecimento foi celebrado entre duas empresas concorrentes, que atuam no mercado de cimento *portland* e que produzem clínquer, que é o insumo essencial para a produção de cimento. O contrato tem prazo de um ano, podendo ser prorrogado indefinidamente se assim entenderem as partes, as quais, consultadas, não souberam indicar se pretendem ou não prorrogar o contrato. Não há como esquecer, contudo,

que as requerentes justificam o contrato com as eficiências dele decorrentes, pois, de um lado, há grande ociosidade nos fornos da Holcim e, de outro, a Camargo Corrêa deixa de incorrer nos custos de transporte de clínquer de sua fábrica mais próxima, que dista 300 km de Pedro Leopoldo (MG). A persistirem tais eficiências, é razoável supor que o contrato venha a ser prorrogado. Assim, *prima facie*, há possibilidade de integração vertical duradoura entre as atividades das empresas concorrentes, o que gera a necessidade de análise do conteúdo do contrato e do mercado em questão, só possível se superada a fase de conhecimento da operação.

Em suma, a operação deve ser conhecida, por presentes os critérios de admissibilidade previstos no *caput* – a potencial lesividade do contrato – e no § 3.º do artigo 54 da Lei n. 8.884/94 – faturamento de ambos os grupos foi superior ao patamar mínimo de R\$ 400 milhões, em 2004, no Brasil.⁶⁷

Assim, o Caso Camargo Corrêa/Holcim teve por desfecho o conhecimento do contrato de fornecimento sem exclusividade por 4 votos a 3, tendo sido essa a primeira vez em que o CADE analisou de modo mais aprofundado a subsunção de tais acordos à letra do art. 54 do diploma concorrencial.⁶⁸ Nele, expressamente, a autoridade firmou o entendimento de que contratos daquele gênero poderiam ser considerados atos de concentração e que fatores determinantes para tanto seriam disposições referentes a direito de uso de ativos relevantes sob o aspecto concorrencial, cláusulas de exclusividade, prazo de vigência, estrutura de mercado, poder que nele exerçam os agentes envolvidos, “além de outros fatores não previsíveis”. Afirmou-se, ainda, que a “a potencial nocividade do contrato de fornecimento só pode ser determinada após análise do conteúdo do contrato”.

67. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-Vista do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva no Ato de Concentração 08012.011058/2005-74. Data da sessão de julgamento: 26/07/2006. Data da publicação do acórdão: 03/08/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

68. Em processo julgado há menos de dois meses antes do Caso Camargo Corrêa/Holcim, em 31 de maio de 2006, tendo o mesmo Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo por relator, o CADE, em votação unânime, conheceu de ato de concentração que teve por objeto contrato de fornecimento sem cláusula de exclusividade com base no critério de faturamento previsto no art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994 (Ato de Concentração 08012.000415/2006-50). Ainda naquele ano, em 18 de janeiro, o CADE conheceu de operação da mesma natureza (Ato de Concentração 08012.006362/2005-08, relator o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, votação unânime), não tendo, contudo, realizado a análise de subsunção (embora na ementa conste menção ao § 3.º do art. 54).

No entanto, apesar da elogiável indicação de critérios, o CADE não os explicou. Se antes a questão era apenas uma, a saber, quais os elementos que tornariam obrigatória a notificação, como ato de concentração, de um contrato de fornecimento, depois do Caso Camargo Corrêa/Holcim elas se multiplicaram: O que seriam ativos relevantes à concorrência? Quando uma alteração em seu uso é substancial? Qual prazo de vigência acarretaria a necessidade de apresentação do acordo? Como a estrutura do mercado e o poder que nele exercem os agentes envolvidos influenciariam no juízo de admissibilidade? Ademais, a menção a “outros fatores não previsíveis”, bem como a que a “nocividade” somente poderia ser verificada após o exame do contrato, transmite uma insegurança enorme para os agentes econômicos que registraram, no Brasil, faturamento bruto superior a R\$ 400 milhões no último exercício. Implicaria, ao extremo, que estes tivessem de apresentar todo e qualquer contrato de fornecimento que viessem a celebrar, o que, obviamente, é de todo desarrazoado.⁶⁹

4.3.1 O Caso Fujifilm

Em 19 de março de 2008, o CADE decidiu a Consulta 08700.003674/2007-65, apresentada pela Fujifilm da Amazônia Ltda. Indagou a Consulente se possível contrato de fornecimento, em caráter não exclusivo, de impressora destinada a compor minilaboratório fotográfico seria de apresentação obrigatória ao SBDC nos termos do art. 54 da norma antitruste.

Participaram desse julgamento cinco dos sete Conselheiros presentes no Caso Camargo Corrêa: Luiz Fernando Schuartz e Abraham Benzaquen Sicsú haviam deixado a composição do Plenário, e este contava com um novo Conselheiro, o ex-Procurador Geral do CADE Fernando de Magalhães Furlan.

A relatoria coube ao Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, segundo o qual os contratos em comento não se subsumiriam ao controle preventivo da Lei 8.884/1994, ao fundamento de que a ausência de cláusula de exclusividade implicaria inexistência de risco de fechamento de mercado e de colusão, senais acordos apenas “relações implementadas no curso ordinário dos negócios”:

[*In casu*, questiona-se se, *in abstracto*, todos os casos envolvendo fornecimento de insumos para empresa concorrente, não onerados com cláusula de

69. Na prática, sobre tais contratos passaria a incidir um “novo tributo”: a taxa de apresentação de atos de concentração ao CADE, no valor de R\$ 45.000,00 e que, a depender dos valores envolvidos e das margens financeiras da operação, terminariam por inviabilizá-la, prejudicando o ambiente de negócios e retirando competitividade das empresas.

exclusividade, poderiam ser excluídos, *ex ante*, da categoria de concentração econômica. Para tanto, demanda-se que este Conselho verifique se acordo vertical entre concorrentes que não estejam atados pela exclusividade não constitui razoável incentivo para a colusão, seja tácita ou não. Conforme entendimento que vem sendo firmado por este Conselho, acordos de fornecimento desprovidos de cláusula de exclusividade, ao afastarem a possibilidade de fechamento de mercados (*foreclosure*), carecem desse vigor. [...]

Contratos de fornecimento celebrados entre concorrentes e que não estejam onerados por cláusula de exclusividade não são de submissão obrigatória porquanto, ao não ensejarem riscos à ordem econômica, em especial pelo fechamento de mercados (*foreclosure*), não se enquadram no *caput* do art. 54 da Lei n. 8.884/94. Não obstante, ao materializarem relações implementadas no curso ordinário dos negócios, mantendo intacta a unicidade das partes, e por não constituírem, *per se*, instrumento ou incentivo à colusão, afastam-se, igualmente, da definição de atos de concentração, não se subsumindo na hipótese prevista no art. 54, § 3.º, da Lei Concorrencial.

Resta oportuno salientar, porém, que o afastamento da análise *ex ante*, dado não se enquadrar a operação na definição de ato de concentração, em nada obsta o poder de controle *a posteriori* pela Administração, sempre cabível caso a relação entre os agentes evolua para quaisquer das irregularidades previstas no art. 21 da Lei Concorrencial. Nesse caso, entretantes, a atuação do SBDC refletir-se-á na instauração de processo administrativo, instrumento de que o legislador investiu o sistema da concorrência para enfrentar os casos envolvendo práticas anticoncorrenciais.⁷⁰

O Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo acompanhou, no mérito,⁷¹ o relator. Entretanto, há uma diferença substancial no pensamento deles: enquanto este último entende que a categoria abstrata de contratos de fornecimento sem exclusividade não se enquadraria no conceito de ato de concentração, aquele primeiro admite tal possibilidade, desde que presentes determinados requisitos, a saber: a ocorrência de alguma alteração na forma de controle de ativos tangíveis e intangíveis relevantes à concorrência, bem como incentivos para seu uso. Para o Conselheiro Furquim, a atividade de fornecimento não

70. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado na Consulta 08700.003674/2007-65. Data da sessão de julgamento: 19/03/2008. Data da publicação do acórdão: 02/05/2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

71. Em sede preliminar, votou pelo não conhecimento da consulta, uma vez que não se estaria diante de ato ou contrato em tese, conforme exigido pelo Regimento Interno do CADE.

conferiria potencial nocivo a tais contratos, mas, sim, a presença de restrições verticais em seu bojo, que tornariam a notificação um imperativo:

Acompanho a tese defendida pelo i. Conselheiro Prado, relator da presente consulta, segundo a qual contratos de fornecimento sem cláusulas de exclusividade não constituem atos de notificação obrigatória nos termos do art. 54 da Lei 8.884/94.

O controle preventivo em Defesa da Concorrência procura evitar configurações de mercado que impliquem elevada probabilidade de ocorrência de condutas anticompetitivas no futuro. Por esse motivo, os atos que se enquadram nesse tipo de controle são apenas aqueles que, a princípio, podem afetar a estrutura do mercado e, portanto, as condições de concorrência. A estrutura de mercado, por sua vez, não se altera pela transferência de produtos ou serviços, mas pela concentração de ativos ou de direitos concorrencialmente relevantes sobre tais ativos. Dessa forma, é condição necessária para se concluir pela obrigatoriedade de notificação a existência de alguma mudança na forma de controle de ativos tangíveis e intangíveis, o que pode ocorrer por meio da aquisição de empresa ou formas alternativas de alocação dos direitos sobre tais ativos.

Um contrato de fornecimento, diferentemente de uma aquisição, fusão ou *joint venture*, transfere essencialmente direitos sobre produtos e serviços. Sua duração pode ser variável, sendo esta duração normalmente associada à extensão do fluxo de produtos ou serviços cujos direitos são transferidos por meio do contrato de fornecimento. Não há, a princípio, transferência de direitos sobre ativos concorrencialmente relevantes, em especial em se tratando da natureza preventiva da análise de atos de concentração, cujo foco é o exercício potencial de poder de mercado em médio ou longo prazo.

Poder-se-ia argumentar que produtos constituem estoques e estes são ativos, podendo desempenhar função concorrencial relevante em estratégias de preços predatórios ou elevação de custos de rivais. Entretanto, não é esta a preocupação que move o controle de estruturas, cujo foco é a probabilidade de ocorrência futura de ilícito antitruste, em tempo que normalmente extrapola o uso estratégico de estoques e, portanto, de direitos sobre produtos e serviços.

Note-se que é admissível que um contrato de fornecimento possa ser qualificado como um ato de concentração, se dele decorrerem mudanças substanciais no controle de ativos relevantes à concorrência, bem como nos incentivos para o seu uso. Um contrato é um acordo entre duas ou mais partes, que transmite direitos entre elas, assim como estabelece, exclui ou modifica deveres. Esse tipo de relação manifesta-se concretamente de diversos modos, variando em complexidade, forma, tempo, salvaguardas e capacidade de se fazer cumprir os termos acordados (*enforcement*). Se em [*sic*] um contrato de fornecimento for acompanhado de restrições verticais

relevantes à concorrência – como, por exemplo, a transferência de direito de decisão sobre o uso desses ativos – tal contrato pode constituir um ato que tenha o efeito de “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”, sendo, portanto, de notificação obrigatória.

Tampouco poderia o contrato de fornecimento, enquanto transferência de produtos e serviços que não comprometam o controle sobre o uso concorrencial de ativos, implicar potencial lesivo à concorrência, mesmo se for estabelecido entre empresas concorrentes em mercados cuja estrutura de mercado seja propícia à ocorrência de condutas anticompetitivas. A conduta potencialmente prejudicial à concorrência não é a venda, algo esperado e desejado do exercício da atividade produtiva, mas a recusa de venda, que pode ter a finalidade de fechamento de mercado ou, mais genericamente, elevação do custo dos rivais. Nesse sentido, o contrato de fornecimento é a evidência da não-recusa de venda, esta sim uma possível conduta anticompetitiva [*sic*]. A não-venda é o problema estrutural que pode ser derivado de um contrato de fornecimento com exclusividade, que, conforme já afirmado, transfere o direito sobre [*sic*] de excluir concorrentes do acesso aos frutos do conjunto de ativos sobre o qual incide a exclusividade. Não é, portanto, a sua natureza de fornecimento que confere potencial lesivo a este tipo de contrato, mas o fato de afetar estruturalmente direitos concorrencialmente relevantes sobre ativos, como o direito de recusar venda.⁷²

O então novel integrante do Plenário, Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, para divergir de seus pares, apontou a existência de precedentes do CADE e a eventual possibilidade de volumes mínimos de fornecimento comprometidos por força de um contrato implicarem efeitos análogos aos de uma cláusula de exclusividade:

No mérito, entendo que este plenário, em casos semelhantes, adotou posicionamento segundo o qual contratos de fornecimento com características muito semelhantes ao ora em exame preenchem os requisitos do art. 54 da Lei n. 8.884/94. [...]

Com isto, concludo, forçosamente, pela impossibilidade de adotar uma posição sem antes proceder à necessária análise do caso concreto.

Isto porque, como visto, os precedentes existentes não nos permitem concluir que o CADE considere pacificamente que contratos de fornecimento sem exclusividade não produzam efeitos anticompetitivos.

72. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-Vogal do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo na Consulta 08700.003674/2007-65. Data da sessão de julgamento: 19/03/2008. Data da publicação do acórdão: 02/05/2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

Para reforçar um tal posicionamento prudencial, note-se que não é de todo inverossímil a possibilidade de, apesar de não exclusivo, um contrato de fornecimento poder dar margem ao abastecimento de volumes mínimos, gerando efeitos análogos aos da exclusividade.⁷³

Acompanhando o Conselheiro Furlan e sendo, por sua vez, seguido pela Presidente Elizabeth Farina e pelo Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva (relator para o acórdão) assinalou que as legislações antitruste europeia e norte-americana exigiriam a notificação de contratos como aquele em exame. Da mesma forma, a doutrina e a jurisprudência brasileiras seriam no mesmo sentido, tendo ele indicado exemplos de contratos de fornecimento conhecidos e aprovados pelo CADE e transcrito trecho de seu voto proferido no Caso Camargo Corrêa/Holcim. Segundo o Conselheiro Cueva, as seguintes circunstâncias seriam determinantes, na hipótese analisada, para a obrigatoriedade da apresentação do acordo de fornecimento em tese, uma vez firmado:

- a) Contrato a ser celebrado entre concorrentes;
- b) Os concorrentes, eventuais contratantes, detêm significativo poder de mercado (53% e 36% no segmento de minilaboratórios e 50% e 22% no de impressoras para minilaboratórios);
- c) O contrato importa, em tese, acordo entre concorrentes no plano horizontal e também uma relação de integração vertical entre a consulente e seu fornecedor;
- d) Não se sabe se o instrumento contratual a ser firmado conterá ou não cláusula de exclusividade, nem se conhecem os exatos termos desse contrato;
- e
- e) Há na hipotética operação, em razão de suas peculiares circunstâncias, evidente potencial para restringir ou limitar a concorrência.⁷⁴

Destarte, por maioria de votos (4 a 2), mais uma vez o CADE se pronunciou afirmativamente pela subsunção de contratos de fornecimento sem

73. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-Vogal do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan na Consulta 08700.003674/2007-65. Data da sessão de julgamento: 19/03/2008. Data da publicação do acórdão: 02/05/2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

74. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-Vista do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva na Consulta 08700.003674/2007-65. Data da sessão de julgamento: 19/03/2008. Data da publicação do acórdão: 02/05/2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

exclusividade ao art. 54 da Lei 8.884/1994.⁷⁵ Contudo, tendo sido o voto do Conselheiro Cueva o condutor do acórdão e não tendo ele trazido novos elementos esclarecedores sobre as questões erigidas nesta monografia a partir da análise dos parâmetros estabelecidos no Caso Camargo Corrêa/Holcim, perdeu a autoridade antitruste uma importante oportunidade de oferecer parâmetros mais objetivos acerca das hipóteses em que seria compulsória a notificação de tais acordos ao SBDC.⁷⁶

4.3.2 O Caso Monsanto/Nufarm

Importantes alterações no Plenário do CADE ocorreram em 2008. Encerraram-se os mandatos dos Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado e Luiz Fernando Rigato Vasconcellos, tendo estes sido sucedidos por Vinícius Marques de Carvalho, Olavo Zago Chinaglia e Carlos Emamnel Joppert Ragazzo; a presidência passou a ser exercida pelo ex-Procurador Geral da autarquia Arthur Sanchez Badin, no lugar de Elizabeth Farina. Posteriormente, foi também nomeado César Costa Alves de Mattos, voltando o Conselho a atuar com sete integrantes.

Naquele ano houve a análise ainda de três atos de concentração que tiveram por objeto exclusivo contratos de fornecimento sem exclusividade.⁷⁷ Os

75. Em 4 de fevereiro de 2009, o CADE decidiu o Ato de Concentração 08012.008815/2008-75, que teve por requerentes Fujifilm da Amazônia Ltda. e Noritsu do Brasil Ltda., apresentado em estrito atendimento à consulta analisada neste tópico. Por unanimidade, foi conhecido e aprovado. Participaram da sessão de julgamento o Presidente Arthur Sanchez Badin e os Conselheiros Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (relator), Paulo Furquim de Azevedo, Fernando de Magalhães Furlan, Vinícius Marques de Carvalho, Olavo Zago Chinaglia e César Costa Alves de Mattos.

76. No mesmo sentido, os comentários de Eduardo Caminati Anders e Marcio de Carvalho Silveira Bueno sobre o caso Fujifilm: “De fato, a consulta formulada pela Fujifilm e a divergência observada na sua apreciação deveriam ser interpretadas pelo Conselho como um sinal de alerta sobre o estágio ainda imaturo em que se encontra essa questão fundamental à função do órgão e provocar um esforço no sentido de aprofundar o debate sobre ela, com o intuito de poder sinalizar, com a necessária clareza, quais critérios devem ser considerados pelas empresas na avaliação sobre a necessidade ou não de se submeter atos e contratos ao controle preventivo do CADE.” ANDERS, Eduardo Caminati; BUENO, Marcio de Carvalho Silveira. Insuficiência dos parâmetros de subsunção de contratos ao art. 54 da Lei n. 8.884/94. In: ZANOTTA, Pedro ; BRANCHER, Paulo (org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p. 253.

77. Ato de Concentração 08012.006693/2008-82, que teve por requerentes Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S/A, decidido em 27/08/2008; e o Ato de Concentração

dois primeiros, a despeito da alteração da composição da autoridade concorrencial, foram conhecidos e aprovados por unanimidade.⁷⁸ Não foi feita qualquer menção aos precedentes analisados nos tópicos anteriores, tendo sido o faturamento indicado como o critério utilizado para o conhecimento das operações.

Já o terceiro, celebrado entre a Monsanto do Brasil Ltda. e a Nufarm Indústria Química e Farmacêutica S/A, não foi conhecido por unanimidade, contrariando a tendência até então verificada no Conselho.⁷⁹ O Conselheiro-relator Olavo Zago Chinaglia o considerou mero contrato regular entre dois agentes econômicos, não subsumível ao art. 54 da Lei 8.884/1994, diante da impossibilidade de fechamento de mercado e da ausência de transferência, compartilhamento ou cessão de ativos tangíveis e intangíveis:

A operação ora em análise configura, na verdade, mero contrato de fornecimento, pelo qual a Monsanto deverá entregar periodicamente determinadas quantidades de ácido glifosato à Nufarm. [...] O negócio não prevê cláusula de exclusividade. [...]

Assim, pode-se concluir que os volumes acordados neste contrato de fornecimento representam percentual pequeno total produzido e comercializado de ácido glifosato pela Monsanto, fato este que, combinado com a constatação de competição internacional e de baixas barreiras à entrada, permite afirmar a impossibilidade de fechamento do mercado.

Assim, tem-se que a operação em tela não é capaz de provocar qualquer dano ao ambiente competitivo, uma vez que não há transferência, compartilhamento, ou cessão de ativos tangíveis ou intangíveis a qualquer título, tampouco exsurge do avençado qualquer óbice contratual à livre negociação.

Dessa forma, não se observa qualquer alteração ou tendência de alteração das estruturas desse mercado relevante como decorrência da operação, tampouco esta traz consigo impedimentos ao exercício da livre concorrência ou risco

08012.009176/2008-65, realizado entre Monsanto do Brasil Ltda. e DPDB, sessão de julgamento ocorrida em 06/11/2008. Paulo Furquim de Azevedo ainda era o Presidente Interino nas duas oportunidades.

78. No Caso Monsanto e Bayer, o Conselheiro Furquim foi o relator, e seu voto é explícito ao expor como único critério utilizado para a admissibilidade da operação o faturamento das requerentes superior a R\$ 400 milhões; já no caso Monsanto/DPDB, não consta voto por escrito dele, e o relator, o Conselheiro Fernando Furlan, conheceu do ato de concentração também em virtude do faturamento das partes.
79. O Presidente Arthur Badin e o Conselheiro César Mattos participaram desse julgamento.

de facilitação do exercício do poder de mercado. E justamente em razão da total incompatibilidade deste negócio com o conceito de concentração econômica, haja vista tratar-se de mero contrato comercial regular entre dois agentes econômicos, considero a presente operação com [sic] não subsumida nos atos compreendidos no art. 54, § 3.º da lei n. 8.884/94.⁸⁰

É de se notar que a fundamentação empregada pelo relator no juízo de admissibilidade foi próxima à utilizada pelo Conselheiro Paulo Furquim em seus votos vencidos nos casos Camargo Corrêa/Holcim e Fujifilm.

Ao longo do ano de 2009, o CADE julgou quatro atos de concentração relativos a contratos de fornecimento sem exclusividade, tendo-os conhecido (pelo critério de faturamento) e aprovado por unanimidade. Deles se destaca o Ato de Concentração 08012.006367/2009-56, decidido em 30 de setembro de 2009 e que teve por requerentes as empresas Monsanto do Brasil Ltda. e Milenia Agrociências S/A – contrato de mesmo objeto do notificado no caso Monsanto/Nufarm. Seu relator, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, assim justificou a admissibilidade da operação:

3. O negócio não prevê cláusula de exclusividade. [...]

4. A jurisprudência do CADE determina o conhecimento da operação que tratar de contrato de fornecimento, desde que apresentem riscos à concorrência, ou seja, que envolvam, por exemplo, direito de uso de ativos relevantes, contenham cláusulas de exclusividade quanto ao uso desses ativos, o que dependerá ainda de seu prazo, da estrutura de mercado em que o contrato é firmado, do poder de mercado exercido pelos agentes envolvidos etc. Além disso, no exercício de 2008, os faturamentos da Milenia e da Monsanto foram superiores a R\$ 400 milhões no Brasil. Assim, conheço da operação, com base no art. 54, *caput* e § 3.º, da Lei n. 8.884/94. [...]

6. A operação não promoverá alterações nas relações concorrenciais previamente existentes entre as Requerentes, de forma que, no mercado de glifosato formulado, as empresas permanecem operando de forma autônoma, não ocasionando qualquer tipo de concentração horizontal. No tocante ao risco de restrição vertical, cumpre ressaltar que, no âmbito da análise de contratos de mesma natureza, o CADE concluiu pela impossibilidade de fechamento de mercado [...].⁸¹

80. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Olavo Zago Chinaglia no Ato de Concentração 08012.010018/2008-58. Data da sessão de julgamento: 17/12/2008. Data da publicação do acórdão: 13/01/2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

81. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Ato de Concentração

Apesar de aludir a parâmetros empregados nos precedentes Camargo Corrêa/Holcim e Fujifilm, o voto é passível de críticas, em face da evidente contradição: os elementos apontados pelo relator como necessários à subsunção do acordo ao art. 54 da Lei Antitruste não estavam presentes. Mesmo tendo reconhecido expressamente a inexistência de cláusula de exclusividade, de alteração nas relações entre os concorrentes, de concentração horizontal e de risco de fechamento de mercado, o ato de concentração foi conhecido. Ademais, repita-se, está-se diante de caso idêntico ao Monsanto/Nufarm e que, apesar disso, foi decidido de modo diametralmente oposto por um Plenário com a mesma composição, gerando incertezas no mercado.

E, ainda, em 28 de outubro de 2009, o CADE julgou um último ato de concentração envolvendo pacto de fornecimento sem exclusividade, tendo considerado a hipótese dos autos como de subsunção ao art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994 pelo critério de faturamento.⁸² Até então, diante das contradições, era possível extrair poucas conclusões da jurisprudência do CADE, principalmente porque os requisitos definidos no Caso Camargo Corrêa/Holcim (e reiterados no Caso Fujifilm) são imprecisos e pautados por expressões vagas, além de que a ressalva de que somente após a análise do conteúdo do contrato poderia ser determinada sua potencial nocividade aumentou ainda mais a insegurança dos agentes econômicos. Novos critérios, volta-se a afirmar, precisam ser estabelecidos.

4.3.3 O Caso Monsanto/Iharabras

Outra tentativa de definição de parâmetros foi feita em 17 de março de 2010: nessa data, foi decidido o Ato de Concentração 08012.000182/2010-71, que teve por requerentes Monsanto do Brasil Ltda. e Iharabras S.A. Indústrias Químicas, que firmaram entre si contrato de fornecimento sem exclusividade, com duração de 2 (dois) anos. As duas empresas atuavam no mercado de herbicidas à base de glifosato e, apesar do ajuste, continuariam a competir entre si. A relatoria coube ao então recém-nomeado Conselheiro Ricardo Machado Ruiz,⁸³ que, amparado no critério de faturamento,⁸³ votou pelo conhecimento da operação e, no mérito, por sua aprovação.

08012.006367/2009-56. Data da sessão de julgamento: 30/09/2009. Data da publicação do acórdão: 07/10/2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

82. Ato de Concentração 08012.006858/2009-05; requerentes: Votorantim Cimentos Brasil S/A e Companhia Siderúrgica Nacional Cimentos S/A.

83. Nomeado para o posto até então ocupado por Paulo Furquim de Azevedo.

Instaurando a divergência, o Presidente Arthur Badin entendeu tratar-se de hipótese de não conhecimento da operação, no que foi acompanhado por seus pares. Em seu voto, ele definiu e sistematizou aqueles que seriam os critérios que dispensariam contratos de fornecimento da obrigação de notificação às autoridades concorrenciais, tomando por base a evolução das decisões do CADE:

6. Trata-se [o contrato de fornecimento] de instrumento usual de agentes econômicos na realização de atos comerciais comuns inerentes a sua atividade-fim e, a priori, não resultam em concentração econômica por não lhe ser típica a transferência, o compartilhamento ou a cessão de ativos. Pois bem. [...]

24. A análise dos casos acima demonstra que contratos de fornecimento que (a) não impliquem transferência de direitos sobre ativos concorrenciaismente relevantes, (b) não contenham cláusulas de exclusividade ou equivalentes de qualquer natureza capazes de restringir o direito de decisão sobre os ativos (produtos e serviços), (c) tenham prazo de vigência inferior a cinco anos (consideradas eventuais prorrogações), (d) contemplem a possibilidade de rescisão imediata sem ônus à parte requerente, (e) não representem a negociação de um volume de produtos superior ao percentual estabelecido no art. 54, § 3.º da lei n. 8.884/94, prescindem de notificação ao SBDC por não serem capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência ou deles resultar a dominação de bens e serviços.

25. Nada impede, contudo, que tais atos sejam submetidos ao controle repressivo, desde que caracterizadas as hipóteses previstas nos arts. 20-21 da lei n. 8.884/94.⁸⁴

O voto condutor do acórdão merece alguns comentários. Inicialmente, está equivocada a postura do CADE. Não deveria a autoridade procurar sistematizar as hipóteses em que as partes estariam eximidas da notificação de contratos de fornecimento ou de distribuição, mas, sim, quando estariam obrigadas a notificá-los – afinal, a liberdade de iniciativa é princípio consagrado na Constituição de 1988.⁸⁵ A presunção deve ser a de que acordos daquela na-

84. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-Vista do Presidente Arthur Sanchez Badin no Ato de Concentração 08012.000182/2010-71. Data da sessão de julgamento: 17/03/2010. Data da publicação do acórdão: 23/03/2010, fls. 205-206 dos autos, destaques no original. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 4 abr. 2010, destaques no original.

85. “A Constituição Federal estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa. O princípio geral da tradição jurídica brasileira é a não intervenção das relações econômicas privadas. No entanto, o

tureza não representam, em princípio, riscos ao mercado, já que são usuais na atividade empresarial. Logo, a regra não é o dever, mas sim a desnecessidade de apresentação ao SBDC, devendo esta ocorrer em situações que, na realidade, constituem exceções.⁸⁶

Ademais, é de se registrar que, a exemplo dos Casos Camargo Corrêa/Holcim e Fujifilm, persiste a relativa vagueza de certas expressões utilizadas, não afastando de completo a incerteza, para os agentes econômicos, acerca da notificação. O que seriam “ativos concorrencialmente relevantes” (item a)? Haveria uma enumeração taxativa deles? Já no item b, o que poderia ser equiparado às cláusulas de exclusividade? No item c, como analisar as cláusulas que prevêem a possibilidade de prorrogação da vigência do contrato? Tais dúvidas seriam inexistentes se esses itens tivessem sido objeto de maiores explicações, inclusive com a enumeração de exemplos. Ademais, não está expresso se os requisitos seriam cumulativos ou alternativos – embora pareçam indicar a cumulatividade.

O voto trouxe novidades em relação aos precedentes jurisprudenciais mencionados acima. A primeira delas diz respeito à vigência do contrato (item c), explicada pelo Presidente nos seguintes termos:

Paralelo feito à súmula n. 5, do CADE, consoante a qual “é lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação

mesmo artigo constitucional estabelece como princípios da ordem econômica: a função social da propriedade e a livre concorrência.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-Vogal do Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no Processo Administrativo 08012.008024/1998-49. Data da sessão de julgamento: 25/08/2004. Data da publicação do acórdão: 25/01/2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 out. 2010.

86. Ilustrativo é o excerto extraído de *press release* da Comissão referente ao Regulamento 330/2010, demonstrativo da postura adotada pela autoridade concorrencial europeia e convergente com a argumentação expendida: “O princípio fundamental mantém-se o mesmo, as empresas são livres de decidir a forma como os seus produtos são distribuídos, desde que os seus acordos não incluam restrições em matéria de fixação de preços ou outras restrições graves e o fabricante e o distribuidor não detenham uma quota de mercado superior a 30%. [...] Isto não significa que os acordos entre as empresas com quotas de mercado mais elevadas sejam ilegais, mas apenas que estas empresas devem determinar se os seus acordos contêm cláusulas restritivas e se estas se poderão justificar.” UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Anti-trust: A Comissão adopta novas regras de concorrência para a distribuição de bens e serviços*. Bruxelas, 20 de abril de 2010. IP/10/45. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/445&format=HTML>>. Acesso em: 6 maio 2010.

de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”. A súmula encontra fundamento no fato de que cláusulas limitadoras dessa natureza devem ser acessórias ao propósito legítimo do negócio, proporcionais à proteção desejada e no interesse dos beneficiários, viabilizando a aquisição de um fundo de comércio. [...] A despeito de não ser um paralelo perfeito, trata-se de paralelo seguro e objetivo, amparado em restrições às cláusulas de limitação de livre disposição de produtos e serviços.⁸⁷

Não está satisfatoriamente demonstrada, porém, a possibilidade do recurso à analogia no presente caso. A cláusula de não concorrência impede o alienante, pelo prazo de sua vigência, de atuar no mercado relevante em que estão os ativos alienados, e sua *ratio* se relaciona à proteção do fundo de comércio; já a cláusula de exclusividade nos contratos de fornecimento, embora também se trate de uma restrição ancilar, exclui, por sua vez, a possibilidade de uma das partes fornecer (ou adquirir) produtos ou serviços a terceiros e se justifica pela geração de economias de escala que implicariam menores custos de produção e preços para o fornecimento de insumos. *A priori*, não se vislumbra porque a regra de cinco anos consolidada na súmula se aplicaria àqueles contratos, de forma que ela seria “acessória ao propósito legítimo dos negócios”.

Outra inovação foi o requisito referente à possibilidade de rescisão imediata sem ônus à parte requerente. É difícil imaginar contratos de fornecimento sem a estipulação de uma penalidade em caso de encerramento injustificado antes do previsto, o que ampliaria, demasiada e desnecessariamente, as hipóteses de notificação obrigatória, de modo que esse critério merece ser revisto e desconsiderado pelo CADE.

Finalmente, o acórdão consagrou como critério que os acordos em apreço “não representem a negociação de um volume de produtos superior ao percentual estabelecido no art. 54, § 3.º, da lei n. 8.884/94”. Pelo que se pode compreender a partir da expressão, um contrato de fornecimento não pode comprometer 20% ou mais da produção de um determinado bem nos mercados relevantes afetados (a montante e a jusante).

Apesar do avanço representado pelo caso Monsanto/Iharabras, as dúvidas suscitadas e as críticas feitas neste item indicam que ainda não é possível considerar como encerrada a incerteza sobre a notificação ao SBDC de con-

87. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-Vista do Presidente Arthur Sanchez Badin no Ato de Concentração 08012.000182/2010-71, fl. 205 dos autos. Data da sessão de julgamento: 17/03/2010. Data da publicação do acórdão: 23/03/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 4 abr. 2009, destaques no original.

tratos de fornecimento sem cláusula de exclusividade. O próximo item deste tópico reforça tal conclusão.

4.3.4 *Outros julgados: contradições, equívocos e insegurança jurídica*

No dia 30 de junho de 2010, foi realizada a 469.^a Sessão Ordinária de Julgamento do CADE. Nela, foram levados a Plenário dois atos de concentração envolvendo a análise de contratos de fornecimento não exclusivo.

O primeiro deles, não conhecido por unanimidade, teve por requerentes as empresas Monsanto do Brasil Ltda. e Dow Agrosciences Industrial Ltda e por relator o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Este, após breve relato sobre o histórico da jurisprudência da autarquia sobre o tema, referiu-se expressamente aos critérios traçados pelo Presidente Arthur Badin no caso Monsanto/Iharabras, tendo deles discordado em parte, mais especificamente em relação aos aspectos temporal e de possibilidade de rescisão imediata do acordo:

10. De fato, ao analisar mais detidamente o cenário de operações como a presente, e tomando por base o julgado mais recente deste Conselho sobre o assunto, entendo que contratos de fornecimento nos quais não se vislumbre transferência de ativos de qualquer sorte, vínculos societários de qualquer natureza, nem cláusulas de exclusividade, não possibilitam, em regra, a produção de efeitos anticompetitivos, não sendo, portanto, passíveis de notificação ao SBDC, nos termos do art. 54, *caput*, da Lei n. 8.884/94. Discordo, no entanto, do requisito relacionado ao aspecto temporal (a limitação aos cinco anos) e do requisito de possibilidade de rescisão imediata do acordo, já que as demais características já seriam, a meu ver, suficientes para tornar a operação não notificável ao SBDC, por se tratar de mero contrato comercial. Faço a ressalva, no entanto, de que outras cláusulas poderão ter o impacto factual de exclusividade, e que a essas hipóteses a decisão quanto ao não conhecimento não seria aplicável.⁸⁸

A segunda operação incluída naquela mesma sessão plenária se tratava de um memorando de entendimentos estabelecendo as bases para contrato de fornecimento a ser posteriormente firmado entre Kodak Brasileira Comércio de Produtos para Imagem e Serviços Ltda. e Fuji Film Hunt do Brasil – Produção de Químicos Ltda. Apesar da reconhecida ausência pelo relator Conselheiro

88. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Ato de Concentração 08012.005367/2010-72. Data da sessão de julgamento: 23/06/2010. Data da publicação do acórdão: 30/06/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

Fernando de Magalhães Furlan de cláusulas de exclusividade, de imposição de volume mínimo de aquisição, de alienação de ativos e de ônus para rescisão contratual, o ato de concentração foi conhecido por unanimidade, amparado no critério de faturamento do § 3.º do art. 54 e em seu *caput*.⁸⁹ A contradição é flagrante: decisões antagônicas (conhecimento e não conhecimento) em processos com o mesmo objeto, conteúdo fático equiparável e em uma mesma sessão de julgamento.

Posteriormente, na 472.ª Sessão Ordinária de Julgamento, datada de 4 de agosto de 2010, o CADE, por unanimidade, voltou a não conhecer de pactos daquela natureza. Novamente cabendo a relatoria ao Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, dessa vez seu voto foi no sentido de que a operação teria envolvido “contratos de fornecimento caracterizados por ausência de reunião de ativos, cláusulas de exclusividade, saída de qualquer agente do mercado ou troca de informações sensíveis. Não se trata de ato de concentração sujeito à análise pelo CADE”.⁹⁰

Por fim, na sessão plenária subsequente, outro contrato de fornecimento foi levado a julgamento. Tratava-se de operação envolvendo as empresas Bayer S.A. e Pan-Americana S.A. Indústrias Químicas, por meio da qual aquela permitiria a esta a instalação de uma unidade fabril em seu parque industrial para fins de fornecimento de cloro e soda cáustica à primeira. O relator, o Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, assim se manifestou acerca do conhecimento da operação, tendo sido acompanhado por todos os seus pares:

12. O CADE, no caso de contratos de fornecimento, vinha proferindo decisões pelo conhecimento e aprovação das operações sem restrições, apenas exigindo eliminação das cláusulas de exclusividade. Recentemente, houve mudança no entendimento pelo não conhecimento de operações que tratam de simples contrato de fornecimento, desde que o mesmo não contenha cláusulas de exclusividade.

89. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan no Ato de Concentração 08012.004230/2010-09. Data da sessão de julgamento: 23/06/2010. Data da publicação do acórdão: 07/07/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 8 jul. 2010.

90. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan no Ato de Concentração 08012.004571/2010-76. Data da sessão de julgamento: 04/08/2010. Data da publicação do acórdão: 31/08/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2010.

13. No caso em questão, uma vez que as empresas não concorrem no mercado à jusante (*downstream*) e há ausência de cláusula de exclusividade nos contratos de fornecimento, fica mais evidente a ausência, mesmo potencial, de haver qualquer risco concorrencial. Assim, as decisões recentes preferidas [sic] pelo CADE levam à necessidade de manifestação quanto ao não conhecimento também da presente operação.⁹¹

Segundo o entendimento externado no voto, a questão da subsunção de contratos de fornecimento à Lei Antitruste estaria relacionada apenas à presença ou à ausência de cláusulas de exclusividade em seu bojo. Como relatado em tópicos anteriores, a jurisprudência do CADE as considera um importante elemento, mas não o único.

A conclusão a que chegou o Plenário da autarquia foi equivocada. A uma, porque deveria ter sido averiguado se a instalação de unidade fabril da Pan-Americana dentro da Bayer seria capaz de gerar efeitos muito próximos aos de uma cláusula de exclusividade, já que, em virtude de tal medida, a última empresa poderia não ter maiores incentivos para adquirir os insumos de outros fornecedores. A duas, é de se notar que, para implementar o acordo, foram firmados contratos de locação de áreas da Bayer pela Pan-Americana e também de compartilhamento de infraestruturas do parque industrial daquela por esta, o que também, em tese, poderia suscitar dúvidas quanto à existência de alguma limitação à concorrência.

As questões arguidas somente poderiam ser respondidas com o exame de mérito da operação, cujo pressuposto necessário para tanto é o seu conhecimento – aliás, toda a argumentação expendida pelo Conselheiro relator antes da análise de subsunção foi tipicamente de quem procede a um exame de mérito (fls. 59-62 dos autos⁹²). Para que se decida pela não admissibilidade, deve-se estar diante de situação inequívoca em que um juízo preliminar revela que,

91. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz no Ato de Concentração 08012.007331/2010-23. Data da sessão de julgamento: 18/08/2010. Data da publicação do acórdão: 17/09/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

92. Como exemplo, cite-se o seguinte parágrafo do voto: “11. Pode-se concluir que a presente operação não apresenta indícios de riscos concorrenciais pela própria estrutura de mercado já enfatizada acima. Existem inúmeras outras grandes empresas que poderiam oferecer os produtos abrangidos pelos contratos de fornecimento celebrados entre as empresas Bayer e Pan-Americana. Não se percebem dessa forma impactos concorrenciais significativos que mereçam maiores atenções do CADE. Entretanto, no caso em questão, tendo em vista recentes decisões do CADE, deve-se abordar a necessidade de conhecimento da presente operação”.

nem em tese, há qualquer risco às relações de concorrência no mercado relevante. Logo, o caso era de conhecimento, ao contrário do que restou decidido.

Os equívocos e incoerências apontados sugerem cautela e geram insegurança jurídica para os agentes econômicos, que deve ser enfrentada através do delineamento de parâmetros objetivos para responder a questão suscitada na introdução desta monografia. É o que se passa a fazer.

5. À guisa de conclusão: definição de parâmetros objetivos para a notificação de contratos de distribuição e de fornecimento ao SBDC

Ante o exposto no tópico 4 supra, contatou-se ser pouco trivial a identificação das hipóteses em que há a obrigatoriedade da notificação de acordos de fornecimento e de distribuição ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tendo o CADE, desde o ano de 2006, se empenhado na tentativa de definir critérios para tanto. Contudo, tendo a jurisprudência se valido de termos de conteúdo amplo e indeterminado e não os tendo explicado a contento, o presente estudo é concluído com a elaboração de contornos objetivos para a verificação da subsunção ao art. 54 da Lei Antitruste.

Contratos de distribuição e de fornecimento caracterizarão uma cooperação econômica quando do conteúdo de suas cláusulas se verificar a supressão parcial da autodeterminação de uma ou de ambas as partes envolvidas, mas dificilmente configurarão uma concentração econômica, posto que a partir deles não parece provável ter-se como resultado a unificação de centros decisórios (como em uma fusão ou uma incorporação) ou, ao menos, a perda de independência em relação à tomada de decisões quanto a todas as questões estrategicamente fundamentais (notadamente pesquisa e desenvolvimento, vendas, preços, produção e área de atuação). Poderão também aqueles ajustes, uma vez conformada a cooperação econômica, ser classificados como integrações verticais, nas hipóteses em que os vínculos decorrentes da perda parcial de autonomia sejam estabelecidos entre agentes econômicos que atuam em mercados relevantes distintos porém complementares.

Os acordos em comento serão considerados abrangidos pelo controle de estruturas de mercado nas hipóteses em que restar caracterizado um ato de concentração, nos termos do art. 54 da Lei 8.884/1994. Vale dizer, sua apresentação às autoridades concorrenciais deverá ocorrer quando for possível, em termos abstratos, afirmar a existência de um ato que possa prejudicar ou limitar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

Parâmetros objetivos podem e devem ser estabelecidos. Contratos de distribuição e de fornecimento não podem, por si sós, ser considerados limi-

tações à livre concorrência ou capazes de resultar na dominação de mercado relevante – como bem salientado no Direito Norte-Americano, são operações realizadas no curso ordinário dos negócios. Entender de modo diverso implicaria a imposição de um ônus indevido sobre a iniciativa privada, uma autêntica intervenção estatal no domínio econômico que extrapolaria o razoável.

O primeiro requisito deve ser a verificação da existência de algum dispositivo contratual que tenha por objeto ou efeito a supressão de parcela da autonomia de uma das partes envolvidas, vale dizer, que seja capaz de permitir a uma delas a ingerência sobre as atividades da outra. Constituem exemplos as cláusulas de exclusividade (recíprocas ou não) ou que impliquem o comprometimento de pelo menos 80% do volume de produção ou distribuição de uma das partes; de não concorrência; de fixação de preço de revenda; de limitação de atuação geográfica, de clientela ou de vendas ativas; que imponham restrições ao desenvolvimento de produtos ou serviços ou ao uso de marcas, entre outras possíveis. Algo semelhante ao que o Direito Europeu denomina “restrição grave à concorrência”, como apresentado no item 3.2.

Como segundo critério, cumulativo ao anterior, o contrato deveria ter vigência mínima de 2 (dois) anos – lapso temporal utilizado na Portaria SEAE/SDE 50/2001 para a definição de entrada tempestiva, pertinente por ser o fechamento de mercado um dos efeitos anticompetitivos que se busca evitar na análise de acordos verticais. Nos casos de intervalo inferior àquele, deve-se verificar se há cláusula prevendo a prorrogação (ainda que sujeita a condições suspensivas), que permita, então, a vigência por mais de 2 (dois) anos.

Contudo, não basta apenas isso para afirmar a subsunção de acordos daquela natureza ao *caput* do art. 54. Ainda se faz necessário um terceiro parâmetro, também cumulativo, indicativo da dimensão dos agentes econômicos envolvidos ou da parcela de mercado afetada pela cláusula contratual restritiva da atuação destes, podendo, para tanto, ser aproveitados os critérios de faturamento e de *market share* previstos no § 3.º do art. 54 da Lei 8.884/1994. Embora eles, nos expressos termos desse dispositivo, sejam aplicáveis a “qualquer forma de concentração econômica”, não há impedimento à sua utilização para a identificação de cooperações econômicas que possam estar incluídas na previsão geral do *caput*. O faturamento bruto registrado no último exercício superior a R\$ 400 milhões é indicativo de que a empresa possui um porte significativo; o controle de ao menos 20% de um mercado relevante, a seu turno, presume, ainda que relativamente, a existência de posição dominante.

O terceiro requisito é um filtro para evitar a mobilização desnecessária do aparato estatal. Em tese, no entanto, é possível a celebração de contratos de distribuição e de fornecimento que, apesar de não preencherem os requisitos do § 3.º, tenham algum potencial restritivo à livre concorrência ou de resultar

na dominação de mercado relevante e que, por se enquadrarem no disposto no *caput* do art. 54, deveriam ser notificados ao SBDC. Porém, o risco de um erro tipo 2, o falso negativo, é muito reduzido, sobretudo quando se constata que 93,3% das decisões do CADE relativas a atos de concentração são de aprovação incondicional,⁹³ o que justifica o último parâmetro delineado como uma opção de execução da política antitruste.

Ademais, sempre haverá a possibilidade de o CADE requisitar, amparado na regra do *caput* do art. 54 e de ofício ou com base em pedido formulado pelo SEAE, SDE, MPF ou por terceiros interessados, a apresentação de contratos que estejam à margem da interpretação consolidada. Não poderá, contudo, aplicar a multa de intempestividade (art. 54, § 5.º, da Lei 8.884/1994), uma vez que a Lei de Processo Administrativo Federal, aplicável subsidiariamente, veda a aplicação retroativa de nova interpretação legal (art. 2.º, parágrafo único, XII, da Lei 9.784/1999).

Por fim, embora pactos de distribuição e de fornecimento estabeleçam vínculos, normalmente, entre agentes econômicos verticalmente relacionados, há casos em que eles são firmados entre empresas concorrentes – ambas, por exemplo, competem na fabricação e comercialização de um determinado bem, e uma delas, que é verticalmente integrada, se compromete a fornecer insumos para a outra, que não os produz. Devido ao fato de serem rivais e de que a celebração do contrato poderia eventualmente envolver o intercâmbio de informações comercialmente sensíveis e até mesmo aumentar o risco de colusão, uma maior cautela se justificaria – preocupação, aliás, também verificada no Direito norte-americano. Assim, em exceção ao proposto nos parágrafos anteriores, bastaria para o monitoramento das autoridades concorrenciais apenas que fosse preenchido um dos requisitos do § 3.º do art. 54 da Lei Antitruste.

Os critérios definidos acima são claros e permitem a pronta detecção dos contratos de fornecimento e de distribuição que se enquadram no disposto no art. 54 da Lei Concorrencial, resguardando interesses de consumidores e conferindo maior transparência e previsibilidade à atuação do SBDC. Importante esclarecer que o preenchimento deles apenas implica a obrigatoriedade de notificação, não se podendo afirmar o caráter anticoncorrencial da transação – a análise do ato de concentração pode revelar a ausência, ou não, de qualquer potencial nocivo à Ordem Econômica e da necessidade de apuração das eficiências do § 1.º do art. 54. Conclui-se este estudo, assim, com a apresenta-

93. Dados consolidados referentes ao período de janeiro de 2004 a setembro de 2010. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE em números – Atos de Concentração. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>>. Acesso em: 18 out. 2010.

ção de uma contribuição para a solução de uma questão que, até o momento, encontra-se apenas aparentemente equacionada.

Bibliografia

ANDERS, Eduardo Caminati; BUENO, Marcio de Carvalho Silveira. Insuficiência dos parâmetros de subsunção de contratos ao art. 54 da Lei n. 8.884/94. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas*. São Paulo: Singular, 2002.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE em números – Atos de Concentração. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>>. Acesso em: 18 out. 2010.

_____. Voto da Conselheira-Relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva no Ato de Concentração 08012.006150/1999-11. Data da sessão de julgamento: 21/02/2001. Data da publicação do acórdão: 09/04/2001. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2010.

_____. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Ato de Concentração 53500.012487/2007, fls. 1738-1742 dos autos. Data da sessão de julgamento: 28/04/2010. Data da publicação do acórdão: 10/05/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 8 out. 2010.

_____. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Ato de Concentração 08012.005367/2010-72. Data da sessão de julgamento: 23/06/2010. Data da publicação do acórdão: 30/06/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

_____. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Ato de Concentração 08012.006367/2009-56. Data da sessão de julgamento: 30/09/2009. Data da publicação do acórdão: 07/10/2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

_____. Voto do Conselheiro-Relator Cleveland Prates Teixeira no Ato de Concentração 08012.000002/2001-61. Data da sessão de julgamento: 12/05/2004. Data da publicação do acórdão: 02/07/2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Voto do Conselheiro-Relator Cleveland Prates Teixeira no Ato de Concentração 08012.005243/2003-68. Data da sessão de julgamento: 14/07/2004. Data da publicação do acórdão: 01/10/2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

- _____. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan no Ato de Concentração 08012.004230/2010-09. Data da sessão de julgamento: 23/06/2010. Data da publicação do acórdão: 07/07/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 8 jul. 2010.
- _____. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan no Ato de Concentração 08012.004571/2010-76. Data da sessão de julgamento: 04/08/2010. Data da publicação do acórdão: 31/08/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2010.
- _____. Voto do Conselheiro-Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos no Ato de Concentração 08012.004600/2005-32. Data da sessão de julgamento: 15/02/2006. Data da publicação do acórdão: 17/03/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2010.
- _____. Voto do Conselheiro-Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos no Ato de Concentração 08012.006415/2005-82. Data da sessão de julgamento: 31/05/2006. Data da publicação do acórdão: 27/06/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 jan. 2010.
- _____. Voto do Conselheiro-Relator Olavo Zago Chinaglia no Ato de Concentração 08012.010018/2008-58. Data da sessão de julgamento: 17/12/2008. Data da publicação do acórdão: 13/01/2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.
- _____. Voto do Conselheiro-Relator Paulo Furquim de Araújo no Ato de Concentração 08012.011058/2005-74. Data da sessão de julgamento: 26/07/2006. Data da publicação do acórdão: 03/08/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.
- _____. Voto do Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz no Ato de Concentração 08012.007331/2010-23. Data da sessão de julgamento: 18/08/2010. Data da publicação do acórdão: 17/09/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.
- _____. Voto do Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva no Ato de Concentração 08012.006362/2005-08. Data da sessão de julgamento: 18/01/2006. Data da publicação do acórdão: 27/01/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 21 jan. 2010.
- _____. Voto do Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no Ato de Concentração 08012.000010/2001-15. Data da sessão de julgamento: 31/10/2001. Data da publicação do acórdão: 14/12/2001. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 28 jul. 2010.
- _____. Voto-Vista do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan no Ato de Concentração 08012.007026/2008-17. Data da sessão de julgamento:

1.º/10/2008. Data da publicação do acórdão: 09/10/2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 maio 2010.

_____. Voto-Vista do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva na Consulta 08700.003674/2007-65. Data da sessão de julgamento: 19/03/2008. Data da publicação do acórdão: 02/05/2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

_____. Voto-Vista do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva no Ato de Concentração 08012.011058/2005-74. Data da sessão de julgamento: 26/07/2006. Data da publicação do acórdão: 03/08/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

_____. Voto-Vista do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no Ato de Concentração 08012.004467/2001-91. Data da sessão de julgamento: 03/07/2002. Data da publicação do acórdão: 1.º/08/2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 22 jul. 2010.

_____. Voto do Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no Ato de Concentração 08012.006304/2001-42. Data da sessão de julgamento: 11/09/2002. Data da publicação do acórdão: 30/09/2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2010.

_____. Voto-Vista do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no Ato de Concentração 08012.004467/2001-91. Data da sessão de julgamento: 03/07/2002. Data da publicação do acórdão: 1.º/08/2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 22 jul. 2010.

_____. Voto-Vista do Presidente Arthur Sanchez Badin no Ato de Concentração 08012.000182/2010-71. Data da sessão de julgamento: 17/03/2010. Data da publicação do acórdão: 23/03/2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 4 abr. 2010.

_____. Voto-Vogal do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan na Consulta 08700.003674/2007-65. Data da sessão de julgamento: 19/03/2008. Data da publicação do acórdão: 02/05/2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

_____. Voto-Vogal do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo na Consulta 08700.003674/2007-65. Data da sessão de julgamento: 19/03/2008. Data da publicação do acórdão: 02/05/2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54 da Lei 8884/94. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 3, n. 8. ago. 1996.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- _____. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- GRINBERG, Mauro. Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda, *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 3, n. 8, ago.1996.
- MALARD, Neide Teresinha. Integração de empresas: concentração, eficiência e controle. *Revista do IBRAC*, São Paulo, IBRAC, v. 1, n 4, nov. 1994
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Anti-trust: a Comissão adota novas regras de concorrência para a distribuição de bens e serviços*. Bruxelas, 20 de abril de 2010. IP/10/45. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/445&format=HTML>>. Acesso em: 6 maio 2010.
- UNITED STATES OF AMERICA. FEDERAL TRADE COMMISSION & U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*. Washington, April 2000, p. 5. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2010.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* EM CASOS DE CARTÉIS INTERNACIONAIS NO BRASIL

NATÁLIA DE LIMA FIGUEIREDO

Resumo:

Este estudo discute a possibilidade de aplicação do princípio do *ne bis in idem* em casos de cartéis internacionais já julgados por autoridades estrangeiras, porém ainda sob investigação no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Analisa-se também a viabilidade da aplicação desse princípio em sua forma mitigada, quer dizer, o princípio do *ne bis poena in idem*. A problemática é debatida considerando as peculiaridades da Lei 8.884/1994 e a própria finalidade das sanções pecuniárias no *enforcement* da legislação concorrencial.

1. Introdução

O fortalecimento do programa de leniência a partir de 2003,¹ bem como a alteração da Lei 8.884/1994, em 2007,² para possibilitar a celebração de termo de compromisso de cessação em casos de cartéis contribuíram, em defini-

1. Em 2003, “o SBDC adotou novos procedimentos que tornaram as análises de atos de concentração mais eficientes, liberando recursos para a atividade de combate a cartéis. Nesse mesmo ano, a SDE realizou as primeiras buscas e apreensões e o primeiro acordo de leniência foi assinado. A SDE foi reconfigurada para se tornar essencialmente uma unidade de combate a cartéis”. OCDE/IDB. *Lei e política da concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*, 2010, p. 15. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/4/41/45154401.pdf>>.
2. Alteração do art. 53 da Lei 8.884/1994 pela Lei 11.482/2007, a qual permitiu a celebração de termo de compromisso pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em qualquer espécie de processo administrativo. A redação anterior não permitia a celebração de acordos para infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 da lei.

tivo, para o aumento dos casos investigados no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), entre eles os cartéis internacionais.

Entre 2003 e 2009, a SDE firmou 15 acordos de leniência e outros estavam sendo negociados. Aproximadamente 60% desses acordos foram firmados com partes envolvidas em cartéis internacionais, em situações em que já haviam sido assinados acordos de leniência em outros países.³

Apesar do número expressivo de casos a serem julgados, apenas um caso de cartel internacional foi decidido até hoje: o cartel das vitaminas.⁴ A experiência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), portanto, é ainda restrita nesse campo, o que indica que muitas dúvidas jurídicas ainda surgirão, na prática, em decorrência dos julgamentos futuros.

Como muitos dos casos existentes no SBDC decorrem da celebração de acordos de leniência por determinadas empresas não só no Brasil, mas, simultaneamente, em outras jurisdições, e ainda da condenação de companhias no exterior e posterior abertura de investigação pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) para verificar as consequências da conduta sobre o território brasileiro, um argumento corrente utilizado pelas representadas na tentativa de encerrar a investigação no Brasil é a questão no *ne bis in idem*. Argumentam as representadas que como já foram condenadas nesta ou noutra jurisdição não poderiam ser condenadas no Brasil, sob pena de violação ao princípio em questão.

Os dispositivos que permitem a aplicação extraterritorial das leis concorrenciais⁵ em diversos países acabam por resultar em competências concorrentes das autoridades antitruste. Na ausência de uma hierarquia entre elas, a aplicação do princípio do *ne bis in idem* impediria a condenação de empresas ou indivíduos por fatos pelos quais já foram previamente punidos, evitando, assim, a violação a ditames de justiça e proporcionalidade.

O problema não foi ainda analisado pelo CADE e, em geral, tende a não ser enfrentado definitivamente por autoridades em outras jurisdições. A experiência europeia pode ser, em alguma medida, utilizada tendo em vista a própria configuração de seu sistema jurídico, dentro do qual convive uma plurali-

3. OCDE/IDB, *Lei e política da concorrência no Brasil*: uma revisão pelos pares, cit., p. 17.

4. Processo Administrativo 08012.004599/1999-18, j. 11.04.2007.

5. No Brasil, o dispositivo que permite a aplicação extraterritorial da lei concorrenciais é o art. 2.º, *caput*, da Lei 8.884/1994, o qual estabelece o seguinte: “Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos” (grifo nosso).

dade de ordenamentos nacionais. Todavia, há ainda diversas questões jurídicas pendentes de análise, já que a aplicação do princípio do *ne bis in idem* pode ultrapassar os limites territoriais de acordos regionais de integração.

Em geral, alega-se o princípio *vis-à-vis* decisões proferidas pelos Estados Unidos e União Europeia, e não em relação àquelas proferidas por autoridades concorrenciais dentro do Mercosul. Por esta razão, a experiência europeia é relevante mas limitada, já que não se trata da aplicação do princípio apenas dentro dos blocos regionais, mas também em relação a países fora dos limites de tratados de integração.

Em vista disso, este estudo buscará, primeiramente, analisar se é possível a aplicação do *ne bis in idem* pelo CADE em face de decisões proferidas por autoridades estrangeiras, isto é, se esse órgão poderia decidir por não processar ou condenar as sociedades já punidas no exterior pelos mesmos fatos e condutas sob investigação no âmbito do SBDC.

Para tanto, analisar-se-á a aplicação do princípio tanto sob a ótica do direito internacional quanto sob a ótica do direito pátrio.

A experiência europeia na aplicação do princípio em relação à legislação concorrential comunitária também será descrita.

Em sequência, analisar-se-á uma aplicação alternativa (embora relacionada) ao princípio do *ne bis in idem*, a qual, por representar uma metodologia mais flexível e menos restritiva à noção de soberania estatal, poderia encontrar maior aceitação pelas autoridades. Trata-se do princípio do *ne bis poena in idem*, uma variação com escopo mais limitado do princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual as penalidades já impostas a um acusado pela mesma conduta ou conjunto de fatos deve ser descontada quando da imposição de uma segunda sanção relativa à mesma conduta ou grupo de fatos.⁶

A outra preocupação desse estudo é, em sendo possível a aplicação do *ne bis in idem* pela autoridade antitruste brasileira, como deveria ele ser aplicado tendo em vista as peculiaridades da Lei 8.884/1994 e a própria finalidade das sanções pecuniárias em matéria antitruste. Em outras palavras, em que casos uma decisão definitiva proferida por um órgão concorrential estrangeiro poderia ser aceita ou considerada pelo CADE de maneira a impedir a dupla condenação de empresas e indivíduos, ou, ao menos, resultar numa redução da multa aqui imposta e quais critérios poderiam ser adotados para a sua aceitação?

6. Nesse sentido: Gerard Conway, *Ne bis in idem in international law*, *International Criminal Law Review*, n. 3, 2003, p. 226. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1161266>.

Como será demonstrado, os casos de cartel no Brasil não são analisados sob uma ótica bem definida. Em virtude da abertura do art. 20 da Lei 8.884/1994, que permite a análise da conduta ora sob a sua intencionalidade ora sob sua capacidade de produzir quaisquer dos efeitos elencados nos incisos do dispositivo legal, não há uma precisão sobre qual critério é utilizado em sua análise, se a regra da razão ou o critério *per se*.

Esse fato tem efeitos importantes na aplicação do princípio em comento, uma vez que a definição do critério utilizado na análise do ilícito (e a racionalidade subjacente à sua escolha) poderá determinar ou não a ocorrência de *bis in idem*.

Imaginem-se as seguintes hipóteses:

- a. Duas empresas x e y combinam, no Brasil, os preços dos produtos que irão exportar para diversas jurisdições, entre elas os EUA, Coreia do Sul, Japão e Indonésia (cartel de exportação). Há uma decisão condenatória nos EUA.
- b. Duas empresas x e y combinam, na Europa, os preços que irão praticar na Europa e em outras jurisdições. Há uma decisão condenatória pela autoridade concorrencial europeia.

Em todas essas hipóteses, a abertura de investigações no Brasil pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) para analisar a licitude/ilicitude da conduta poderia levar as partes a levantarem o argumento do *ne bis in idem*. Todavia, dependendo da escolha do critério de análise da conduta, conclusões diversas poderiam ser obtidas.

No caso “a”, a adoção seja da regra *per se* seja da regra da razão poderia ensejar, em tese, a aplicação do princípio do *ne bis in idem*, já que a existência de um acordo já teria sido comprovada e punida pela autoridade estadunidense e, além disso, a análise dos efeitos potenciais ou efetivos poderiam levar à conclusão de que haveria, de fato, a probabilidade (ou a efetiva ocorrência) de danos no território estrangeiro,⁷ o que, também, já teria sido punido nos Estados Unidos.

Entretanto, no caso “b”, a utilização de um ou outro critério levaria a resultados diferentes.

A racionalidade subjacente à adoção da regra *per se* é a punição do acordo com objeto ilícito, por si só, sem reflexões adicionais sobre seus eventuais efeitos adversos sobre a concorrência. Já a adoção da regra da razão pressupõe

7. Consideramos que as autoridades brasileiras têm competência para julgar casos de cartéis de exportação, apesar de estes não terem efeitos no Brasil, o que se justifica pelo fato de serem prejudiciais ao fluxo do comércio internacional.

a punição de um acordo na medida em que ele seja capaz de produzir efeitos deletérios, potenciais ou reais, ao livre mercado.

Diante disso, se adotada a regra *per se*, a existência de uma decisão na Europa que já puniu o acordo (ainda que analisado sob a perspectiva dos efeitos sobre o mercado europeu) fortalece a tese do *ne bis in idem* por empresas e indivíduos que estejam sujeitos a um novo procedimento instaurado no Brasil para apuração do mesmo acordo.

No entanto, se adotada a regra da razão e a perspectiva dos efeitos do cartel (ou sua probabilidade) no Brasil, então a adoção do princípio já não se faria tão clara, exceto se abordado sob a perspectiva de sua aceção mais restrita, ou seja, o *ne bis poena in idem*, conforme será tratado mais adiante.

Diante da multiplicidade de questões a serem enfrentadas, este estudo será estruturado da seguinte maneira:

O item 2 deste artigo busca abordar a possibilidade de aplicação do princípio do *ne bis in idem* pelo CADE quando já há decisões proferidas no estrangeiro sobre a mesma conduta aqui investigada.

Para tanto, procurará analisar, inicialmente, a aceitação e aplicação do princípio em âmbito internacional e do ponto de vista do direito pátrio. Em relação a esse último aspecto, especial ênfase será dada para a aplicação do princípio na esfera do Direito Administrativo Sancionador.

Em segundo lugar, avaliará a experiência europeia na aplicação do princípio, sob a perspectiva do direito comunitário. Decisões sobre aplicabilidade do princípio em casos interestatais envolvendo questões concorrenciais serão abordadas.

Em terceiro lugar, considerará a possibilidade de uma aplicação mais branda do princípio, que se traduz no *ne bis poena in idem*.

Feitas todas essas considerações, o artigo tentará, por fim, no item 3, fazer algumas reflexões em relação à segunda preocupação aqui comentada, ou seja, em sendo legítima a adoção do princípio em comento pelas autoridades concorrenciais brasileiras, como efetivamente ele deveria ser aplicado?

Para tanto, será analisada, inicialmente, a racionalidade do princípio em relação à finalidade das multas no *enforcement* da legislação concorrencial brasileira para, então, examinar os critérios de investigação de cartéis no Brasil e em que medida eles conversam com os métodos de aplicação do *ne bis in idem*, seja em sua forma completa, seja em sua versão mitigada, o *ne bis poena in idem*. Por fim, chega-se à conclusão.

2. Aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem*: é possível sua aplicação pelo CADE em relação a decisões proferidas no estrangeiro?

2.1 O princípio do *ne bis in idem*: aplicação em âmbito internacional e nacional

O princípio do *ne bis in idem* tem um duplo significado: (i) a proibição de dupla persecução pelos mesmos fatos e (ii) a proibição de dupla condenação pelos mesmos fatos. Integra os direitos e garantias do devido processo legal, uma vez que protege cidadãos e empresas contra o *ius puniendi* do Estado e contribui para a legitimidade dos sistemas legais na medida em que respeita a coisa julgada das decisões de última instância.⁸

Foi historicamente elaborado como um princípio aplicável apenas no âmbito nacional e limitado à justiça criminal.⁹ Todavia, foi estendido para a esfera do direito administrativo sancionador, em razão da semelhança de suas naturezas, e ampliou-se para além dos limites territoriais do Estado, tendo em vista a intensificação da integração econômica em nível mundial, o estreitamento das relações interestatais e a evolução da noção de uma comunidade global ou internacional.

Atualmente, há uma série de tratados internacionais¹⁰ que incorporam o princípio. No entanto, apenas um – a Convenção de Schengen,¹¹ no âmbito

8. Nesse sentido, John A. E. Vervaele, The transnational *ne bis in idem* principle in the EU mutual recognition and equivalent protection of human rights, *Utrecht Law Review*, v. 1, Issue 2, Dec. 2005, p. 1. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=991551>.

9. John A. E. Vervaele, ob. cit., p. 1.

10. A título ilustrativo, pode-se mencionar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14(7)) e o 7.º Protocolo à Convenção Europeia de Direito Humanos (artigo 4),

11. A Convenção de Schengen estabelece as condições e as garantias para que os controles nas fronteiras comuns entre países da União Europeia sejam gradualmente suprimidos e um regime de livre circulação para todos os nacionais dos Estados signatários, dos outros Estados da Comunidade ou de países terceiros seja instaurado. Seu artigo 54 estipula que: “a person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party”. O artigo 56, por sua vez, estabelece que: “if a further prosecution is brought in a Contracting Party against a person whose trial, in respect of the same acts, has been finally disposed of in another

da União Europeia, expressamente reconhece a aplicação interestatal e *erga omnes* do princípio.

No Brasil, pode-se observar a presença do princípio com contornos transnacionais nas disposições referentes à aplicação da lei penal brasileira, conforme leitura do art. 7.º, § 2.º, alínea d,¹² e do art. 8.º,¹³ ambos do Código Penal; na Lei 6.815/1980, na parte atinente à extradição (art. 76 e ss.);¹⁴ no artigo 8.º, item 4, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos,¹⁵ incorporada pelo Decreto 678/1992; no artigo 9.º da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, firmada pelo Brasil em 01.07.1994;¹⁶ no artigo VII, item 1, da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior;¹⁷

Contracting Party, any period of deprivation of liberty served in the latter Contracting Party arising from those acts shall be deducted from any penalty imposed. To the extent permitted by national law, penalties not involving deprivation of liberty shall also be taken into account”.

12. “Art. 7.º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: [...] II – os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. [...] § 2.º *Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:* [...] d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena” (grifo nosso).
13. “Art. 8.º A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.”
14. “Art. 76. A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade. Art. 77. Não se concederá a extradição quando: (...) V – o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido.”
15. “Art. 8.º [...] 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”
16. “Art. 9.º O Estado requerido poderá recusar a assistência quando, em sua opinião: a) o pedido de assistência for usado com o objetivo de julgar uma pessoa por um delito pelo qual essa pessoa já tiver sido previamente condenada ou absolvida num processo no Estado requerente ou requerido [...]”.
17. “Art. VII [...] 1. A pessoa sentenciada que for transferida conforme previsto nesta Convenção não poderá ser detida, processada ou condenada novamente no Estado receptor pelo mesmo delito que motivou a sentença imposta pelo Estado sentenciador”.

e, finalmente, no artigo 20 do Estatuto de Roma Tribunal Penal Internacional,¹⁸ promulgado pelo Decreto 4.388/2002.¹⁹

Há na doutrina uma dificuldade em enxergar o princípio como uma regra de direito internacional, embora não raro esteja ele inserido no contexto de tratados internacionais.

Em geral, afirma-se que as diferenças de abordagem nos sistemas nacionais impedem a sua elaboração enquanto princípio de direito internacional ou sua consideração como uma regra costumeira.²⁰ Ademais, em razão da tradicional presença da aplicação intraestatal do princípio no âmbito do direito penal, há também certa relutância em sua aplicação interestatal em face da noção de soberania do Estado. Apesar disso, alguns autores preveem a possibilidade da formulação de um princípio internacional do *ne bis in idem* a partir da extração de pontos comuns da aplicação do princípio em nível mundial.²¹

-
18. “Art. 20. [...] 1 – Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2 – Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5.º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3 – O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal por atos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º ou 8.º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência ribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça”.
19. Nesse sentido, Carlos Eduardo Adriano Japiassú, O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4, e ano V, n. 5, 2003-2004. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/07.pdf>>.
20. Nesse sentido, Michele. N. Morosin, Double Jeopardy and international law: obstacles to formulating a general principle, *64 Nordic Journal of International Law*, 1995, p. 261-274. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/nordic64&div=19&id=&page=>>>; D. Oehler, The European System, in: M. Cherif Bassiouni (ed.), *International criminal law: procedural and enforcement mechanisms*, 2. ed., 1999, v. 2, p. 617-618; e Council of Europe, *Explanatory Report on the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*, 1972, par. 38.
21. Nesse sentido, Gerard Conway, ob. cit.

Além disso, há uma forte tendência jurisprudencial²² a favor da aplicação internacional do princípio de modo a impedir a ocorrência de diversos julgamentos por diferentes estados para uma mesma conduta, o que violaria princípios de razoabilidade e equidade.

Apesar da resistência ao seu reconhecimento como princípio de direito internacional ou direito costumeiro, acredita-se que sua aplicação é possível pela autoridade antitruste brasileira em razão de estar ele internalizado no direito pátrio, o qual prevê ainda sua aplicação com efeitos extraterritoriais, conforme demonstrado nos dispositivos acima elencados.

Note-se ainda que sua aplicação no plano internacional é corroborada pela Corte Maior brasileira, em casos de extradição. Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), a extradição não será concedida se, pelo mesmo fato em que se fundar o pedido extradicional, o súdito estrangeiro estiver sendo submetido a procedimento penal no Brasil ou, então, já houver sido condenado ou absolvido pelas autoridades judiciárias brasileiras. De acordo com o Supremo Tribunal, “ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, à situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de situação configuradora de *double jeopardy* atua como insuperável obstáculo ao atendimento do pedido extradicional. Trata-se de garantia que tem por objetivo conferir efetividade ao postulado que veda o *bis in idem*”²³

Ademais, o princípio é entendido por diversos doutrinadores brasileiros como um princípio geral do Direito,²⁴ o que ratificaria a sua aplicação tanto

22. No caso *R. v. Van Rassel* [1990] 1 Supreme Court Reports 225, o magistrado *McLachlin* da Suprema Corte Canadense, representando o Tribunal, concluiu que “diversas decisões têm aceitado que o ‘double jeopardy’ deve ser aplicado em casos entre Estados soberanos quando a conduta for a mesma” (tradução livre). No caso *Libman v. The Queen*, [1985] 2 Supreme Court Reports 178, o juiz *La Forest*, também da Suprema Corte Canadense, declarou o seguinte: “Eu estou ciente de que meu posicionamento abre a possibilidade de o indivíduo ser processado pela mesma conduta em mais de um país; todavia, qualquer injustiça que possa decorrer deste evento poderia ser evitada recorrendo-se ao princípios do *autrefois acquit* e *autrefois convict*, que têm sido aplicados a pessoas processadas em outros países” (tradução livre).
23. STF, Ext 890, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 05.08.2004, DJ 28.10.2004. Veja também: STF, Ext 688, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 09.10.1996, DJ 22.08.1997; e STF, Ext 621, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 26.04.1995, DJ 12.05.1995.
24. Nesse sentido: *Heraldo Garcia Vitta, A sanção no direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114; *Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios gerais direito administrativo*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1, p. 361-362; *Fábio*

em relação a casos que afetam apenas o território brasileiro quanto àqueles que irradiem ou possam irradiar seus efeitos para outras jurisdições.

Em outras palavras, o que se quer dizer é que, independentemente do princípio ser aceito internacionalmente, o que poderia ensejar certo grau de reciprocidade na aceitação de decisões definitivas entre os diferentes Estados, o *ne bis in idem* deveria ser aplicado internamente para reconhecer, nas decisões definitivas e condenatórias proferidas em países estrangeiros, um óbice (ainda que parcial) à nova análise pelo órgão administrativo pátrio ou ao menos à sua punição integral, o que implicaria, no mínimo, a redução da pena aplicada no Brasil do quantitativo já aplicado em outra jurisdição internacional, já que é um princípio amplamente aplicado no direito pátrio.

Formular o princípio do *ne bis in idem* enquanto regra geral ou costume de direito internacional significaria dizer; (i) que o princípio passaria a integrar a legislação nacional de forma automática e (ii) que seria vinculativo enquanto matéria de direito internacional, independentemente da existência de tratados.²⁵ Como ele já integra o ordenamento jurídico brasileiro, sua aplicação obrigatória pelas autoridades com poder decisório é preexistente mesmo a qualquer concepção do princípio enquanto regra de direito internacional.

Há que se ter em mente que o escopo do *ne bis in idem* é evitar a dupla persecução e a dupla condenação, não fazendo sentido aceitar esse raciocínio apenas no âmbito dos processos sancionatórios julgados por autoridades brasileiras, e não o admitir em relação aos processos conduzidos por autoridades estrangeiras, uma vez que o ideal de justiça subjacente ao princípio é uno.

Afastá-lo, baseando-se em concepções tradicionais de monopólio estatal na atividade jurisdicional,²⁶ seria admitir que uma dupla condenação imposta,

Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 279-280.

25. Gerard Conway, *ob. cit.*, p. 229.

26. Renata Alvares Gaspar, ao discutir sobre a questão do monopólio do estado na atividade jurisdicional e a suposta ausência de obrigatoriedade do Estado de reconhecer decisões emanadas de autoridades estrangeiras, baseada em teorias territorialistas e racionalistas, observa que essa concepção “[...] hoje em dia deve ser matizada, já que o fenômeno da globalização econômica, gerador de indubitáveis efeitos dentro do Direito, imprime uma revisão profunda das grandes verdades estabelecidas, em função das mudanças sofridas pela própria realidade social, interna e internacional, que atualmente são superlativas. O pós-modernismo jurídico – que pouco a pouco vem destruindo os velhos conceitos estabelecidos e consolidados pelo positivismo jurídico – passou por algumas definições já assentadas pelos clássicos como um verdadeiro *tsunami*, fazendo cair por terra conceitos e formulações jurídicas que até então pareciam erigidas sobre bases sólidas de um

de um lado, pela autoridade brasileira e, do outro, pela autoridade estrangeira em relação a um mesmo fato não feriria a proporcionalidade e a razoabilidade que devem permear o processo e a justa aplicação da pena.

Abaixo, demonstra-se a larga aplicação do princípio não só na esfera penal como também na esfera administrativa no direito brasileiro.

2.1.1 Ne bis in idem no Direito Administrativo brasileiro

Dispositivos legais do Direito brasileiro e decisões judiciais consagram a adoção do princípio também no âmbito do direito administrativo.

Na esfera do Direito Administrativo Ambiental, importante destacar o art. 76 da Lei 9.605/1998, segundo o qual “o pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência”. O art. 8.º do Decreto 3.179/1999 completa o dispositivo ao estabelecer que “o pagamento de multa por infração ambiental imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a aplicação de penalidade pecuniária pelo órgão federal, em decorrência do mesmo fato, respeitados os limites estabelecidos neste Decreto”.

Para doutrinadores da área, os dispositivos legais corroboram a ideia de que não pode haver penalização simultânea das esferas administrativas municipal, estadual e federal em relação a uma mesma conduta e um mesmo dano. A sanção, portanto, deve ser única, bem como a pretensão punitiva do Estado.²⁷ Segundo Ricardo Carneiro, “o exercício do poder de polícia deve considerar o interesse preponderante de cada um dos entes políticos integrantes da federação, além de prestigiar a extensão geográfica do impacto ambiental ou da atividade sujeita a controle, cabendo *ipso facto* à União cuidar das questões de âmbito nacional ou que envolvam mais de um Estado-membro; aos Estados as matérias de espectro regional, e aos municípios as de contorno estritamente local.

argumento considerado absolutamente verdadeiro”. *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*, coord. por Carlos Alberto Carmona, São Paulo: Atlas, 2009, p. 108,

27. Nesse sentido: Ana Cândida de Mello Carvalho Mukai, Responsabilidade administrativa por dano ambiental, *Revista Âmbito Jurídico*, n. 53, ano XI, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2645>; e Paulo de Bessa Antunes, *Direito ambiental*, 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 110.

O autor ressalta, ainda, que a inobservância do princípio resulta em insegurança jurídica e dispêndio desnecessário de verbas públicas,²⁸ elementos abomináveis dentro de um ordenamento jurídico.

As visões doutrinárias acerca do princípio também são compartilhadas em termos jurisprudenciais. Importante decisão do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região afastou a cumulação de multas em relação a uma mesma conduta por autoridades com competência concorrente:

*Administrativo – infração ambiental – aplicação de multas – competência concorrente – conduta una – cumulação de multas – impossibilidade – vedação ao bis in idem – art. 76 da lei n. 9.605/98 – recurso provido. – É admissível a aplicação de multa administrativa pelo órgão de fiscalização ambiental – IBAMA – em razão do cometimento de crime ambiental que atinge recursos naturais pertencentes a mais de um estado federado, inobstante ter a ação causadora da lesão ambiental se perpetrado em um único ente da Federação, o Estado do Paraná. – A aplicação cumulativa de multas, no entanto, só é autorizada pela Lei n. 9.605/98 nas hipóteses em que o agente, praticando mais de uma conduta comissiva ou omissiva, causalmente eficaz para a perpetração de agressão ambiental, der causa a qualquer dos eventos proibidos pela legislação. – Tal hipótese não se confunde com a multiplicidade de lesões ao meio-ambiente, considerado em aspectos setoriais como a fauna ou a flora, perpetrada a partir de uma única atuação causal, como ocorreu *in casu*. – Sem razão, portanto, o IBAMA, que lavrou autos de infração baseados na diversidade de lesões provocadas ao meio-ambiente, inobservando o critério legal que autoriza a punição administrativa baseada exclusivamente na atuação causal geradora dos danos que, como visto, foi una. – Mesmo que se interpretasse de modo diverso os comandos legais mencionados, haveria óbice à cobrança cumulativa da multa nos termos em que lançada pelo agravado, eis que atributiva de sanção já aplicada pelo Instituto Ambiental do Paraná, no valor de R\$ 40.000.000,00*

28. “Em concreto, a atuação simultânea das diversas instâncias federadas em relação a um mesmo empreendimento invariavelmente gera enorme insegurança jurídica, vez que, em tese, qualquer atividade fica submetida ao crivo da fiscalização e eventual sancionamento por parte de órgãos ambientais federais, estaduais, distritais ou municipais. De resto, o exercício paralelo e indiscriminado do poder de polícia, ao contrário do que poderia à primeira vista parecer, significa, na verdade, dispêndio desnecessário e inconveniente de esforços e recursos públicos, contrariando o princípio da eficiência administrativa consignado no caput do art. 37 da Carta Magna”. Ricardo Carneiro, Responsabilidade administrativa ambiental: sua natureza subjetiva e os exatos contornos do princípio do *non bis in idem*, in: WERNECK, Mario et al. (coord.), *Direito ambiental visto por nós advogados*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 597.

(quarenta milhões de reais). – Em verdade, o art. 76 da Lei n. 9.605/98 veda expressamente a cobrança cumulativa de idêntica infração administrativa ambiental por mais de um ente federado. – Recurso provido. (TRF2, Agravo 2003.02.01.003048-4, Relatora Desembargadora Federal Vera Lucia Lima, j. 31.08.2005, DJU 15.09.2005).

No âmbito do Direito do Consumidor e do Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor, há competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para fiscalizar o mercado de consumo e aplicar as sanções administrativas previstas na Lei 8.078/1990, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor. No entanto, a possibilidade de duplicidade de processos fiscalizatórios em relação a uma mesma conduta é afastada pelo art. 5.º (incluindo seu parágrafo único) do Decreto 2.181/1997, segundo o qual “qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo. Se instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pelo DPDC, que poderá ouvir a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor (CNPDC), levando sempre em consideração a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica”.

O repúdio ao *bis in idem* no âmbito do direito consumerista também é confirmado por decisões jurisprudenciais. A título ilustrativo, cita-se julgado do Superior Tribunal de Justiça²⁹ em que foram instaurados dois processos administrativos em relação a uma mesma conduta, um pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) e outro pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo (Procon/SP0, ambos fundamentados nos arts. 8.º³⁰ e

29. STJ, REsp. 1.087.892, Min. Benedito Gonçalves, 1.ª Turma, j. 22.06.2010, DJe 03.08.2010.

30. “Art. 8.º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.”

10,³¹ *caput*, do CDC, ensejando a aplicação dúplice de multas pelos referidos órgãos. Diante da patente violação ao princípio do *ne bis in idem*, manteve-se a decisão de primeira instância, autorizando a anulação da segunda multa.

Conforme explanado pelo relator, “não obstante os órgãos de proteção e defesa do consumidor, que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, serem autônomos e independentes quanto à fiscalização e controle do mercado de consumo, não se demonstra lícito e nem razoável a aplicação de sanções, pela mesma infração, por mais de uma autoridade consumerista, uma vez que tal conduta possibilitaria que todos os órgãos de defesa do consumidor existentes no País punissem o infrator, desvirtuando o poder punitivo do Estado”.

Complementando a decisão do relator, o Ministro Luiz Fux, em voto-*vista*, esclarece, ainda, que “o Poder Sancionatório do Estado deve obedecer à razoabilidade que revela um dos aspectos da legalidade”. Dessa forma, a concorrência de competências administrativas para a tutela do consumidor deve visar a “assegurar a eficiência da defesa consumerista, não sendo lícito, entretanto, admitir-se que, pela mesma infração, todas as autoridades possam sancionar”.

Importante destacar os fundamentos utilizados na decisão acima para a aplicação do princípio proibitivo do *bis in idem*. Além de respaldar-se em dispositivos legais que afastam a duplicidade de condenações, o julgado destaca aspectos ligados à razoabilidade das decisões administrativas, que não poderiam extrapolar os limites do poder punitivo do Estado, bem como fatores de eficiência no sistema estatal de punição.

Todos esses elementos são fundamentais na defesa da aplicação do *ne bis in idem* em relação a decisões definitivas julgadas no exterior e serão retomados quando da análise da racionalidade do *ne bis in idem* em face da função das multas no *enforcement* da lei concorrencial.

Como visto, portanto, o princípio em comento é, sem dúvida, de larga aplicação no Direito Administrativo brasileiro. Dessa forma, não haveria óbices à sua aplicação no processo administrativo sancionador no âmbito do CADE.

Este Conselho inclusive já reconheceu o princípio, o qual foi aplicado sobretudo em casos envolvendo cooperativas médicas que exigiam a exclusi-

31. “Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.”

vidade na prestação de serviços pelos médicos cooperados. Consta-se que, apesar de condenações anteriores do CADE em relação a essa conduta, em determinado período e relativamente a certas cooperativas, novas representações foram feitas sobre os mesmos fatos que originaram as condenações passadas, razão pela qual aquele órgão decidiu pelo arquivamento dos novos casos em face da violação ao princípio em comento.³² Senão veja-se:

Processo Administrativo. Mercado de prestação de serviços através de planos e seguros de saúde. Cooperativa médica. Cláusula de exclusividade. Existência de representação anterior. Empresa condenada pelo mesmo fato em processo administrativo anterior. Princípio do “ne bis in idem”. Arquivamento e apensamento. (Processo Administrativo 08012.0012023/99-71, Representante: Polymed-Polyclínica Médica S/C Ltda., Representada: UNIMED de Chapecó – Cooperativa de Trabalho Médico Regional Oeste, Relator Thompson Andrada, julgado por unanimidade em 13.02.2002).

Processo Administrativo. Cláusula de Exclusividade. Parecer da SDE e SEAE pela condenação. Parecer da ProCADE e do MPF pelo arquivamento. Existência de condenação anterior. Mesma conduta e mesmos fatos. Ocorrência de “bis in idem”. Impossibilidade. Arquivamento. (Processo Administrativo 08012.007413/2003-49, Representante: José de Jesus Fernandes da Costa da Silva, Representada: Unimed de Nova Friburgo – Cooperativa de Trabalho, Relator Luiz Carlos Deorme Prado, julgado por unanimidade em 12.04.2006).

Averiguação Preliminar. Cláusula de Exclusividade. Prática Restritiva à livre concorrência. Mercado de prestação de serviços médicos. Representada Unimed de Baixa Mogiana. Existência de condenação anterior. Mesma conduta e mesmos fatos. ocorrência de “bis in idem”. Impossibilidade. Arquivamento do Processo. (Averiguação Preliminar 08012.008734/2007-94, Representante:

32. Note-se que quando da análise do *bis in idem*, o CADE preocupou-se em avaliar se a conduta ilícita praticada pelo Representante teria cessado ou não após a decisão condenatória originalmente imposta pelo Conselho. No caso de unimilitância, o entendimento majoritário do CADE é de que pode haver condenação de Representadas por reincidência, caso estas tenham continuado a prática ilícita após a imposição de sanção pelo Conselho. Nesse caso, não haveria *bis in idem*, apesar da nova condenação possivelmente incluir certos fatos já punidos pela primeira condenação. O CADE e a Procade já se posicionaram no sentido de que “a infração antitruste de unimilitância praticada por algumas Unimeds se assemelha, em decorrência do plexo de atos necessários para configurá-la, a um crime continuado”. Nesse sentido, tem-se o voto proferido pelo então Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no Processo Administrativo 08012.002440/2005-97, em 21.05.2008 (Representante: Associação de Hospital de Caridade Ijuí, Representada: Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. Unimed Ijuí).

SDE, Representada: Unimed de Baixa Mogiana, Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos, julgado por unanimidade em 07.05.2008).

O CADE também reconheceu o princípio do *ne bis in idem* quando do julgamento de infração no mercado de comercialização de espaços publicitários (*outdoors*) em âmbito nacional.³³ A representada já tinha sido condenada em 27 de abril de 2005 por impedir empresas não afiliadas de participar da distribuição e/ou comercialização de campanhas publicitárias por meio de *outdoors*, dificultar a empresas que tentassem se filiar a seus quadros bem como impor uma tabela de preços divulgada em nível nacional. Nova representação com base nos mesmos fatos e fundamentos³⁴ foi realizada, e o CADE acabou por decidir pelo arquivamento do processo.

O relator citou o entendimento da Procade acerca do princípio e mencionou ainda decisões recentes do STF que reconheceram o princípio por repressão de mesma conduta nas esferas da Justiça militar e penal, estadual e federal, nacional e estrangeira e também no âmbito nas punições administrativas.

De acordo com a Procade, o princípio do *ne bis in idem*, “mesmo que não expresse, se aplica ao julgamento do CADE ou de qualquer outro órgão administrativo que detém pretensões sancionadoras, porquanto configura um direito fundamental”. A Procuradoria citou ainda a doutrina de Fábio Medina Osório, para quem “a idéia básica do *ne bis in idem* é que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato. Já foi definida essa norma como ‘princípio geral de direito’, que, com base nos princípios da proporcionalidade e da coisa julgada, proíbe a aplicação de dois ou mais procedimentos, seja em uma ou mais ordens sancionadoras, nos quais se dê uma identidade de

33. Processo Administrativo 08012.002499/2003-13, Representante: SDE, Representada: Central de Outdoor, Relator Fernando de Magalhães Furlan, julgado por unanimidade em 26.08.2009.

34. Nos termos do voto do relator: “[...] o conjunto fático investigado é o mesmo, tanto no que se refere à uniformização de preços quanto no que tange à denúncia de abuso do poder econômico pelas seguintes razões: 1) o objeto do processo administrativo inicial englobava resumo de fatos que extrapolavam a dimensão de mercado apontada e relacionados ao objeto do segundo processo administrativo; 2) as condutas de imposição de dificuldades de filiação em nível nacional ocorreram antes da decisão do primeiro PA; 3) não foram desentranhados dos autos do primeiro processo administrativo os documentos referentes às dificuldades de afiliação de empresas de outros Estados, tanto que o relatório do CADE fez referência a eles; 4) a nova instrução não trouxe dados novos quanto a eventuais dificuldades de filiação, mas apenas reforçaram os fatos já apurados no processo anterior”.

sujeitos, fatos, fundamentos, e sempre que não exista uma relação de supremacia especial da Administração Pública”³⁵

Note-se, todavia, que a experiência do CADE na aplicação do *ne bis in idem* se restringe à proibição de novas condenações em relação a fatos já punidos anteriormente pelo próprio Conselho. Não há qualquer precedente do Conselho em que este tenha arquivado processos ou afastado uma condenação, haja vista a mesma conduta sob investigação já ter sido punida por autoridades concorrenciais estrangeiras.

É exatamente esta possibilidade que ponderaremos a partir da próxima seção, com a análise da experiência europeia a esse respeito.

2.2 *Ne bis in idem: a experiência europeia*

2.2.1 *Análise da legislação atual*

No âmbito dos artigos 101³⁶ e 102³⁷ do Tratado que dispõe sobre o funcionamento da União Europeia (TFUE) (anteriormente, os artigos 81 e 82 do Tratado que estabelecia a Comunidade Europeia – TCE), as práticas anticompetitivas serão punidas na medida em que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros.

A Comissão Europeia e as autoridades nacionais dos Estados-membros têm competência concorrente para punir as condutas que violem aqueles dispositivos. Dessa maneira, não raras são as situações que resultam em dois processos para um mesma conduta sejam conduzidos seja por diferentes autoridades nacionais, seja por uma autoridade nacional, de um lado, e a Comissão Europeia, de outro.

Antecipando o problema, o Regulamento (CE) 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos atuais artigos 101 e 102 FUE, previu algumas hipóteses para a solução de eventuais conflitos.

35. Fábio Medina Osório, op. cit., p. 279-280.

36. “Artigo 101(1) São incompatíveis com o mercado comum 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 comum [...]”

37. “Artigo 102. É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste [...]”

Nesse sentido, no que tange ao conflito entre autoridades nacionais, o artigo 13³⁸ do Regulamento previu a suspensão ou arquivamento de um processo por uma autoridade nacional quando outra já tiver iniciado uma investigação relativa à mesma conduta sob análise. Da mesma forma, a Comissão poderá rejeitar uma denúncia com o fundamento de que uma autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-membro já está a instruir o processo.

A proposta, nesses casos, segundo o Considerando (18) do Regulamento,³⁹ é “assegurar uma distribuição otimizada dos processos”, de maneira que “cada processo seja apreciado por uma única autoridade”.

Note-se, todavia, que o artigo 13 estabelece uma faculdade e não uma obrigação das partes de suspenderem ou arquivarem o procedimento.⁴⁰ De acordo com o memorando explicativo à proposta da Comissão, “não é necessário tampouco adequado obrigar outras autoridades concorrenciais a suspen-

-
38. “Artigo 13 [...] 1. Caso as autoridades responsáveis em matéria de concorrência de dois ou mais Estados-Membros tenham recebido uma denúncia ou tenham oficiosamente dado início a um processo nos termos dos artigos 81 ou 82 ratado contra o mesmo acordo, decisão de associação ou prática, a instrução do processo por parte de uma autoridade constitui, para as restantes autoridades, motivo suficiente para suspenderem a respectiva tramitação ou rejeitarem a denúncia. A Comissão pode igualmente rejeitar uma denúncia com o fundamento de que uma autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-Membro está já a instruir o processo. 2. Se for apresentada a uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência ou à Comissão uma denúncia contra um acordo, uma decisão de uma associação ou uma prática que já está a ser instruída por outra autoridade responsável em matéria de concorrência, tal denúncia pode ser rejeitada.”
39. “A fim de assegurar uma distribuição otimizada dos processos no âmbito da rede, é necessário prever uma disposição geral que permita a uma autoridade responsável em matéria de concorrência suspender ou arquivar um processo por motivo de outra autoridade o estar a instruir, por forma a que cada processo apenas seja apreciado por uma única autoridade. Essa disposição não deve prejudicar a faculdade de a Comissão rejeitar uma denúncia por falta de interesse comunitário, mesmo quando nenhuma autoridade responsável em matéria de concorrência tenha indicado a sua intenção de se ocupar do processo, faculdade que lhe é reconhecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça”.
40. Nesse sentido, Wouter P. J. Wils, *The principle of ‘ne nis in idem’ in EC anti-trust enforcement: a legal and economic analysis*, *World Competition*, v. 26, n. 2, 2003, p. 18. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319252>.

derem ou arquivarem seus procedimentos. É uma tarefa da rede assegurar, na prática, que os recursos sejam empregados de forma eficiente”⁴¹

Por outro lado, quanto a conflitos entre a Comissão e as autoridades nacionais especificamente, o artigo 11(6)⁴² do Regulamento impede que as autoridades nacionais iniciem uma investigação com base nos artigos 101 e 102 do TFUE quando a Comissão Europeia já tenha iniciado e esteja em vias de proferir uma decisão. Por outro lado, se a autoridade de um Estado-membro já estiver a instruir um processo, a Comissão só dará início a outro processo após ter consultado essa autoridade nacional responsável em matéria de concorrência.

2.2.2 *Análise da jurisprudência*

Antes mesmo da assinatura do Tratado de Maastricht, o processo de integração econômica na Europa resultara em questões relativas à aplicação do princípio do *ne bis in idem* na seara do direito concorrencial.

No caso *Wilhelm v. Bundeskartellamt*,⁴³ a autoridade antitruste alemã, o Bundeskartellamt, aplicou uma multa a empresas alemãs fabricantes de corantes, em 28 de novembro de 1967 por violação à legislação concorrencial alemã, o GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 27 de julho de 1957). Segundo o órgão concorrencial, as representadas teriam acordado, em 18 de julho de 1967, entre elas e outros fabricantes de outros Estados-membros bem como de países fora da Comunidade Europeia, o aumento dos preços da anilina em 8% a partir de 16 de novembro de 1967. O caso estava pendente no Kammergericht⁴⁴ (Kartellsenat) de Berlim.

A Comissão Europeia, por outro lado, tinha iniciado, de ofício, investigações contra quatro das empresas alemãs afetadas pela decisão do

41. *Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty and amending Regulations (EEC) N. 1017/68, (EEC) N. 2988/74, (EEC) N. 4056/86 and (EEC) N. 3975/87 (COM(2000)/582/Final)*, p. 12-13. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0582:FIN:EN:PDF>>.

42. “O início por parte da Comissão da tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III priva as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência da competência de aplicarem os artigos 81 e 82 do Tratado. Se a autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência já estiver a instruir um processo, a Comissão só dará início a um processo após ter consultado essa autoridade nacional responsável em matéria de concorrência.”

43. Julgado em 13.02.1969, caso 14/68, *Wilhelm v. Bundeskartellamt*, ECR 3.

44. Tribunal de última instância de Berlim.

Bundeskartellamt, bem como contra outros fabricantes de anilina sediados na Comunidade Europeia e em países fora dela. O procedimento investigatório incluía os fatos já analisados pela autoridade alemã.

Diante disso, as representadas alegaram perante o Kammergericht que o Bundeskartellamt não era competente, nos termos da legislação alemã, para conduzir procedimentos contra violações à lei que estivessem simultaneamente sujeitas à atuação da Comissão Europeia por violação do então artigo 85(1) do Tratado que estabelecia a Comunidade Econômica Europeia (TCEE).⁴⁵

Em razão do impasse, o Kammergericht de Berlim solicitou à Corte Europeia, entre outras coisas, que se pronunciasse acerca da possibilidade de aceitar uma dupla sanção aplicada, de um lado, pela Comissão e, de outro, pela autoridade alemã em relação a um mesmo fato.

Em resposta, a Corte afirmou, primeiramente, ser possível a existência de dois procedimentos paralelos conduzidos em respeito a um mesmo fato.

Segundo o Tribunal, as legislações comunitária e nacionais sobre cartéis trazem pontos de vista legais diferentes. Enquanto o artigo 85 do TCEE (atual 101 do TFUE) traz uma análise sob a perspectiva dos obstáculos que podem resultar ao comércio dos cartéis entre os Estados-membros, as legislações nacionais possuem considerações peculiares a cada país e os consideram apenas em relação a seu contexto. A Corte, todavia, reconheceu que a diferenciação entre a legislação comunitária e as leis nacionais pode não servir em todos os casos como critério decisivo para a delimitação da jurisdição, uma vez que, em casos individuais, o fenômeno econômico e as situações jurídicas sob análise podem ser interdependentes. Porém, em princípio, afirmou que um mesmo acordo poderia ser objeto de dois procedimentos paralelos, um sob o artigo 85 do TCEE e outro perante um juízo de um Estado-membro.⁴⁶

Ressaltou, porém, que “se [...] a possibilidade de dois processos conduzidos separadamente levar à imposição de sanções consecutivas, uma regra geral de direito natural tal como aquele expresso no final do segundo parágrafo do artigo 90 ratado do ECSC⁴⁷ requer que qualquer decisão punitiva anterior seja

45. Hoje equivalente ao artigo 101 do TFUE.

46. Caso 14/68, *Wilhelm v. Bundeskartellamt* [1969], ECR 3, j. 13.02.1969, par. 3 e 11.

47. Trata-se do antigo Tratado que estabeleceu a antiga Comunidade Europeia do Carvão e Aço (*Treaty constituting the European Coal and Steel Community*). Seu artigo 90 consagrava o princípio do *ne bis in idem* no âmbito do Tratado: “Se um ato cometido por uma empresa em violação ao presente Tratado também constituir uma violação à obrigação imposta pela lei do Estado ao qual a empresa em questão estiver sujeita, e se a medida legal ou administrativa for instituída contra a empresa em questão sujeita a tal legislação, o Estado em questão deverá então

levada em consideração quando da determinação da sanção a ser imposta”,⁴⁸ evidenciando aqui a aplicação de uma das faces do princípio do *ne bis in idem*, qual seja a do *ne bis poena in idem* no plano internacional.

No caso *Boehringer v. Commission*,⁴⁹ a empresa representada sofreu uma condenação pela Comissão Europeia em 16 de julho de 1969, por violação ao artigo 85 CEE, sendo multada em 190.000 E.U. Todavia, em 3 de julho de 1969, um tribunal do distrito de Nova York já havia aplicado à mesma empresa uma multa de US\$ 80 mil por violação à legislação concorrencial norte-americana, a qual foi paga em 11 de julho de 1969. Em vista disso, a *Boehringer* requereu à Comissão, em 3 de setembro de 1969, que deduzisse da multa por ela aplicada, o valor da condenação paga pela empresa ao tribunal norte-americano. A Comissão, no entanto, recusou o pedido. Assim, a representada apelou à Corte Europeia sob o argumento de que a Comissão estaria violando o princípio do *ne bi in idem*, já que o acordo punido pelo tribunal de Nova York era o mesmo que o sancionado pela Comissão Europeia.

Ao analisar o caso, a Corte Europeia afirmou que “ao fixar a quantia da multa, a Comissão deve considerar as penalidades que já foram suportadas pela mesma empresa em relação a uma mesma conduta, no caso de a sanção ter sido imposta por violação à legislação anticartel de um Estado-membro e, conseqüentemente, ter sido cometida no território da Comunidade Europeia”. Todavia, ao analisar a obrigação da Comissão em considerar a penalidade imposta por um terceiro país (não membro da Comunidade Europeia) ao calcular a pena a ser por ela imposta, a Corte Europeia decidiu que só haverá essa obrigação se as condutas da representada investigadas pela Comissão, de um lado, e pela autoridade americana, de outro, forem idênticas.⁵⁰

informar à Alta Autoridade, a qual deverá suspender a ação sob sua jurisdição” (tradução livre).

48. Caso 14/68, *Wilhelm v. Bundeskartellamt* [1969], ECR 3, j. 13.02.1969, par. 3 e 11.

49. Caso 7/72, *Boehringer Mannheim GmbH v. Commission of the European Communities*, ECR, 1281, j. 14.12.1972.

50. “In fixing the amount of a fine the Commission must take account of penalties which have already been borne by the same undertaking for the same action, where penalties have been imposed for infringements of the cartel law of a member state and, consequently, have been committed on community territory. It is only necessary to decide the question whether the Commission may also be under a duty to set a penalty imposed by the authorities of a third state against another penalty if in the case in question the actions of the applicant complained of by the Commission, on one hand, and by the American Authorities, on the other are identical.”

No caso, vale notar que a Corte não reconheceu a identidade das condutas, visto que, segundo ela, a condenação imposta pela Comissão foi direcionada ao acordo de cavalheiros para a divisão do mercado comunitário e da Grã-Bretanha bem como à restrição à produção de quinidina sintética, ao passo que a condenação nos Estados Unidos, embora baseada em parte daqueles fatos, relacionou-se a um conjunto mais amplo de condutas e foi direcionada, em particular, contra o acordo sobre a quinquina e os sucessivos aumentos de preço nos Estados Unidos em meados de 1966. Assim, tendo em vista que as partes não lograram provar que a condenação nos EUA foi direcionada contra a aplicação ou efeitos do cartel para além dos limites daquele país, e tampouco conseguiu demonstrar que as condutas alegadas eram as mesmas, a Corte Europeia rejeitou a pretensão das partes de deduzir da multa aplicada pela Comissão o valor da multa já paga às autoridades norte-americanas.

Note-se que esse precedente tem importância fundamental na medida em que estabelece critérios para a aceitação do princípio da proibição do *bis in idem* em relação a decisões proferidas por autoridades estrangeiras. Segundo a Corte Europeia, os fatos punidos originalmente pela autoridade estrangeira (não Europeia) devem ser, no mínimo, idênticos àqueles investigados pela autoridade que deseja aplicar a sanção pela segunda vez. Por outro lado, há certa sugestão de que, para a aplicação do *ne bis in idem*, a conduta sancionada originalmente por determinado país deve ter sido analisada não somente em relação aos efeitos sobre aquele país, mas também e principalmente para além de suas fronteiras.

Pode-se ainda observar que, se por um lado, as decisões acima revelam o posicionamento da Corte Europeia a favor da aplicação do princípio do *ne bis in idem* em relação a decisões proferidas por autoridades concorrentes de diferentes jurisdições, por outro essa aplicação do princípio é limitada, vez que só o considera sob uma de suas vertentes: a proibição à dupla condenação, e não a proibição da dupla persecução.

Em ambas as decisões, ficou clara a possibilidade de coexistência de dois procedimentos relativos a uma mesmo conjunto de fatos. Apenas em relação à condenação é que a autoridade deverá considerar a multa aplicada originalmente por outro órgão antitruste.

Dessa forma, o que se vê é a consagração do *ne bis poena in idem* no âmbito da União Europeia e não do *ne bis in idem* em sua versão integral.

Em geral, a primeira regra tende a ser mais facilmente aceita pelos países por ser mais flexível e menos restritiva à noção de soberania estatal. Essa aplicação alternativa do *ne bis in idem* será avaliada no tópico seguinte.

Antes, porém, cumpre ressaltar que decisões mais recentes da Corte Europeia têm restringido sobremaneira, em matéria concorrencial, a aplicação do princípio em relação a decisões tomadas por autoridades que não integram aquele bloco regional, o que, de certa forma, contraria a visão refletida no caso *Boehringer v. Commission*.

Nos casos *Archer v. Commission*⁵¹ e *Tokai v. Commission*,⁵² a Corte não se considerou obrigada a aplicar o princípio em relação a decisões proferidas por não Membros, mas apenas para aquelas tomadas no âmbito da União Europeia.

De acordo com o entendimento exposto nos julgamentos, a aplicação só seria justificável no caso de decisões proferidas por integrantes da União Europeia “em razão do sistema especial de compartilhamento de jurisdição entre a Comunidade e seus Estados-membros no que diz respeito a cartéis”⁵³ e também da “estreita interdependência entre os mercados nacionais dos Estados-Membros e o mercado comunitário”.⁵⁴

Entretanto, para ela, as decisões proferidas por autoridades não europeias não poderiam ser consideradas para fins de aplicação do *ne bis in idem*, pois teriam finalidades diversas das decisões comunitárias na medida em que busariam preservar a concorrência não dentro da União Europeia, mas sim no território em que detêm poder jurisdicional.⁵⁵

A Corte chega ao ponto de defender uma perspectiva extremamente territorialista, baseada numa interpretação literal dos artigos 4 a 7 do Protocolo à Convenção Europeia de Direito Humanos,⁵⁶ segundo a qual a finalidade do

51. Caso T-224/00, *Archer Daniels Midland Co. and Archer Daniels Midland Ingredients Ltd. v. Commission of the European Communities*, Court of First Instance, Fourth Chamber, j. 09.07.2003.

52. *Joint Cases T-236/01, T239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, Tokai Carbon Co. Ltd. and Others v. Commission of the European Communities*, Court of First Instance, Second Chamber, j. 29.04.2004.

53. *Tokai Carbon Co. Ltd. and Others v. Commission of the European Communities*, par. 132; e *Archer Daniels Midland Co. and Archer Daniels Midland Ingredients Ltd. v. Commission of the European Communities*, par. 87.

54. *Tokai Carbon Co. Ltd. and Others v. Commission of the European Communities*, par. 140; e *Archer Daniels Midland Co. and Archer Daniels Midland Ingredients Ltd. v. Commission of the European Communities*, par. 99.

55. *Tokai Carbon Co. Ltd. and Others v. Commission of the European Communities*, par. 134; e *Archer Daniels Midland Co. and Archer Daniels Midland Ingredients Ltd. v. Commission of the European Communities*, par. 90.

56. “Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por

ne bis in idem seria somente proteger duplas persecuções ou punições impostas a um mesmo fato pelo mesmo Estado, e não por Estados diferentes, o que parece não ser a interpretação mais adequada. Persiste nessa visão territorial também ao afirmar que o artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁷ só se aplicaria em relação a decisões proferidas por órgãos europeus.⁵⁸

Refuta cabalmente a possibilidade de dedução da pena imposta pela autoridade estrangeira da multa a ser aplicada pela autoridade europeia ao afirmar que não há qualquer convenção ou regra de direito internacional público que impeça os tribunais de diferentes Estados de processarem ou condenarem a mesma pessoa com base nos mesmos fatos. Para a Corte, essa proibição só seria possível por meio de um processo de cooperação internacional que resultasse na adoção de regras comuns a esse respeito, como aquelas contidas na Convenção de Schengen.

A opinião confronta o entendimento esposado neste estudo, o qual defende não haver a necessidade de uma regra no âmbito internacional quando o ordenamento jurídico de um Estaradicionalmente aplica o *ne bis in idem* em suas decisões e já o tem incorporado em sua legislação.

Como o princípio busca preservar a proporcionalidade e justeza dos julgamentos, a punição excessiva deveria ser evitada tanto quando há duas decisões condenando a mesma violação dentro de um mesmo Estado quanto na hipótese em que há uma decisão estrangeira e outra nacional punindo a mesma conduta. A noção de proporcionalidade deve ser única tanto para um caso quanto para o outro e está insita no conceito de justiça.

sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. 2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se fatos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento. 3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15.º da Convenção”.

57. “Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito

Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.”

58. *Tokai Carbon Co. Ltd. and Others v. Commission of the European Communities*, par. 135 e 137; e *Archer Daniels Midland Co. and Archer Daniels Midland Ingredients Ltd. v. Commission of the European Communities*, par. 91 e 92.

No Brasil, conforme demonstrado, o princípio já está internalizado de forma objetiva no ordenamento jurídico, sem que haja distinção, em sua aplicação, entre plano nacional ou internacional, resultando daí a sua aplicabilidade e a não conformação do sistema jurídico pátrio àquela estrutura defendida pela Corte Europeia.

Vale ressaltar que não há no País qualquer dispositivo semelhante aos artigos 4 a 7 do Protocolo à Convenção Europeia de Direito Humanos e ao artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que limite a aplicação do *ne bis in idem* a decisões proferidas por autoridades pertencentes a um mesmo Estado.

De qualquer forma, acredita-se que a interpretação literal àqueles dispositivos estabelecida nos julgamentos ora citados não é a mais apropriada tendo em vista a necessidade não somente da busca de melhor justiça, que se coaduna com a aplicação do *ne bis in idem*, inclusive no plano internacional, mas também de quebra dos paradigmas tradicionais da noção de monopólio jurisdicional estatal em face da intensa integração econômica mundial e da necessidade de cooperação em nível global, inclusive em matéria concorrencial.

Por fim, cabe analisar um importante argumento utilizado pela Corte no caso *Tokai v. Commission* na defesa da não aplicação da regra a decisões proferidas fora da União Europeia.

Segundo a decisão, a Comissão, como resultado de seu dever de perseguir uma política geral de aplicação dos princípios contidos no Tratado em matéria concorrencial, tem também o poder de decidir qual nível das multas refletiria o seu efeito punitivo e inibitório (*deterrent effect*), tendo em vista uma determinada conduta ilícita.

Segundo a Corte, o objetivo da Comissão ao definir as multas aplicáveis é assegurar que as empresas cumpram as regras concorrenciais estabelecidas na legislação comunitária em suas atividades dentro da União Europeia. Dessa forma, aquele efeito punitivo e inibitório não poderia ser calculado a partir de uma decisão estrangeira.⁵⁹

Se por um lado é possível que a decisão proferida no exterior imponha uma punição muito baixa, considerando a gravidade da conduta e de seus efeitos dentro de um Estado-membro, por outro esse argumento não poderia ser utilizado para afastar, em definitivo, a garantia do *ne bis in idem*.

Conforme será analisado no item a seguir, casos em que as decisões estrangeiras imponham uma pena abaixo daquela que seria aplicada pela legisla-

59. *Tokai Carbon Co. Ltd. and Others v. Commission of the European Communities*, par. 144 a 148.

ção nacional (*underpunishment*) ainda assim poderiam ser considerados pela autoridade doméstica, não para impedir um novo processamento, mas sim para impedir uma condenação excessiva.

Nesse caso, seria aplicada uma versão mais flexível do *ne bis in idem* – o *ne bis poena in idem* – para fins de descontar o valor da multa aplicada no primeiro julgamento.

2.3 Aplicação alternativa ao princípio do *ne bis in idem*: o *ne bis poena in idem*

O princípio do *ne bis poena in idem* implica que a sentença cumprida e as penalidades já pagas pelo acusado pela mesma conduta ou grupo de fatos deverão ser descontadas na imposição de uma pena subsequente em relação à mesma conduta ou grupo de fatos.⁶⁰

Essa variação do princípio é considerada mais flexível na medida em que não exige que os Estados abram mão completamente de seu poder jurisdicional. Nesse sentido, é mais facilmente aceita e aplicada pelos países.

Se na aplicação do *ne bis in idem* a decisão proferida por uma autoridade impede totalmente a atuação de outra na medida em que a proíbe de processar novamente determinado agente pelos mesmos fatos, o *ne bis poena in idem* não impõe tamanha restrição, já que apenas exige dos Estados que, ao avaliarem a condenação imposta a um agente, levem em consideração, para fins de redução da pena, a sanção já aplicada anteriormente por outra jurisdição. Tal medida atende aos princípios de justiça e razoabilidade característicos do *ne bis in idem*, embora não confira o mesmo grau de proteção ao acusado.

Na tradição do Direito Continental, o *ne bis poena in idem* é amplamente reconhecido e aplicado pelos juízes, que, reconhecendo a existência de uma decisão no âmbito criminal proferida no estrangeiro, automaticamente o consideram quando da aplicação da sanção na esfera nacional.⁶¹

No Brasil, o princípio está claramente prescrito no art. 8.º do Código Penal, segundo o qual “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

Diante disso, não parece haver grandes obstáculos à aplicação desse princípio no âmbito das decisões proferidas pelo CADE.

60. Gerard Conway, ob. cit., p. 226.

61. Nesse sentido, Gerard Conway, ob. cit., p. 226.

A existência de um *jus puniendi* geral e único do Estado, o qual se aplica tanto na esfera do Direito Penal quanto na esfera do Direito Administrativo Sancionador, leva a crer que os princípios gerais aplicados na esfera criminal também devem ter aplicação no âmbito repressivo estatal administrativo, independentemente da diferenciação qualitativa ou quantitativa entre ilícito penal e administrativo.⁶²

Nesse sentido, poderia o CADE, com as devidas adaptações, aplicar o princípio, originário do Direito Penal, no âmbito do Direito Antitruste brasileiro. Para tanto, critérios mais precisos deveriam ser construídos para atender às peculiaridades das condutas punidas na esfera antitruste bem como à finalidade da multa no ilícito concorrencial.

De qualquer forma, cumpre ressaltar que, conforme demonstrado, o Direito pátrio já internalizou o princípio do *ne bis in idem* em sua versão integral, a qual confere uma proteção mais ampla ao acusado em comparação à regra aqui em análise, vez que não só o impede de ser condenado duplamente pelos mesmos fatos e/ou condutas como também o impede de ser processado duas vezes, o que afasta a inconveniência de estar sujeito a mais de um processo bem como a possibilidade de uma condenação equivocada.⁶³

Assim, a adoção do *ne bis poena in idem* no Brasil, embora se demonstre uma alternativa viável, não confere uma garantia total ao acusado, a qual só pode ser atingida por meio da aplicação do *ne bis in idem* em sua versão total, já amplamente reconhecida pelo ordenamento jurídico nacional.

Todavia, conforme já explicitado, o uso do *ne bis poena in idem* pode-se mostrar mais adequado quando a punição originalmente imposta pela autoridade estrangeira não se revelar suficiente para punir e inibir a conduta e seus efeitos no Brasil. Nesses casos, a multa aplicada no exterior deveria ser interpretada como um elemento atenuante da pena a ser aplicada no Brasil.

62. Nesse sentido: Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 4. ed., Madrid: Tecnos, 2005, p. 161; e Ramón García Albero, La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos, in Gonzalo Quintero Olivares et al. (org.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muniz*, Elcano: Editorial Arazandi, 2001, p. 377.

63. Nesse sentido, Gerard Conway, ob. cit., p. 244.

3. Princípio do *ne bis in idem*: como aplicá-lo?

3.1 Considerações iniciais

Até o momento foi possível concluir que o princípio do *ne bis in idem* tanto na sua forma completa quanto na sua variante, o *ne bis poena in idem* é amplamente aceito no Direito brasileiro, sendo este aplicado, inclusive, para reconhecer decisões proferidas no exterior. Diante disso, nada obstará sua aplicação, em qualquer de suas versões, pelo CADE de maneira a impedir que empresas ou indivíduos que já sofreram condenações por outros órgãos antitruste sejam punidos duplamente, caso a autoridade brasileira também se decida pela aplicação de penalidades pelos mesmos fatos ou condutas.

Cabe agora analisar em que medida deve o princípio ser aplicado em vista a própria racionalidade que o permeia, a função das multas no *enforcement* antitruste e as peculiaridades inerentes à análise dos cartéis nos termos da Lei 8.884/1994.

A seguir, cada um desses tópicos será analisado.

3.2 A racionalidade do *ne bis in idem* e a função das multas no enforcement antitruste: *ineficiências decorrentes da imposição excess*

A imposição de múltiplas multas por *difensiva e desproporcional* autoridades concorrenciais a um mesmo agente em razão de uma única conduta pode ter efeitos deletérios não só do ponto de vista individual, ou seja, de quem suporta diretamente a sanção, mas também do ponto de vista econômico-social.

Se por um lado a sanção é suportada, à primeira vista, pelas empresas condenadas, do ponto de vista econômico a imposição de multas globalmente excessivas poderá ter grande impacto na vida daqueles que formam a base da atividade empresarial. Acionistas poderão sofrer com a diminuição do valor de suas ações, empregados poderão ficar sujeitos a políticas internas de corte destinadas ao pagamento da multa, e consumidores, em última instância, poderão pagar o preço final, já que a necessidade de pagar a multa poderá se traduzir, ao menos parcialmente, em aumentos de preços para os consumidores dos produtos ou serviços da companhia multada.⁶⁴

64. Nesse sentido, Wouter P. J. Wils, *Optimal antitrust fines: theory and practice*, *World Competition*, v. 29, n. 2, June 2006, p. 20. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102&http://www.google.com/search?hl=en&q=Optimal+Antitrust+Fines%3A+Theory+and+Practice&btnG=Search&aq=f&aqi=g1&aql=&oq=&gs_rfai=>>.

Multas globalmente desproporcionais e excessivas também poderão levar empresas à falência, o que também geraria custos sociais indesejáveis, na medida em que afetariam toda a coletividade: administradores, acionistas, fornecedores, empregados, credores, inclusive governamentais, como o Fisco, e consumidores.⁶⁵

Ademais, do ponto de vista do *enforcement* concorrencial, a desproporcionalidade das multas aplicáveis pode gerar problemas na execução eficiente das sanções. Em se tratando de condenações múltiplas por um mesmo fato ou conjunto de fatos, as sanções aplicadas subsequentemente à decisão punitiva original podem levar o condenado a um sentimento de injustiça,⁶⁶ em razão do alto ônus suportado, o que o levaria a contestar judicialmente a validade da condenação e atrasaria a rápida execução da multa pelos órgãos de concorrência.

A aplicação do *ne bis in idem*, se adequada, pode evitar a ocorrência desses efeitos nefastos, na medida em que visa justamente a impedir duplas condenações por uma mesma conduta e, conseqüentemente, evitar que o agente tenha de arcar com uma punição excessiva, desproporcional e, em última instância, injusta, o que desvirtuaria o poder punitivo do Estado.

Segundo bem explicitado pelo ex-Conselheiro do CADE Ricardo Villas Bôas Cueva, “não se deve perder de vista que o princípio do *non bis in idem* funda-se não apenas no princípio da legalidade, mas também no princípio da proporcionalidade. Assim, um duplo apenamento por autoridades administrativas diversas deve ser primeiramente avaliado à luz desse princípio, para que se verifique se houve ou não excesso punitivo.”⁶⁷

Conforme já explicitado, todavia, há situações em que a aplicação do *ne bis in idem* pode levar a uma situação de *underpunishment*.

Em se tratando de um cartel internacional, pode-se imaginar a situação em que um único acordo pode ter diferentes efeitos econômicos sobre os países envolvidos. Em um deles (país “x”), o volume de vendas do produto cartelizado pode ter sido enorme, afetando uma grande quantidade de consumido-

65. Nesse sentido, Wouter P. J. Wils, *Optimal antitrust fines: theory and practice*, cit., p. 19.

66. Multas excessivamente altas podem violar ditames legais de razoabilidade e proporcionalidade.

67. Ricardo Villas Bôas Cueva, *Autoridades administrativas independentes e o princípio do non bis in idem*. Palestra proferida no 2.º Seminário “Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional”, São Paulo, 4 e 5 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.iiede.org.br/arquivos/Autoridadesadministrativasindependenteseprincipiodononbisinidem-cueva.pdf>>.

res, ao passo que em outro (país “y”) as vendas seriam indiretas e o impacto do produto cartelizado não estaria tão claro.

Nesse caso, se uma multa for imposta pelo país “y”, pode ser que o seu valor não seja suficiente para coibir a prática da infração no país “x”. Nesse sentido, a aplicação do *ne bis in idem* enquanto proibição da dupla persecução não atingiria uma das finalidades do próprio princípio, que é evitar, em última instância, uma penalidade desproporcional, e tampouco produziria o *enforcement* da legislação no país “x” afetado.

Diante disso, conclui-se que a aplicação do princípio em sua versão total (proibição da dupla persecução e da dupla condenação) deve pressupor uma análise caso a caso, que leva em consideração o escopo da sanção imposta no exterior, o valor da multa e sua capacidade de coibir a conduta ilícita em outras jurisdições, bem como os reais efeitos da violação concorrencial sobre o país onde se deseja aplicar uma segunda condenação.

Considerando que as multas representam um instrumento para inibir condutas ilícitas, devem criar uma ameaça razoável de punição a agentes que violem as leis concorrenciais e seu valor monetário deve superar as expectativas de ganho desses agentes com a prática da infração.⁶⁸

Nesse sentido, se, analisados os efeitos de uma conduta sobre diversos países, concluir-se que a multa aplicada inicialmente por um deles não excede os ganhos auferidos globalmente pelo cartel, então a aplicação de uma condenação por um segundo país se faria legítima, desde que ele também observasse a multa que já foi aplicada em primeiro lugar e a considerasse como fator atenuante quando do cálculo da segunda pena a ser aplicada.

Note-se que todas essas considerações levam em conta a racionalidade por detrás do princípio e da aplicação das sanções em matéria antitruste.

Todavia, dependendo do critério que se adote para a análise de cartéis, essas conclusões poderão ser diversas. É isso o que se passará a examinar no tópico seguinte.

3.3 *Peculiaridades da Lei 8.884 e os critérios de análise de cartéis*

O art. 20 da Lei 8.884/1994 define como infração à ordem econômica “os atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir qualquer dos efeitos elencados nos incisos I a IV”.⁶⁹ A presença do

68. Nesse sentido, Wouter P. J. Wils, *Optimal antitrust fines: theory and practice*, cit., p. 12.

69. “I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – au-

conector “ou” no art. 20 abre espaço para a análise de infrações econômicas tanto sob a ótica *per se*, analisando-se, portanto, apenas o seu objeto, sem aprofundar a verificação de seus efeitos,⁷⁰ quanto sob a regra da razão, analisando-se, nesse caso, a produção de efeitos, reais ou potenciais, sobre o mercado e consumidores.

Embora a doutrina atual entenda ser “conclusão pacífica e resultado adquirido do Direito Brasileiro o não tratamento de qualquer conduta como um ilícito *per se*”, de maneira que todas devem estar “sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular à produção de algum efeito”,⁷¹ e embora decisões do CADE em casos de cartéis também defendam a aplicação da regra da razão,⁷² não se pode negar a presença de dois critérios na lei concorrencial: o da intencionalidade do ato e o de sua capacidade de produzir aqueles efeitos.

mentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

70. “Segundo a regra da ilegalidade *per se*, alguns tipos de condutas – tais como algumas espécies de acordos entre concorrentes – são consideradas ilícitos independentemente do contexto em que foram praticadas, ou mesmo dos efeitos obtidos, sejam eles danosos ou benéficos à concorrência. Quando a regra da ilegalidade *per se* é aplicada, a prática é considerada ilegal sem que para isso seja necessário investigar-se a estrutura do mercado ou o poder econômico detido pelo agente que pode até ser nenhum”. Sérgio Varella Bruna, *O poder econômico e a conceitualização do abuso em seu exercício*, São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 155.
71. Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial: as condutas*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 263. No mesmo sentido, Gesner de Oliveira entende que a então Resolução 20/1999 (hoje, parcialmente revogada pela Resolução 45/2007 do CADE) “consagrou a interpretação de que não há interpretação *per se* na legislação brasileira” (*Concorrência: panorama no Brasil e no Mundo*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 13).
72. A título ilustrativo, cite-se o voto do antigo Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto no Processo Administrativo 08012.002299/2000-18, ao analisar a conduta colusiva de postos de gasolina no município de Florianópolis: “Deve-se ressaltar a distinção importante entre a regra de identificação do ato anticoncorrencial pela evidência de que seu objeto é o efeito danoso à concorrência e a regra de condenação de conduta como anti-concorrencial ‘*per se*’. A regra de condenação de condutas ‘*per se*’ parte do pressuposto de que a conduta em questão não precisa ser examinada quanto aos seus efeitos, ainda que potenciais, porque tipicamente não encerra qualquer perspectiva de benefício colateral aos mercados, enquanto por outro lado, traz malefícios garantidos à concorrência. Na aplicação da regra ‘*per se*’ após evidenciada a conduta, a consideração de que qualquer outra circunstância adicional seria dispensada para a análise de mérito, em nome da economia e da conveniência administrativa./*Este, todavia, não é o caso da diretiva do art. 20 que, ao contrário, exige justamente a avaliação dos efeitos do compor-*

Percebe-se, então, certa indecisão na jurisprudência do CADE, que ora julga casos alegadamente sob o manto da regra da razão, quando na verdade utiliza-se do critério *per se*,⁷³ ora lança mão de ambos os parâmetros.⁷⁴

tamento guerreado sobre a concorrência, de acordo com as categorias dos incisos. Nesse sentido, as vias de prova de ato anti-concorrencial pela conjugação dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 adotam explicitamente a 'regra da razão' como metodologia geral de análise do mérito. Nesse espírito estão a exigência de prova da intencionalidade de efeito nocivo à concorrência ou de prova de potencialidade de geração de efeitos anti-concorrenciais para a identificação do ato infrativo” (grifo nosso).

73. No julgamento do caso do cartel das Britas (Processo Administrativo 08012.002 127/2002-14), a então Conselheira Elisabeth Farina afirma, em voto vogal, que “[...] provas conclusivas sobre a existência de conluio tais como atas de reunião, troca de emails, gravações de conversas, documentos escritos, são sempre as melhores evidências que se poderia encontrar, nada mais sendo necessário para comprovar a conduta. Nesse cenário, os estudos econométricos são absolutamente desnecessários. Assim, acompanho o Conselheiro-relator na visão de que tais estimativas são desnecessárias para a análise de casos com farta documentação que comprovam a organização cartelizada, *mesmo sem adotar o entendimento de que cartel é uma conduta per se*, mas que, uma vez comprovada sua organização, seus efeitos estarão enquadrados nos incisos I, II e IV do artigo 20”. O voto é paradoxal, pois não analisa sequer a potencialidade dos efeitos danosos da conduta à concorrência, presumindo sua ocorrência pela própria existência de um acordo. O voto do Conselheiro-relator Luiz Carlos Delorme Prado é mais transparente ao defender de forma patente a possibilidade de uma análise *per se* em cartéis *hard-core*. Segundo o relator, “o Cartel Clássico é uma das exceções no direito antitruste brasileiro em que pode ser caracterizado como ilícito *per se*, ou seja, é suficiente provar sua existência para determinar sua licitude”. Afirma ainda que “(...) cartéis, particularmente, cartéis clássicos são sem qualquer ambigüidade, nocivos ao bem estar dos consumidores, e são conseqüentemente um delito *per se*, sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão”.
74. Luiz Fernando Schuartz já reconheceu a falta de uma distinção precisa entre o uso da regra da razão e da regra *per se* (Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes in: Mário Luiz Possas (coord.), *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*, São Paulo: Singular, 2002, p. 61). Para tanto, recorreu a Herbert Hovenkamp, segundo o qual, “de fato, toda análise legal é *per se* em um grau ou outro. A regra *per se* afirma que, uma vez que sabemos de um determinado montante de práticas, podemos passar o julgamento de sua legalidade sem investigações suplementares. A diferença entre a regra *per se* e a regra da razão está na determinação do quanto precisamos saber antes de tomar tal decisão” (*Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, 2. ed., St. Paul (Minn.): West Group, 1999, Hornbook Series, p. 251).

A regra *per se* e a regra da razão parecem obedecer a dois raciocínios diversos. Ao passo que a primeira busca atingir a conduta em si, ou seja, em casos de cartéis, a mera existência de um acordo ilícito; a segunda parece querer mensurar os resultados, potenciais ou reais, do ilícito.

Assim, retomando-se os dois exemplos dados na introdução deste artigo, tem-se o seguinte:

No caso “a”, duas empresas x e y combinam, no Brasil os preços dos produtos que irão exportar para diversas jurisdições, entre elas EUA, Coreia do Sul, Japão e Indonésia (cartel de exportação), já existindo uma decisão condenatória nos EUA.

Se adotada a regra da *per se*, que prioriza o acordo em si, em detrimento de seus efeitos, pode-se dizer que a conduta já se encontra punida nos EUA, e a abertura de investigações sobre o mesmo acordo no Brasil violaria o *ne bis in idem*. Esse argumento é corroborado pela ideia de que “o princípio do *ne bis in idem* proíbe múltiplas condenações e penalidades para a mesma conduta, não meramente para os mesmos efeitos da conduta”.⁷⁵

No entanto, se adotada a perspectiva da regra da razão, na qual maior destaque é dado aos efeitos do cartel, pode ser que o nível da penalidade imposta nos EUA não seja suficiente para inibir a prática aqui no Brasil, de onde o acordo entre os agentes econômicos realmente se originou. Nesse sentido, considerando os fatores analisados acima, quais sejam a racionalidade do princípio do *ne bis in idem* e a finalidade das multas no *enforcement* da legislação antitruste, o mais adequado seria a aplicação da regra do *ne bis poena in idem* para apenas descontar a multa norte-americana daquela eventualmente aplicada pelo CADE, considerando que o cartel irradiou seus efeitos também para outras jurisdições, a saber: Japão, Indonésia e Coreia do Sul.

Por fim, no exemplo “b”, duas empresas x e y combinam, na Europa, os preços que irão praticar na Europa e em outras jurisdições, já existindo uma decisão condenatória da autoridade concorrencial europeia.

Nessa hipótese, novamente, se adotado o critério *per se*, pode-se dizer que o acordo já está punido, e considerando que eventual processo investigatório no Brasil limitar-se-á a constatar a existência do acordo, a imposição de uma nova penalidade também violaria o princípio do *ne bis in idem*.

Caso adotado o critério da razão, as autoridades brasileiras teriam, mais do que presumir os efeitos do cartel no Brasil, verificá-los efetivamente a fim de poderem analisar se o escopo e o valor da multa aplicada pela autoridade

75. Wouter P. J. Wils, 'The principle of 'ne bis in idem' in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis, cit., p. 19.

européia já teria sido suficiente para impor efeito inibitório à conduta ilícita também no Brasil. Do contrário, a aplicação do *ne bis poena in idem*, em detrimento do *ne bis in idem* revelar-se-ia mais apropriada.

Tudo isso revela que a indecisão do CADE, ora em analisar casos de cartéis sob a regra da razão, ora sob a ótica *per se*, causa grande insegurança jurídica também para efeitos da análise da aplicação do princípio do *ne bis in idem*.

A regra do *per se*, em razão do seu limitado espectro, que apenas se detém sobre a existência da conduta, sem considerar suas consequências reais, impõe uma compressão à própria justiça da decisão proferida, que, ausente de medidas de influência da conduta na concorrência brasileira, fica à deriva na questão da proporcionalidade e razoabilidade, itens tão importantes e caros na distribuição da jurisdição contemporânea e que se revelam balizadores da melhor justiça.

Em outras palavras, quando não se analisam os efeitos da conduta no Brasil, a análise da proporcionalidade da multa a ser aplicada fica prejudicada, assim como qualquer tentativa de considerar a penalidade pecuniária imposta em outras jurisdições como fator atenuante.

Assim, a adoção da regra da razão, com a análise mais aprofundada pelo órgão regulador de todo o encadeamento de causa e efeito da eventual conduta ilícita na análise de cartéis, mostra-se mais pertinente e possibilita a aplicação mais adequada do *ne bis in idem*, de forma ampla ou, ao menos, em sua forma mitigada, o *ne bis poena in idem*, uma vez que possibilita um cálculo mais transparente da proporcionalidade e razoabilidade da multa aplicada.

4. Conclusão

Conforme se verificou, o princípio do *ne bis in idem* é amplamente aceito no ordenamento jurídico brasileiro tanto no seara do Direito Penal quanto no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, do que se infere que sua aplicação pelo CADE para reconhecer sentenças proferidas no exterior em relação aos mesmos agentes e fatos investigados no Brasil, para fins de consideração de *bis in idem*, é perfeitamente possível e desejável.

Apesar de inexistir uma concepção do princípio como regra de direito internacional, isso não interfere na adoção do princípio no Brasil em relação a julgamentos estrangeiros que tenham o mesmo escopo das investigações conduzidas no País, uma vez que o *ne bis in idem* já está internalizado no Direito pátrio sem quaisquer distinções sobre sua aplicabilidade em relação a decisões proferidas por autoridades dentro de um mesmo Estado ou em Estados diferentes.

Sua aplicação, em sua versão integral, ou seja, a proibição de dupla persecução e de dupla condenação, pode, entretanto, ensejar algumas situações de impunidade, sobretudo quando a autoridade que proferiu a primeira decisão só levou em conta os efeitos do ilícito sobre seu território, aplicando uma condenação muito baixa, o que poderia levar a um *underpunishment* em outros países.

Assim, uma análise caso a caso, com base na própria racionalidade que permeia o *ne bis in idem* e na finalidade das multas em matéria antitruste, deveria ser feita para verificar qual face do princípio deverá ser aplicada.

Ademais, concluiu-se que os critérios imprecisos adotados pelo CADE na análise de cartéis geram insegurança também na aplicação do princípio em estudo, na medida em que interferem na apreciação da proporcionalidade da multa aplicada.

Por fim, vale ressaltar que os pontos analisados neste estudo não pretendem, de modo algum, esgotar as questões que o princípio do *ne bis in idem* aplicado a casos de cartéis internacionais levantam, as quais são inúmeras.

Buscou-se, aqui, abordar aspectos considerados importantes para uma análise inicial em, na esperança de que gerem algum tipo de reflexão na comunidade jurídica e possam contribuir para a análise de casos presentes e futuros no SBDC.

Bibliografia

- ALBERO, Ramón García. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et al. (org.). *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muniz*. Elcano: Editorial Arazandi, 2001.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- CARNEIRO, Ricardo. Responsabilidade administrativa ambiental: sua natureza subjetiva e os exatos contornos do princípio do *non bis in idem*. In: WERNECK, Mario et al. (coord.). *Direito ambiental visto por nós advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- CONWAY, Gerard. *Ne bis in idem in international law*. *International Criminal Law Review*, n. 3, 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1161266>.

- COUNCIL OF EUROPE. *Explanatory Report on the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*, 1972.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Autoridades administrativas independentes e o princípio do non bis in idem*. Palestra proferida no 2.º Seminário “Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional”, São Paulo, 4 e 5 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.iiede.org.br/arquivos/Autoridadesadministrativasindependenteseprincipiodononbisinidem-cueva.pdf>>.
- GASPAR, Renata Alvares. *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2009. Col. Atlas de Arbitragem.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 2. ed. St. Paul (Minn.): West Group, 1999. Hornbook Series.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4, e ano V, n. 5, 2003-2004. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/07.pdf>>.
- LEI e política da concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares, 2010, OCDE/IDB, Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/4/41/45154401.pdf>.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.
- MOROSIN, Michele N. Double jeopardy and international law: obstacles to formulating a general principle. *64 Nordic Journal of International Law*, 1995. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/nordic64&div=19&id=&page=>>>.
- MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho. Responsabilidade administrativa por dano ambiental. *Revista Âmbito Jurídico*, n. 53, ano XI, maio 2008, ISSN – 1518-0360. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2645>.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- OEHLER, D. The European System. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). *International criminal law: procedural and enforcement mechanisms*. 2. ed. 1999. v. 2.
- OLIVEIRA, Gesner de. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

PROPOSAL for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty and amending Regulations (EEC) N. 1017/68, (EEC) N. 2988/74, (EEC) N. 4056/86 and (EEC) N. 3975/87 (COM(2000)/582/Final). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0582:FIN:EN:PDF>>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes. In: Possas, Mário Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

VERVAELE, John A. E. The Transnational ne bis in idem principle in the EU mutual recognition and equivalent protection of human rights. *Utrecht Law Review*, v. 1, Issue 2, Dec. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=991551>.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WILS, Wouter P. J. Optimal antitrust fines: theory and practice. *World Competition*, v. 29, n. 2, June 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102&http://www.google.com/search?hl=en&q=Optimal+Antitrust+Fines%3A+Theory+and+Practice&btnG=Search&aq=f&aqi=g1&aql=&oq=&gs_rfai=>>.

_____. The principle of 'ne bis in idem' in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis. *World Competition*, v. 26, n. 2, 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319252>.

Jurisprudência

BRASIL. CADE. Averiguação Preliminar 08012.008734/2007-94, Representante: SDE, Representada: Unimed de Baixa Mogiana, j. 07.05.2008.

_____. Processo Administrativo 08012.0012023/99-71, Representante: Polymed-Polyclínica Médica S/C Ltda., Representada: Unimed de Chapecó – Cooperativa de Trabalho Médico Regional Oeste, j. 13.02.2002.

_____. Processo Administrativo 08012.002299/2000-18, Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Representada: Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis e outros, j. 27.03.2002.

- _____. Processo Administrativo 08012.002127/2002-14, Representante: SDE, Representada: Sarpav Mineradora Ltda./Minerpav Mineradora e outras, j. 01.02.2006.
- _____. Processo Administrativo 08012.007413/2003-49, Representante: José de Jesus Fernandes da Costa da Silva, Representada: Unimed de Nova Friburgo – Cooperativa de Trabalho, Relator Luiz Carlos Deorme Prado, j. 12.04.2006.
- _____. Processo Administrativo 08012.004599/1999-18, Representante: SDE, Representada: Basf Aktiengesellschaft e outras, j. 11.04.2007.
- _____. Processo Administrativo 08012.002440/2005-97, Representante: Associação de Hospital de Caridade Ijuí, Representada: Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. – Unimed Ijuí, j. 21.05.2008.
- _____. Processo Administrativo 08012.002499/2003-13, Representante: SDE, Representada: Central de Outdoor, j. 26.08.2009.
- Caso 7/72, *Boehringer Mannheim GmbH v. Commission of the European Communities*, ECR, 1281, j. 14.12.1972.
- Caso 14/68, *Wilhelm v. Bundeskartellamt*, ECR 3, j. 13.02.1969.
- Caso T-224/00, *Archer Daniels Midland Co. and Archer Daniels Midland Ingredients Ltd. v. Commission of the European Communities*, Court of First Instance, Fourth Chamber, j. 09.07.2003.
- Joint Cases T-236/01, T239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, Tokai Carbon Co. Ltd. and Others v. Commission of the European Communities*, Court of First Instance, Second Chamber, j. 29.04.2004.
- Libman v. The Queen*, [1985] 2 Supreme Court Reports 178.
- R. v. Van Rassel* [1990] 1 Supreme Court Reports 225.
- STF, Ext 621, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 26.04.1995, DJ 12.05.1995.
- STF, Ext 688, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 09.10.1996, DJ 22.08.1997.
- STF, Ext 890, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 05.08.2004, DJ 28.10.2004.
- STJ, REsp 1.087.892, Min. Benedito Gonçalves, 1.^a Turma, j. 22.06.2010, DJe 03.08.2010.
- TRF2, Agravo 2003.02.01.003048-4, Relatora Desembargadora Federal Vera Lucia Lima, j. 31.08.2005, DJU 15.09.2005.

RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL: ELEMENTOS DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E ANÁLISE CRÍTICA DOS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

LÍVIA CRISTINA LAVANDEIRA GÂNDARA DE CARVALHO

Resumo:

O presente artigo aborda as decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o tratamento a estas dispensado pelo Poder Judiciário. Considerando-se a classificação dos atos administrativos de acordo com o seu grau de discricionariedade, analisam-se as decisões do CADE e, conseqüentemente, como o Poder Judiciário as interpreta com o objetivo de validar ou desconstituir tais decisões. Por fim, analisa-se o controle exercido pelo Poder Judiciário a partir dos pressupostos da análise econômica do direito.

Introdução

Nas últimas duas décadas, houve um desenvolvimento bastante significativo da atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), o que pode ser atribuído, principalmente à promulgação da Lei 8.884/1994. Com o advento desta Lei, a repressão às condutas contrárias à ordem econômica aumentou expressivamente e, como consequência desse movimento, houve um aumento da repercussão das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na sociedade.

Enquanto na esfera administrativa – âmbito de atuação dos órgãos do SBDC – é visível o avanço nas técnicas de investigação e na quantidade de processos de ordem concorrencial, verifica-se que esses litígios ainda são pouco frequentes na esfera judicial no que concerne à responsabilização civil pela prática de condutas anticompetitivas. Nesse sentido, tudo indica que as vítimas que sofreram danos decorrentes da prática de ilícitos concorrenciais parecem ainda desconhecer as possibilidades de requerer a sua reparação civil em juízo.

A presente monografia objetiva expor o cenário brasileiro atual acerca da discussão sobre responsabilidade civil concorrencial pela jurisprudência com base em um levantamento realizado nos principais tribunais do País das ações que discutem o tema. Para esse fim, o presente trabalho será dividido em duas partes: (i) a configuração da responsabilidade civil concorrencial; e (ii) o cenário brasileiro atual acerca da responsabilização por ilícitos concorrenciais

Com isso, pretende-se que com este estudo seja fomentado o debate doutrinário sobre um tema de extrema relevância para a dissuasão das práticas ilícitas sob o aspecto concorrencial, em contribuição à coação já realizada no âmbito público pelo SBDC.

1. A caracterização da responsabilidade civil concorrencial

A violação da Lei 8.884/1994 pode gerar efeitos nas três esferas de responsabilização: penal, administrativa e civil. Essas esferas são dotadas de um elevado grau de independência entre si,¹ especialmente as esferas civil e penal da esfera administrativa. Dessa forma, verifica-se a possibilidade jurídica de discussão simultânea de demandas idênticas nessas três searas sem que reste configurado *bis in idem*.²

Muito embora o ilícito traga consequências dentro dessas três esferas do direito, o enfoque do presente estudo será precipuamente na esfera civil, com algumas eventuais menções à esfera administrativa, restando excluída a análi-

1. CC/2002: “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. As esferas civil e penal guardam um certo grau de independência, conforme disposição da primeira parte do art. 935 do Código Civil, mas têm o seu grau de independência reduzido em virtude da segunda parte desse mesmo dispositivo. Decorre da leitura da segunda parte desse dispositivo que, “em caso de decisão condenatória [no juízo penal], tais questões (existência do fato e sua autoria) não podem mais ser objeto de discussão no juízo cível, que se limitará a avaliar a existência e a extensão do dano sofrido pela vítima”. SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, p. 420, apud TEPEDINO, Gustavo José Mendes; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p. 840.
2. Os tribunais vêm reconhecendo a possibilidade do ingresso de demandas idênticas, ou seja, mesmos fatos e mesmas matérias de direito, em esferas diferentes, conforme constatado mediante a pesquisa de jurisprudência em que pelo menos nove casos dentre vinte e dois estavam sendo discutidos ou haviam sido discutidos em outra esfera quando as partes ingressaram com a nova demanda em esfera distinta.

se de questões referentes à esfera penal. Enquanto as esferas penal e administrativa são direcionadas à tutela do ambiente público, ou seja, à relação entre o infrator e a sociedade como um todo, a responsabilidade civil direciona-se ao ambiente privado, demonstrando sua aplicação nas relações entre os indivíduos e/ou pessoas jurídicas privadas.

Conforme já ressaltado na introdução deste estudo, é notório o crescimento das demandas encaminhadas ao SBDC no contexto brasileiro atual,³ seja por agentes privados (p. ex., denúncias encaminhadas por cidadãos ou associações), seja por entes públicos, como no caso do Ministério Público. Além disso, os órgãos de defesa da concorrência brasileiros estão cada dia mais atuantes no que diz respeito à proteção da Lei Antitruste.

Contudo, com relação à demanda dos agentes privados para que o Poder Judiciário determine o cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência ou para requerer a reparação decorrente de um descumprimento a esta Lei, note-se que ainda é uma prática pouco frequente refletida no baixo número de ações que discutem ou já discutiram o tema.⁴

Com base neste cenário, o enfoque deste estudo será justamente nas relações privadas entre os agentes econômicos, sejam eles consumidores ou concorrentes, que foram de alguma forma lesados pelo descumprimento da Lei Antitruste e que podem, portanto, buscar a responsabilização dos causadores do ilícito.

A Lei 8.884/1994 prevê em seu art. 29⁵ a possibilidade do ingresso em juízo para requerer não só a cessação das práticas que constituam infração à ordem econômica como também pleitear indenização pelos danos sofridos.

3. O número de Averiguações Preliminares distribuídas nos primeiros seis anos da década de 2000 não passava de 55 casos por ano. Nos últimos quatro anos a média de averiguações distribuídas é superior a 70 casos ao ano, reportando um crescimento superior a 20%, com base no relatório *CADE em números*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1e1e1ee229e7280252f5>>. Acesso em: 12 out. 2011.
4. Conforme a pesquisa realizada neste estudo, foram encontradas apenas 22 ações acerca da responsabilização pela prática de condutas anticompetitivas.
5. “Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do 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 processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”. O Projeto de Lei 3.937/2004, recém-aprovado pelo Congresso Nacional, não altera substancialmente essa norma.

Nesse sentido, por mais que a Lei de Defesa da Concorrência disponha sobre a responsabilização civil, deve ser ressaltado que o Judiciário é o órgão exclusivamente competente para julgamento dessa matéria.

Além disso, é importante ressaltar que o dispositivo da Lei Antitruste que versa sobre a possibilidade de ressarcimento pelo dano decorrente da prática do ilícito antitruste não exclui a aplicação do Código Civil ou muito menos acrescenta elementos diferentes no contexto dessa responsabilização. Ele apenas reforça o disposto neste último instrumento. Assim, para melhor compreensão da responsabilidade civil concorrencial, é necessária uma breve introdução aos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, conforme exposto a seguir.

Para Sergio Cavalieri Filho, “a responsabilidade civil é um fenômeno complexo, oriundo de requisitos diversos intimamente unidos; surge e se caracteriza uma vez que esses elementos se integram”⁶. Essa afirmativa faz referência justamente aos elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil, que, conforme disposto no ordenamento brasileiro, consistem na prática do ato ilícito, na ocorrência de um dano e, por fim, na demonstração do nexo de causalidade unindo esses dois primeiros elementos. Somente com a constatação desses três elementos é que surge o dever de responsabilização e, conseqüentemente, o dever de reparação. Além disso, com base no art. 927 do Código Civil, a obrigação de reparar um dano causado por terceiros é, em regra, subjetiva.⁷ Isso significa dizer que, para imputar responsabilidade, além desses três elementos indicados acima, é necessário que o ato de ação ou omissão praticado pelo agente, seja ele comissivo ou omissivo, deverá guardar como característica fundamental o dolo ou a culpa.

1.1 O ilícito – diferença entre o ato ilícito concorrencial (administrativo) e o ato ilícito para fins de responsabilização civil concorrencial

A definição legal de ato ilícito, componente essencial da responsabilidade civil, está positivada no art. 186 do Código Civil, o qual dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

6. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

7. A responsabilização civil é, em regra, subjetiva, mas admite, nas hipóteses específicas previstas no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a aplicação da responsabilidade objetiva.

Pela leitura do artigo e em conformidade com o entendimento doutrinário,⁸ é possível decompor o ato ilícito em três elementos: (i) conduta culposa ou dolosa contrária à norma jurídica, (ii) dano e (iii) nexo de causalidade.

Note-se que os elementos do ato ilícito são idênticos aos elementos da responsabilidade civil. Existe neste ponto uma confusão doutrinária com relação a esses institutos muito em razão da forte ligação entre esses elementos, conforme atesta Cavalieri.

Observe-se que a caracterização do ato ilícito pode ocorrer com a simples violação decorrente de conduta antijurídica. Entretanto, é importante destacar que essa definição de ato ilícito diverge da caracterização do ato ilícito para fins de responsabilização civil. A simples violação da norma, sem dúvida alguma, configura ato ilícito. Contudo, o ato ilícito para fins de responsabilização civil, conforme a leitura do art. 186 e reforçada pelo art. 927 do Código Civil, apenas resta configurado se, além da violação ao dispositivo legal, for verificado o dano. O próprio dispositivo, ao optar pela utilização da conjunção aditiva, deixa clara a necessidade da presença simultânea desses dois elementos.

Tendo em vista esses aspectos, é importante estabelecer as diferenças entre o ilícito concorrencial e o ilícito civil.

Enquanto o ilícito concorrencial (de natureza administrativa) é caracterizado pela simples violação aos dispositivos da Lei 8.884/1994, o ilícito civil, ato ilícito para fins de responsabilização na esfera civil, conforme disposto no Código Civil, requer além da violação do dispositivo, a verificação do dano.

Também é importante destacar que, ao contrário do ilícito concorrencial, o ilícito civil não comporta a ideia de potencialidade de prejuízo ou limitação à livre concorrência da conduta do agente que o ilícito concorrencial permite. A Lei 8.884/1994 dispõe em seu art. 20º que quaisquer atos que tenham por objeto ou possam prejudicar o ambiente competitivo, ainda que não alcancem esses efeitos,¹⁰ poderão ser considerados infração à ordem econômica. Dessa forma, o ilícito concorrencial, seja cartel, seja fixação do preço de revenda,

8. TEPEDINO, Gustavo José Mendes; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, cit., v. 1, p. 332-340.

9. “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

10. Efeitos estes previstos no art. 21 da referida Lei.

entre outras práticas, guarda semelhança com o ilícito penal no sentido de poder ser configurado mediante a mera tentativa (mas dele se afasta, por outro lado, porque o ilícito concorrencial caracteriza-se de forma objetiva, isto é, independentemente de dolo ou culpa, que são essenciais à caracterização do ilícito penal). O ilícito civil, por sua vez, requer a concretização do ilícito para que reste configurado, inadmitindo a hipótese de tentativa.

De acordo com Cavalieri Filho, o ilícito civil “é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não simplesmente prometa ou ameace infringi-lo [...]”¹¹ Assim, nota-se que enquanto o ilícito concorrencial pode ser atribuído com base na potencialidade lesiva da conduta, o ilícito civil requer a concretização do ilícito e a ocorrência do dano para ser caracterizado.

1.2 O dano

O dano, que também é essencial para a responsabilização civil, caracteriza-se por ser a consequência concreta da lesão a um bem jurídico de caráter patrimonial ou moral. Sabe-se que uma determinada conduta poderá simultaneamente lesar bens jurídicos diferentes, possibilitando, conforme entendimento consolidado pelos tribunais,¹² a cumulação da condenação por danos morais e patrimoniais.

Para a responsabilização civil decorrente de ilícito concorrencial, será necessário comprovar o dano efetivo, ou seja, que o dano realmente ocorreu, não sendo admitidas as hipóteses aceitas nas esferas administrativa¹³ e penal,¹⁴ em que o dano pode ser meramente potencial.

Outro ponto que merece destaque é o tipo de dano tutelado nas duas esferas. Na esfera administrativa, no âmbito do SBDC, a tutela realizada por esses órgãos diz respeito ao ambiente concorrencial, ou seja, o dano direta-

11. CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 12.

12. Súmula 37 do STJ.

13. Na esfera administrativa, o art. 20 da Lei 8.884/1994 permite expressamente que o dano à concorrência seja potencial ao dispor que serão condutas contrárias à ordem econômica independentemente dos efeitos por ela alcançados: “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, *que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados.*”

14. Nas palavras de Cavalieri Filho: “ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano”. CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 73.

mente tutelado é o dano à concorrência.¹⁵ Já a tutela almejada junto ao Poder Judiciário diz respeito aos prejuízos individuais ou coletivos gerados pela conduta anticompetitiva.

1.3 A culpa

Conforme já mencionado, a obrigação de reparar um dano causado por terceiros é, em regra, subjetiva. Isso significa dizer que para a responsabilização do agente é indispensável comprovar que o ato ilícito causador do dano decorreu por culpa desse agente. A responsabilidade subjetiva é, portanto, fundada na noção de culpa.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, somente é aplicada se houver dispositivo que expressamente invoque sua aplicação, ou quando o risco seja inerente à atividade empresarial desenvolvida.¹⁶ Para que reste configurada a responsabilidade objetiva, é dispensado o elemento culpa ou dolo, requerendo-se apenas a ocorrência do ilícito, a existência do dano e de nexo de causalidade entre o ato (ou omissão) e o dano causado.

A partir do exposto, muito embora atualmente exista uma tendência atual cada vez maior à flexibilização do elemento culpa para a caracterização da responsabilidade,¹⁷ pode-se dizer que a aplicação da responsabilidade subjetiva é regra, em nosso ordenamento, enquanto a objetiva é exceção prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Ainda com relação ao elemento culpa, é importante frisar que nos casos dos ilícitos concorrenciais não é necessária a sua comprovação para que se caracterize uma infração à ordem econômica, conforme expressamente disposto na Lei 8.884/1994.¹⁸ A partir da leitura desse dispositivo, alguns autores¹⁹ ex-

15. É importante ressaltar que a preocupação com o dano direto à concorrência não exclui a tutela indireta dos danos aos consumidores.

16. Nesse último sentido, dispõe o art. 927 do CC/2002, parágrafo único: “Art. 927. [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

17. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9-49.

18. “Art. 20. Constituem infração a ordem econômica, *independentemente de culpa*, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados.”

19. BUCHAIN, Luiz Carlos; NUSDEO, Fábio. *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre/RS: Nova Prova, 2006, p. 135-143; MAGGI, Bru-

traem a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil objetiva nos casos de responsabilização pelo ilícito antitruste.²⁰

Contudo, apesar da dedução realizada ser bastante interessante, é necessário que a tese seja analisada com cautela. O dispositivo da Lei 8.884/1994 prevê que a caracterização do ilícito concorrencial independe do elemento culpa. Isso não implica a automática conclusão de que a responsabilização civil nos casos de violação antitruste independa de culpa.

Conforme já explicitado, e em conformidade com o art. 927 do Código Civil, a responsabilidade civil resta caracterizada quando um agente pratica culposamente conduta antijurídica, acarretando um dano. A responsabilidade objetiva só pode ser atribuída aos casos explicitados no parágrafo único do referido dispositivo, ou seja, mediante lei específica que atribua esse tipo de responsabilidade, ou então nos casos de risco da atividade. Assim, sob o aspecto formal, não nos parece correta a aplicação indiscriminada da responsabilidade objetiva no tocante à responsabilização civil decorrente da prática de ilícitos concorrenciais. Veja-se que o art. 20 da Lei 8.884/1994 faz referência à responsabilização na esfera administrativa, e não especificamente à responsabilização na esfera cível. Essa delimitação está evidente na redação dada pelo art. 1.º da Lei 8.884, na medida em que almeja proteger o direito difuso da defesa da concorrência.

Dessa forma, entende-se que a responsabilidade será sempre subjetiva nos casos de responsabilização civil por ilícito concorrencial, como, por exemplo, nas demandas em que apenas concorrentes figurem no pólo ativo da demanda. Por outro lado, a responsabilidade será objetiva nas hipóteses expressamente previstas na Lei, tais como nas quais figurarem consumidores²¹ e de fato houver relação de consumo, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor.²²

no Oliveira, *O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, p. 170-176. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 7 abr. 201.

20. “Nos casos de prática de cartel, independentemente do risco, cuja teoria mais abrangente (risco da atividade) poderia eliminar a necessidade da análise de culpa, o art.16 c/c o art. 20 da Lei 8.884/94 determina que a responsabilidade civil pelos atos praticados é objetiva.” Idem, *ibidem*, p. 175.
21. Consumidores conforme previsão do art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor.
22. Com base na análise dos julgados em que é reconhecida a responsabilidade civil por risco do negócio, apesar de não ter sido encontrado nenhum caso específico sobre condutas anticompetitivas, é possível inferir que esse instituto não seria aplicável nesses casos. Não parece adequado o argumento de que a prática de uma conduta anticompetitiva seja inerente a uma determinada atividade negocial.

1.4 *Nexo de causalidade*

O nexo causal é outro elemento necessário à responsabilização civil do agente, atuando como elo entre o ilícito praticado e o dano ocorrido. Para Cavalieri, o nexo de causalidade “é o vínculo, a ligação, a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”. Existem diversas teorias sobre a atribuição do nexo de causalidade, mas a teoria acolhida pela jurisprudência brasileira é a teoria da causalidade adequada. A aplicação dessa teoria requer a análise de todas as condições que concorreram para o resultado danoso, seguida da identificação da causa mais adequada à produção dos efeitos verificados.²³

Demonstrados os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil concorrencial, a seguir será demonstrado o cenário brasileiro atual com relação às demandas que requerem a reparação civil dos danos acarretados por condutas anticompetitivas.

2. **O cenário atual das ações judiciais que versam sobre responsabilização civil decorrente de ilícito concorrencial no Brasil**

No Brasil, o tema da responsabilização civil resultante da prática de ilícitos concorrenciais é pouco conhecido. A literatura é bastante incipiente e, ao que tudo indica, ainda não foram realizados levantamentos ou estudos quantitativos dos litígios judiciais que discutem o tema.²⁴

Dessa forma, visando justamente traçar o panorama brasileiro acerca do assunto e identificar os principais problemas enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro, foi necessário realizar um levantamento das ações judiciais findas e que ainda estão em curso nos principais tribunais brasileiros sobre responsabilização civil dos agentes que supostamente incorreram na prática de alguma conduta anticompetitiva dentre as elencadas na Lei 8.884/1994.

A pesquisa foi realizada nos Tribunais Federais²⁵ utilizando ferramenta de busca de jurisprudência unificada, assim como no Superior Tribunal de

23. A discussão das teses relativas ao nexo de causalidade foge ao escopo da presente monografia. Para maior aprofundamento, remete-se o leitor ao trabalho de: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

24. Nesse sentido: “However, there are no available records of how many such private cases have been filed and Brazilian authorities believe that the number is small”. CRANE, Daniel A. Private enforcement against international cartels in Latin America: a U.S. perspective, 2008. *Cardozo Legal Studies Research Paper* n. 231. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1120069>>. Acesso em: 12 out. 2011.

25. O enfoque nos Tribunais Federais se dá em razão da intenção de filtrar os casos em que o CADE deve ser intimado, conforme disposição do art. 89 da Lei 8.884,

Justiça e no Tribunal Federal.²⁶ Também foram utilizados os dados referentes às ações judiciais ajuizadas apontadas em seção específica do *site* da Secretaria de Direito Econômico,²⁷ bem como foram observadas, nas notas de instauração das principais investigações listadas por esta Secretaria, menções a processos judiciais. Diversas demandas foram encontradas por intermédio do cruzamento de dados, ou seja, menções a outros casos no âmbito daqueles já encontrados. Por fim, algumas demandas foram localizadas a partir de notícias de jornal ou artigos sobre o assunto.²⁸

O resultado quantitativo desta pesquisa impressiona na medida em que nos últimos dez anos (período compreendido entre 2001 e 2011) foram encon-

caso tenha interesse em intervir como assistente litisconsorcial. A presente pesquisa contabilizou também: (i) as demandas discutidas nos Juízos estaduais que se relacionam de alguma forma com os casos encontrados nas demandas propostas perante a Justiça Federal; (ii) as demandas apreciadas pelos Tribunais Superiores mediante recurso; e (iii) as que foram averiguadas no âmbito do SBDC.

26. As páginas eletrônicas pesquisadas foram:

Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>), Superior Tribunal de Justiça (http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp), Portal da Justiça Federal

(<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>) e Portal do Ministério da Justiça – SDE (<http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ87802C87ITEMID1ED3EAFEEFF14EE196E2CBAA71FA4EA5PTBRNN.htm>).

Os termos utilizados para a realização da pesquisa foram: “cartel”, “abuso de posição dominante”, “8884”, “antitruste”, “defesa da concorrência” e “abuso de poder econômico”.

27. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ87802C87ITEMID1ED3EAFEEFF14EE196E2CBAA71FA4EA5PTBRNN.htm>>. Acesso em: 13 out. 2011.

28. REsp 677.585/RS, STJ; Ação Civil Pública (ACP) 7099345-90.2009.8.13.0024, 28.a Vara Cível de Belo Horizonte; ACP 053/1.03.0002071-0, TJRS; ACP 027/1.05.0004158-2, TJRS; ACP 032/1.03.0005173-1, TJRS; ACP 0000233-25.2011.4.03.6100, TJSP; ACP 044/1.06.0002731-1, TJRS; Apelação 70018077529, TJRS; Apelação 990.10.279201-3, TJSP; ACP 0029912-22.2001.403.6100, 14.ª Vara Cível Federal de SP; Ação Ordinária 002406984815-8, 11.ª Câmara Cível de Belo Horizonte; Apelação 1.0702.02.002684-6/001, TJMG; Apelação 2.0000.00.514885-2/000, TJMG; Apelação 1184536-0/4, TJSP; Apelação 1057638-0/6, TJSP; Apelação Cível 70033651423, TJRS; REsp 1.181.643-RS, STJ; ACP 2008.71.07.001547-0, TRF4; ACP 2001.70.01.008206-8, TRF4; ACP 2002.72.07.000694-3, TRF4; ACP 2002.61.17.000769-6, TRF3; e ACP 2003.72.05.006266-5, TRF4.

trados somente 22 casos²⁹ que discutiam o tema, sendo 13 por meio de ação coletiva e 9 demandas individuais. Dentre esses 20 casos, 8 ações ainda estão em curso e 14 foram encerradas.³⁰ Em apenas quatro julgados houve condenação em razão da prática de atos anticompetitivos, tendo-se determinado a cessação da prática e o ressarcimento pelos danos gerados em função desses atos.

Um número considerável de ações (nove), incluindo dois casos em que houve condenação, discute a prática de imposição conjunta de sobrepreço em postos de combustíveis (cartel). Ainda que a grande maioria das demandas relacione-se aos cartéis no mercado de revenda de combustíveis, essa conduta também é objeto de ações em outras atividades econômicas.

Vale destacar que alguns dos casos encontrados na pesquisa já foram ou estão sendo objeto de discussão na esfera administrativa, no âmbito do SBDC. Ao todo, são nove ações judiciais cujo litígio foi ou está sendo discutido pelos órgãos de defesa da concorrência brasileiros,³¹ de modo que, de outro lado, observa-se que a maioria das ações judiciais (13), não decorre de manifestações previamente observadas na esfera administrativa.

Conforme já ressaltado, a responsabilização perante a esfera administrativa de um ilícito concorrencial não implica a imediata responsabilização na esfera civil. Para ilustrar essa assertiva, merece destaque o caso do cartel dos

-
29. Em razão de uma peculiaridade verificada nas cidades de Porto Alegre e Caxias do Sul, onde o Ministério Público ajuizou diversas demandas sobre o mesmo caso com o intuito de separar os réus em processos distintos, para fins da análise ora empreendida esses casos foram considerados, em conjunto, como sendo apenas uma demanda. Isso porque os processos não foram apensados e correm separadamente, dificultando a localização de todas as demandas referentes a esses casos. A identificação de que os processos versavam sobre o mesmo caso se deu em razão da menção ao percentual idêntico de margem de lucro aplicado pelos revendedores de combustíveis nesses municípios.
30. Foram consideradas encerradas não só as decisões arquivadas, como também aquelas em que transcorreu o prazo para recurso e a parte não recorreu.
31. ACP 2003.72.05.006266/SC TRF4 (abuso de posição dominante no setor de TV a cabo no município de Blumenau); REsp 677.585/RS, STJ (cartel dos cegonheiros); ACP 70999345-90.2009.8.13.0024, TJMG (cartel dos gases); ACP 032/1.03.005173-1, TJRS (cartel dos mineradores de areia do Rio Jacuí); ACP 0000233-25.2011.4.03.6100, TJSP (cartel dos gases); ACP 0029912-22.2001.403.6100, 14.^a Vara Cível de SP (cartel dos genéricos); Ação Ordinária 002406984815-8, 11.^a Câmara Cível da comarca de Belo Horizonte (cartel dos vergalhões); REsp 1.181.643/RS, STJ (abuso de posição dominante na cobrança de tarifas portuárias); e ACP 2008.71.07.001547-0 (cartel de postos de combustíveis de Caxias do Sul).

genéricos.³² Nesse caso, houve condenação pelo CADE aos laboratórios farmacêuticos que faziam reuniões com o intuito de impor dificuldades à entrada de medicamentos genéricos no mercado farmacêutico nacional. Enquanto na esfera administrativa concluiu-se que houve a prática do ilícito, no Judiciário, por sua vez, a ação civil pública ajuizada com o intuito de responsabilizar civilmente os agentes que cometeram o ilícito concorrencial foi julgada improcedente em razão principalmente da não ocorrência do ilícito civil (ato ilícito) e da ausência de comprovação dos danos.³³

Atendo-se ao propósito de traçar um panorama das demandas que discutem a responsabilização civil pela prática de ilícitos antitruste, é necessário apresentar alguns dos principais problemas identificados a partir da análise desses casos, os quais merecem destaque em razão da frequência com a qual aparecem.

O primeiro grande problema identificado em pelo menos cinco dos 22 casos,³⁴ ou seja, 23% dos casos, diz respeito à competência do juízo para analisar o litígio. Em algumas decisões³⁵ a competência é declinada em razão da matéria objeto da discussão, que pode ser direito do consumidor, e nesse caso seria direcionada ao juízo privado, ou intervenção no domínio econômico, caso em que deveria ser direcionada ao juízo público.

Ainda na seara da competência, outro fator que não aparenta estar pacificado é a obrigatoriedade da notificação do CADE para atuar como assistente processual nas demandas que versem sobre questões concorrenciais. Frequentemente se discute nos casos se o comparecimento do CADE nos autos como assistente implica o deslocamento da competência para Tribunais Federais.³⁶

32. Processo Administrativo 08012.009988/1999-48, julgado pelo CADE.

33. Para maiores informações sobre as diferenças entre as duas análises, nas esferas administrativa e civil, vide: PAGOTTO, Leopoldo. Aspectos de direito econômico da sentença da ação civil pública proposta contra o alegado cartel dos genéricos. *Revista do IBRAC*, São Paulo, n. 18, 2010.

34. Diante da dificuldade de acesso ao inteiro teor de todas as peças processuais em alguns tribunais, não é possível precisar em quantos casos houve a discussão sobre a competência do juízo público ou privado. A discussão mencionada foi identificada em quatro casos, podendo este número ser maior.

35. REsp 677.585/RS, STJ; ACP 7099345-90.2009.8.13.0024, 28.a Vara Cível de Belo Horizonte; ACP 053/1.03.0002071-0, TJRS; ACP 032/1.03.0005173-1, TJRS; e ACP 2002.72.07.000694-3, TRF4;

36. Nesse sentido, vale observar o trecho da Ação Civil Pública 2008.71.07.001547-0, TRF4, na qual o juiz Federal declina sua competência conforme trecho a seguir: “Neste passo, não tendo sido admitido o ingresso da autarquia federal na relação

Com relação a esse tema, a jurisprudência vem-se posicionando no sentido de que, se a União Federal ou o CADE atuar efetivamente como assistente, consoante disposição do art. 89 da Lei 8.884, ou qualquer outra forma prevista nos art. 109, inc. I, da CF, a competência será dos Tribunais Federais. Entretanto, em alguns casos³⁷ a competência para o Juízo Federal foi atribuída pelo fato do autor ser o Ministério Público Federal entendendo-se que o interesse em questão seria nacional, e não apenas local. A ausência de uniformização dessa matéria resulta, em alguns casos, no esdrúxulo deslocamento sucessivo dos autos de um juízo, ocasionando a demora na devida prestação jurisdicional.

Outro grande problema identificado relaciona-se à dificuldade probatória dos elementos necessários à responsabilização civil apontados acima, quais sejam o ato ilícito, a ocorrência do dano, o nexo de causalidade e a culpa.

O enquadramento dos fatos em uma conduta antijurídica não é uma tarefa fácil a ser realizada pelo concorrente ou consumidores que ajuízam a ação. Sabe-se que para a configuração de um ilícito antitruste, como bem salienta Paula Forgioni,³⁸ além da violação da norma é necessário comprovar que o agente detém poder de mercado. Isso porque se o agente não tem poder de mercado a conduta realizada não será capaz de afetar o nível de competição entre os agentes.³⁹ Adicionalmente, para os casos específicos de cartel, é necessário comprovar, à parte desses elementos mencionados, que houve acordo entre os agentes,⁴⁰ ou então a conduta será mero paralelismo de preços, o que não constitui infração antitruste. Isso tudo apenas para provar a ocorrência do ilícito.

Vale lembrar que, para a responsabilização na esfera cível restar configurada, os autores devem comprovar ainda que sofreram um dano, e que esse

processual, o caso em tela não está sujeito à jurisdição federal, impondo-se a sua remessa à Justiça Estadual de Caxias do Sul”.

37. Nesse sentido, observa-se o seguinte trecho: “Por se tratar de órgão da União, o ajuizamento da ação pelo Ministério Público Federal, é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição), o que não afasta a necessidade de verificação, pelo juiz, da legitimidade *ad causam*” (REsp 1060759/AC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.a Turma, j. em 18/08/2009, DJe 31/08/2009).
38. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 133-134.
39. HIANE DE MOURA, Mauro. A ação antitruste privada: interpretando art. 29 da Lei 8.884/94. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 10, v. 37, jan.-mar. 2009, p. 177.
40. FORGIONI, op. cit., p. 135.

dano está intimamente ligado àquela determinada conduta imputada, além da culpa, em sentido amplo, do agente na realização da conduta.

Dessa forma, em razão do sistema brasileiro atribuir o ônus probatório ao autor da ação como regra geral,⁴¹ é possível verificar que nas ações privadas em matéria antitruste existe um ônus probatório árduo para a parte autora. O problema está refletido nos casos analisados, onde em pelo menos sete das onze ações julgadas improcedentes os julgadores motivaram suas decisões sob o argumento da insuficiência de provas, mais frequentemente com relação à caracterização do ilícito e à comprovação do dano.⁴²

Para os casos de cartel, por exemplo, resta bastante dificultada a intenção de um indivíduo em angariar provas suficientes que comprovem o conluio. Um agente externo ao cartel vê suas chances de reparação serem reduzidas por não conseguir comprovar, por meio de gravações telefônicas lícitas ou outros meios probatórios, que houve de fato conluio e não apenas paralelismo de preços, por exemplo. A comprovação do conluio não é uma tarefa simples sequer para o próprio Ministério Público, que o faz geralmente mediante a instauração de inquéritos civis, nem para os órgãos de defesa da concorrência, que são os responsáveis pelas investigações na esfera administrativa.

Por último, um problema que também merece destaque em razão de estar presente nas três ações que foram julgadas procedentes é a quantificação dos danos para fins de responsabilização civil decorrente da prática de um ilícito antitruste. O resultado da pesquisa demonstra que nenhuma ação, nos últimos dez anos, ajuizada por um particular, seja indivíduo ou empresa, foi julgada procedente no sentido de condenar os agentes a reparar individualmente os danos causados por uma conduta anticompetitiva (houve, até o momento, apenas condenações por violação a direitos difusos e coletivos). Muito embora o Poder Judiciário brasileiro ainda não tenha enfrentado casos em que fosse necessário calcular o prejuízo aos particulares acarretado pelas condutas anticompetitivas seja materiais, na forma de danos emergentes ou lucros cessantes, seja morais, é importante destacar que esses ilícitos concorrenciais não são tão simples de calcular. Isso porque os danos materiais não decorrem de um cálculo direto, como, por exemplo, nos casos em que um indivíduo danifica um objeto cujo valor pode ser facilmente verificável por meio de uma pesquisa de preços no mercado.

41. “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; [...]”.

42. Independentemente do juízo de valor das provas apresentadas nos casos concretos, foram considerados os casos em que a insuficiência de provas foi mencionada na decisão.

O cálculo para quantificação dos danos materiais causados por condutas anticompetitivas como o cartel, por exemplo, demanda a aplicação de técnicas referenciadas pelas doutrinas americana e europeia, tais como: (i) a da simulação de um ambiente competitivo; (ii) a da análise aprofundada dos registros financeiros das empresas; e (iii) a comparação com diferentes mercados.⁴³ Ainda que essas técnicas sejam bastante eficientes no cálculo dos danos materiais acarretados por um ilícito antitruste, ainda não é um dos principais problemas enfrentados por nossos tribunais.⁴⁴

De fato, até o momento, o problema enfrentado pelo Poder Judiciário brasileiro, no que tange à quantificação de danos, está relacionado ao cálculo dos danos morais e, mais especificamente, dos danos morais coletivos, representativos da contribuição direcionada ao fundo de defesa dos direitos, prevista nos art. 1.º e 13 da Lei 7.347/1985.

Nos quatro casos em que houve condenação ao pagamento de danos para o mencionado fundo, os valores arbitrados pelos tribunais não seguem um padrão. Analisando-se os dois casos que envolvem cartel de postos de combustível, enquanto em um⁴⁵ o valor arbitrado foi de R\$ 20 mil, no outro,⁴⁶ o valor chegou a R\$ 750 mil. No terceiro caso,⁴⁷ que discute a cobrança abusiva de tarifas portuárias, houve condenação a 20% do valor indevidamente cobrado. Por fim, no quarto caso,⁴⁸ em que se discute o abuso de posição dominante de uma seguradora de saúde no município de Jaú (SP), os réus foram condenados ao pagamento de R\$ 200 mil para o FDD.

43. Informações detalhadas sobre os métodos de cálculo de danos estão disponíveis no estudo preparado pelo escritório Oxera, destinado à Comissão Europeia: *Quantifying antitrust damages: towards non binding guidance for courts*, 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>. Acesso em: set. 2011.

44. Muito embora não tenha sido possível verificar por meio da pesquisa realizada problemas relacionados à quantificação de danos materiais, esse é um tema que merece atenção, haja vista a possibilidade de liquidação por meio de procedimento específico dos danos materiais sofridos pelos indivíduos lesados sentenciados em ação civil pública, como na Ação Civil Pública 027/1.05.0004158-2, julgada pelo TJRS.

45. Apelação Cível 70018714857, TJRS.

46. ACP 027/1.05.0004158-2, TJRS.

47. REsp 1.181.643/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.a Turma, j. em 01/03/2011, DJe 20/05/2011.

48. ACP 2002.61.17.000769-6, ainda em curso no TRF3.

Em três⁴⁹ dos quatro casos não houve motivação do arbitramento, ou seja, não foi possível precisar a razão que ensejou a determinação dos valores. No caso em que houve motivação do valor arbitrado, foram levados em consideração, para a apuração dos danos morais coletivos, o número de habitantes da cidade em que ocorreu a prática, a quantidade dos réus e suas condições econômicas, sem maiores detalhes.

Diante do exposto, observa-se que, muito embora as condenações pela prática de condutas anticompetitivas ainda sejam bastante escassas, a falta de uniformização dos métodos de cálculo nesses casos é preocupante. Isso porque uma das consequências da responsabilização civil relaciona-se à inibição da conduta ilícita, haja vista que o agente que ocasionou o dano, e que prosseguirá com a sua atividade empresarial, levará em consideração o valor da possível condenação antes de realizar uma conduta anticompetitiva.

Ainda no contexto da limitação para o cálculo dos danos, é válido lembrar que uma determinada conduta anticompetitiva gera não só prejuízos àqueles que de fato compraram os produtos ou contrataram serviços, mas também àqueles que deixaram de comprar esse determinado produto ou serviço em razão, por exemplo, de um sobrepreço, compondo o chamado peso morto.⁵⁰ Dessa forma, é possível relacionar que o cálculo dos danos morais coletivos com a reparação do mais próximo que se possa chegar do peso morto gerado⁵¹ pela prática da conduta em razão de este representar com eficiência os danos provocados na sociedade.⁵²

Entretanto, com base na análise das decisões em que houve condenação por danos morais coletivos, observa-se que o Poder Judiciário brasileiro não adota nenhum parâmetro que chegue próximo ao real valor do dano gerado na sociedade. Formas de cálculo sem muito sentido são utilizadas nesses casos, pecando no propósito basilar da responsabilização civil: a efetiva reparação dos danos.

49. Apelação Cível 70018714857, TJRS; REsp 1.181.643/RS, STJ; e ACP 2002.61.17.000769-6, TRF3.

50. LESLIE, Christopher R. Antitrust damages and deadweight loss. *The Antitrust Bulletin*, v. I, n.3, Fall 2006, p. 530;

51. Existem algumas formas de cálculo para o peso morto. Para maiores informações sobre essas técnicas: ver idem, ibidem, p. 539-548.

52. A transferência de renda do consumidor ao produtor é um tema controverso e por isso não será considerada para fins desse cálculo. Existe uma discussão doutrinária acerca da neutralidade ou malefícios dessa transferência de riqueza no tocante a preocupações antitruste. Neste sentido: idem, ibidem, p. 525.

Conclusões

As demandas judiciais relacionadas à responsabilização civil dos ilícitos concorrenciais, ainda que escassas em números, vêm ganhando espaço, repercussão e atenção não só dos agentes comerciais como também dos órgãos representativos da sociedade, como é o caso do Ministério Público, e das associações de classe. Destacam-se, nesse sentido, as ações ajuizadas para reparação de danos causados por cartéis de grande magnitude, como o cartel dos gases, o cartel dos cegonheiros, o cartel dos medicamentos genéricos, o cartel dos vergalhões e o caso da cobrança das tarifas de armazenagem portuária nos terminais portuários.

Contudo, o reduzido número de ações discutindo o tema atualmente no contexto brasileiro é extremamente baixo, especialmente se comparado ao número de ações ajuizadas por ano nos Estados Unidos.⁵³ Os motivos que justificam esse baixo índice de ações ajuizadas devem ser pesquisados e analisados para que se busquem soluções para os problemas encontrados. O presente estudo é uma tentativa de busca por esses problemas, especialmente de caráter processual em razão da pesquisa de jurisprudência, que impedem o sucesso de uma demanda judicial ou desincentivam os potenciais litigantes a ingressar em juízo requerendo a reparação pelos danos decorrentes de uma conduta anticompetitiva.

O resultado da pesquisa demonstra dois entraves processuais percorridos pelas partes que ajuízam a ação: (a) de conhecimento de qual o juízo competente para julgar essa matéria; e (b) ônus da prova excessivo para os autores. Outro problema destacado neste estudo refere-se ao tema da quantificação dos danos, em especial dos danos morais coletivos, em que os critérios de cálculo estão bem longe de uma uniformização e, ainda, longe da efetiva reparação dos danos causados por condutas anticompetitivas. A identificação dos problemas a partir do estudo de casos é, portanto, o primeiro passo para uma maior efetivação da tutela dos danos decorrentes da prática de um ilícito antitruste no Brasil, conforme a experiência consolidada nos Estados Unidos e em desenvolvimento na União Europeia.

53. Enquanto no Brasil foram encontradas 22 ações nos últimos dez anos, os EUA apresentam uma média de ingresso de 750 ações por ano, conforme dados apresentados no artigo de: LONGMAN, Timothy S.; OSTOYICH, Joseph. US private enforcement. *The Antitrust Review of the Americas*, 2011. Disponível em: <<http://www.howrey.com/files/News/d297e387-eeb4-4f00-9d6a-11f4f2034aeb/Presentation/NewsAttachment/f22f7381-8a3c-4ab4-b081-9d32d1c86b2a/US%20Private%20Enforcement.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2011.

Bibliografia

- BUCHAIN, Luiz Carlos; NUSDEO, Fábio. *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CRANE, Daniel A. Private enforcement against international cartels in Latin America: a U.S. PErpective, 2008. *Cardozo Legal Studies Research Paper* n. 231. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1120069>>. Acesso em: 12 out. 2011.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- EUROPEAN COMMISSION. *Quantifying antitrust damages: towards non binding guidance for courts*, 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>. Acesso em: set. 2011.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- HIANE DE MOURA, Mauro. A ação antitruste privada: interpretando art. 29 da Lei 8.884/94. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 10, v. 37, jan.-mar. 2009.
- LESLIE, Christopher R. Antitrust damages and deadweight loss. *The Antitrust Bulletin*, v. I, n. 3, Fall 2006, p. 530-567.
- LONGMAN, Timothy S.; OSTOYICH, Joseph. US private enforcement. *The Antitrust Review of the Americas*, 2011. Disponível em: <<http://www.howrey.com/files/News/d297e387-eeb4-4f00-9d6a-11f4f2034aeb/Presentation/NewsAttachment/f22f7381-8a3c-4ab4-b081-9d32d1c86b2a/US%20Private%20Enforcement.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2011.
- MAGGI, Bruno Oliveira. *O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em: 7 abr. 2011.
- PAGOTTO, Leopoldo. Aspectos de direito econômico da sentença da ação civil pública proposta contra o alegado cartel dos genéricos. *Revista do IBRAC*, São Paulo, n. 18, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 1 e 2.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2011 – 1.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

**PODER DE COMPRA EM ANÁLISES DE ATOS
DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA – NOVOS
DESAFIOS NO MERCADO BRASILEIRO
DE BENS DURÁVEIS**

MÁRIO SÉRGIO ROCHA GORDILHO JÚNIOR

Resumo:

Nos últimos anos, o Brasil vem experimentando um número crescente de fusões e aquisições no mercado de varejo de bens duráveis. Esta onda deve-se, sobretudo, à busca dos maiores *players* desse mercado por mais poder de compra em face de seus fornecedores. Em linhas gerais, mais poder de compra significa menores custos para os varejistas. Contudo, nem sempre essas reduções de custo são repassadas ao consumidor. Tanto a doutrina econômica e jurídica sobre o tema quanto a própria experiência das principais autoridades antitruste mundiais demonstram que há diversos fatores que determinam se esses ganhos de custo dos varejistas se traduzem ou não em menores preços aos seus consumidores. Dessa forma, o presente artigo procura discutir as principais contribuições acadêmicas mais atuais sobre o tema poder de compra em análises de atos de concentração, bem como as mais recentes experiências dos principais órgãos antitruste mundiais, visando fomentar a discussão desse tema no momento atual da política de defesa da concorrência no Brasil, com a entrada em vigor da nova Lei Antitruste e a reorganização da autoridade antitruste brasileira (“novo CADE”). A ainda incipiente experiência brasileira em análises de poder de compra e a já elevada concentração do mercado brasileiro de varejo de bens duráveis contribuem para a relevância do tema para a política antitruste do País.

1. Introdução

Recentemente, o Brasil vem experimentando uma crescente concentração no mercado de varejo de bens duráveis. As operações mais relevantes desse setor foram a aquisição do Ponto Frio pela Companhia Brasileira de Distribuição (CBD), em junho de 2009 e, seis meses depois, a associação da CBD com a líder do setor, as Casas Bahia, formando um gigante do varejo de eletro-eletrônicos no País. A participação de mercado dessa nova empresa, considerando todo o País, é muitas vezes superior ao segundo e terceiros colocados, respectivamente Máquina de Vendas e Magazine Luiza, que vêm

crescendo por meio de aquisições de outros varejistas de menor porte, com atuação mais local.

Curiosamente, ou nem tanto, como veremos no decorrer deste trabalho, a Ricardo Eletro anunciou, três meses após a associação entre CBD e Casas Bahia, uma associação com uma forte concorrente no Nordeste, a Insinuante, criando a Máquina de Vendas. E, após mais três meses, a Máquina de Vendas adquiriu a City Lar. Em julho de 2011, adquiriu a Eletro Shopping, reforçando ainda mais sua posição no Nordeste. Outras empresas do setor também se movimentaram em busca de mais escala e foram às compras, como o Magazine Luiza, que adquiriu as Lojas Maia e as Lojas do Baú. Outras operações ainda deverão acontecer, como os rumores da aquisição do Carrefour pela CBD ou pelo Walmart.

Como se pode perceber, o setor de varejo de bens duráveis no Brasil, desde 2009, passou por grandes mudanças, com o fortalecimento de grandes grupos por meio de fusões e aquisições e, conseqüentemente, o desaparecimento de pequenas e médias empresas do setor. Há, ainda, uma terceira via, talvez até mais penosa para o setor e para a economia como um todo: o fechamento das empresas de menor porte, incapazes de fazer frente à redução de custos das grandes empresas, derivada do incremento do poder de compra,¹ que as torna capazes de oferecer, em tese, principalmente melhores preços e melhores condições de pagamento aos consumidores.

Essa economia de custos, que a princípio pode dar uma impressão de algo benéfico ao consumidor, tem relação direta com o tema deste trabalho: até que ponto o incremento do poder de barganha das empresas que atuam no varejo pode, em vez de gerar benefícios ao consumidor, tornar a concorrência menos efetiva e, dessa forma, reverter os ganhos desse poder de barganha para as próprias varejistas, propiciando às mesmas maiores lucros? Será mesmo verdade que todo incremento no poder de barganha do lado varejista se reverte em menores preços aos consumidores? E, se esse poder de barganha for tal que torne a concorrência no setor desigual, privilegiando as grandes empresas e expulsando do setor as pequenas e, ainda, tornando novas entradas cada vez mais difíceis? Até que ponto ganhos no poder de barganha podem afetar a rivalidade desse setor? E quanto a possíveis efeitos dinâmicos negativos nos mercados dos fornecedores, afetando a qualidade dos produtos e o lançamento de novos? Há eficiências antitruste por trás dessas operações?

1. Cumpre esclarecer que, no decorrer deste artigo, outros sinônimos serão utilizados no lugar do termo “poder de compra”, tais como, por exemplo, poder de monopólio ou poder de barganha.

São esses desafios que essa nova onda de fusões e aquisições no mercado de varejo de bens duráveis apresenta para as autoridades antitruste do País. Todavia, esses desafios não são novos, principalmente se tomarmos o varejo como um todo e verificarmos como esse assunto vem senratado em jurisdições onde a política de defesa da concorrência se encontra num estágio superior de maturidade, como Comissão Europeia, Inglaterra e Estados Unidos. Já há uma vasta bibliografia internacional sobre o tema, que remonta à metade do século XX, bem como decisões que desafiaram esses ganhos no poder de compra como algo deletério à livre concorrência em mercados de varejo.

Dessa forma, este artigo procurará trazer à tona parte da base teórica relativa ao poder de compra em análises de atos de concentração para, a seguir, discutir como esse assunto vem sendo tratado nas principais agências antitruste mundiais, incluindo o Brasil, e finalizando com algumas conclusões gerais extraídas da pesquisa empreendida para a realização deste trabalho.

2. Conceituando poder de compra

É notório que a relação direta entre produtores e consumidores não é a regra, sendo mais comum a existência de um ou mais níveis de distribuição de produtos. Sendo assim, é normal que as relações entre esses atores sejam caracterizadas por um embate de forças entre os mesmos, em que cada um buscará a melhor forma de extrair algo do outro. Dessa forma, são criados os preços nos diversos mercados. Esse embate de forças também acaba por influenciar a quantidade e a qualidade dos produtos a disposição dos consumidores finais. E, como veremos no decorrer deste trabalho, a questão do poder de compra não se resume a uma mera transferência de recursos dos produtores para os compradores, nem significa que, em havendo essa transferência, os ganhos serão repassados aos consumidores finais.

Chen (2007, p. 19) define poder de compra como a habilidade que um comprador possui de reduzir a lucratividade relativa ao preço de um ofertante, ao pagar um preço abaixo do normalmente cobrado, ou, de forma mais geral, a habilidade de obter termos comerciais mais favoráveis que os normalmente oferecidos por um ofertante aos seus clientes.

A OCDE (1998, p. 6) entende que um varejista detém poder de barganha se, em relação a pelo menos um ofertante, aquele pode, de forma crível, ameaçar impor a este um custo de oportunidade de longo prazo e, em executanal ameaça, que este custo imposto ao ofertante seja, significativamente, desproporcional a qualquer custo de oportunidade de longo prazo em que venha a incorrer. Ou, em outras palavras, o custo de oportunidade resultante do exercício de poder de compra pelo varejista seria bem menor do que o custo de oportunidade imposto ao ofertante.

Com relação às definições utilizadas pelos principais órgãos antitruste do mundo, não há grandes divergências quanto às apresentadas acima. A Comissão Europeia ressalta a importância econômica do comprador no mercado em pauta, e também a relevância do tema para a análise antitruste, pois poderosos compradores podem disciplinar a política de preços de poderosos vendedores, criando uma “balança de forças” no mercado em questão. Todavia, essa autoridade também ressalta que nem sempre o poder de compra resulta em efeitos positivos. Quando um comprador poderoso se depara com ofertantes mais fracos, e ainda por cima detém poder de mercado na sua etapa da cadeia, o resultado pode ser pior do que num cenário onde o comprador não detém poder de compra.

A Federal Trade Commission (FTC) norte-americana entende o poder de compra como a habilidade de um comprador, ou grupo de compradores, de deprimir o preço pago por um produto para um nível abaixo do competitivo. O uso do poder de compra causa efeitos adversos comparáveis aos associados ao uso do poder de mercado pelos vendedores.

Mesmo a legislação antitruste brasileira, que não traz uma definição clara sobre como lidar com os problemas referentes ao poder de compra, ao condenar práticas que levem ao aumento arbitrário de lucros, abre espaço para condutas derivadas do uso do poder de monopsonio por uma empresa (Lei 8.884/1994, art. 20, II). Goldberg (2006, p. 141) entende que este inciso da lei seria um primeiro indício de que ela não tutela apenas o bem-estar do consumidor puro, mas também o de outros integrantes da cadeia econômica, consumidores/produtores.²

3. O poder de compra na visão acadêmica

O primeiro acadêmico a discutir o tema *poder de compra* foi John Kenneth Galbraith, em 1952, em sua obra *American capitalism: the concept of countervailing power*. Azevedo e Almeida (2009, p. 11-12) afirmam que Galbraith foi o primeiro a identificar possíveis benefícios sociais derivados da associação ou concentração horizontal, como forma de contrabalançar assimetrias de poder na negociação entre dois elos de uma cadeia produtiva. O poder compensatório seria uma reação natural dos compradores, o qual poderia gerar aumento de bem-estar, combatendo os efeitos negativos do poder de mercado “original” (aqui entendido como a concentração da indústria).

2. Segundo este autor, isto seria explicado pelo fato de que um aumento arbitrário de lucros poderia ocorrer tanto em virtude de preços majorados acima dos patamares competitivos quanto de preços de insumos minorados abaixo do nível competitivo, por força do exercício do poder de compra.

A tese de Galbraith foi muito contestada desde o início, sendo o ponto mais relevante a definição de como os ganhos derivados do poder de compra seriam repassados aos consumidores finais. Azevedo e Almeida (2009, p. 11-12) citam o autor Simon Whitney como um dos primeiros críticos à tese de Galbraith. Segundo esses autores, Whitney considerava que o poder compensatório poderia, inclusive, resultar em aumento de preço para o consumidor final, piorando a situação inicial. Após as primeiras críticas ao trabalho de Galbraith, muitas outras vieram, e algumas serão apresentadas, resumidamente, a seguir. Em geral, essas críticas vão ao encontro das primeiras ideias de Whitney, no sentido de que nem sempre o poder compensatório traz benefícios ao consumidor.

Contudo, como é comum em ciências sociais, não há consenso entre os estudiosos do tema *poder de compra*. Há diversos modelos desenvolvidos para explicar ora que o poder de compra poderia ser benéfico aos consumidores finais, ora que o poder de compra reforçaria uma posição dominante no mercado a jusante, prejudicando, portanto, os consumidores. Contudo, uma conclusão mais próxima ao consenso pode ser antecipada desde já: a estrutura do mercado a jusante, que lida diretamente com os consumidores finais, é fundamental para determinar se o aumento do poder de compra originado por uma fusão poderia ou não ser prejudicial àqueles.

Após a publicação da tese de Galbraith e as primeiras críticas de seus pares, o tema *poder de compra* somente voltou a ganhar espaço nos anos 1970, com tentativas de demonstração empírica da tese do poder compensatório. Goldberg (2006, p. 167-170) cita estudos de Steven Lunstgarten, em 1975, no qual foi testada e comprovada a hipótese de correlação negativa entre a concentração do lado da demanda e o tamanho das margens impostas pela indústria, de Vincent LaFrance, que refinou o modelo de Lunstgarten e chegou a conclusões parecidas, e de Ute Schumacher, que sofisticou ainda mais os estudos de LaFrance e Lunstgarten, e cuja conclusão mais relevante foi a de que as margens de lucro da indústria não dependem apenas da sua estrutura de oferta, mas também da estrutura de demanda.

O assunto voltou à tona mais recentemente, seguindo a onda de fusões no varejo em todo o mundo. Atualmente, os guias de análise de concentração horizontal adotados pelos principais órgãos antitruste do mundo fazem menção ao poder de compra e a como analisá-lo à luz dos recentes avanços no estudo desse tema.

Da experiência acadêmica internacional, destacamos os trabalhos de Inderst e Mazzarotto (2006), Carstensen (2004), Dobson (2005), Chen (2007) e Mills (2011), e da nacional, destacamos os trabalhos de Goldberg (2006), Azevedo e Almeida (2009) e Canêdo-Pinheiro e Pioner (2006).

Inderst e Mazzarotto (2006) citam a existência de *waterbed effects*³ e de ciclos virtuosos e viciosos relacionados ao poder de monopólio, onde as empresas com maior poder ganham cada vez mais força, expulsando do mercado as empresas com menor poder. Esses autores defendem a utilização de métricas apropriadas para o caso, levando em consideração não apenas o tamanho do comprador, mas as características do mercado afetado. Defendem, ainda, que a análise não deve se prender apenas a descontos financeiros, pois outros tipos de vantagens podem colocar concorrentes em desvantagem competitiva. As possíveis consequências no longo prazo também devem ser consideradas.

Carstensen (2004) também defende a utilização de métricas específicas para a análise do poder de compra, e considera importante verificar efeitos estáticos e dinâmicos na eficiência, sendo necessária uma análise mais completa de fusões que envolvam esses dois efeitos, pois a combinação dessas duas forças pode ser muito mais significativa do que seria caso se a análise focasse em apenas uma das perspectivas. Ademais, apesar de entender que as ferramentas utilizadas para medir o poder de mercado (do lado da oferta) também são válidas para o poder de compra (do lado da demanda), as métricas utilizadas para medir seus prováveis efeitos deveriam refletir a diferença entre os contextos econômicos desses dois lados. Dito isto, as análises devem ser distintas, pois compradores possuem incentivos diferentes dos vendedores, os próprios mercados são diferentes, e as barreiras para uma efetiva competição no lado da demanda podem ser, qualitativamente, diferentes.

Dobson (2005) defende que a variável mais importante para análise do poder de compra não é a participação de mercado do varejista em seu segmento, mas sim o grau de dependência do fornecedor em relação ao varejista, ou seja, a parcela de vendas (receita) do fornecedor advinda do varejista.

Esse autor classifica os varejistas como clientes, competidores ou mesmo fornecedores para os produtores. Considerando esses três papéis, o poder de compra exercido pelos varejistas sobre os fornecedores é refletido, em grande parte, na extensão pela qual aqueles conseguem desempenhar, individual ou conjuntamente, esses papéis, de forma a extrair valor ou, em outras palavras, lucro econômico dos fornecedores. Os custos de troca dos varejistas, geralmente menores do que os dos fornecedores, revelam maior dependência econômica destes com relação àqueles. Portanto, o ciclo virtuoso citado no presente trabalho, no qual se encontram os grandes varejistas, tem no seu “espelho” o

3. *Waterbed effect* ocorre quando um fornecedor, ao ter suas margens comprometidas por um comprador forte, com poder de barganha, tenta recuperar essas perdas aplicando um preço superior nas vendas aos compradores de menor porte.

ciclo vicioso em que se encontram os pequenos varejistas, que cada vez mais se defrontam com grandes diferenças de preços cobradas pelos fornecedores.

Chen (2007) conclui em seu trabalho que os efeitos do poder de compra podem ser bastante diversos, dependendo se ele é exercido contra fornecedores que atuam em mercados competitivos ou se representam poder compensatório contra fornecedores com poder de mercado. Esses efeitos podem ocorrer em três áreas: (i) efeitos na eficiência econômica, (ii) efeitos na concorrência no varejo, e (iii) efeitos da precificação linear e não linear.

Com relação à primeira área, conclui que o poder de monopólio, em geral, ocasiona perda de eficiência alocativa mesmo quando há concorrência intensa nos mercados a jusante (varejo). Quanto à segunda área, defende que o poder compensatório somente poderá ter efeitos positivos para os consumidores quando a concorrência no varejo for intensa, sendo a presença de uma franja competitiva no mercado a jusante crucial para que o poder de monopólio beneficie os consumidores. Com relação à terceira área, conclui que a utilização de precificação linear tende a beneficiar os consumidores, haja vista que o exercício do poder de compra leva a menores preços de atacado, que, normalmente, levam a menores preços de varejo (sempre a depender do grau de concorrência nesse segmento). Contudo, no caso de preços não lineares, se o varejista possuir poder de mercado e também poder de compra, pode ser vantajoso para ele elevar os preços (lineares) pagos aos fornecedores, e extrair lucros destes com pagamentos do tipo *lump-sum* (não lineares), como, por exemplo, uma taxa para acesso às prateleiras. Essa situação, em um mercado de varejo oligopolizado, com insuficiente concorrência por preços, pode levar a um aumento generalizado de preços por todos os varejistas, prejudicando ainda mais os consumidores.

Na parte final do seu trabalho, Chen (2007) propõe uma metodologia de análise do poder de compra, focando nos aspectos que, segundo ele, necessitariam de um tratamento diferenciado do usualmente utilizado para análise de poder de mercado. Em síntese, esse autor afirma que é necessário verificar a existência dos custos de troca percebidos pelos fornecedores. Quanto maior o custo de troca dos fornecedores, maior o poder de monopólio dos varejistas. Defende, ainda, uma análise baseada nas estruturas de oferta e demanda (mercados a montante e a jusante), na verificação dos tipos de preços utilizados no mercado analisado (lineares ou não lineares), bem como considerando possíveis efeitos dinâmicos, mesmo no caso de se verificar poder compensatório.

Mills (2011) apresenta um modelo pelo qual demonstra o poder de monopólio atuando em benefício dos consumidores, com redução nos preços. Na realidade, o autor utiliza a ideia originária da tese de Galbraith (de 1956) de que um comprador “forte” poderia utilizar seu poder de compra para

jogar um fornecedor contra o outro, reduzindo, assim, os preços finais aos consumidores.

Em seu modelo, Mills (2011) demonstra que, ao contrário das conclusões de diversos autores, os varejistas de menor porte podem se beneficiar da “guerra de preços” entre os fornecedores, causada pelo varejista com maior poder de compra, criando um efeito inverso ao *waterbed effect*, usualmente alegado pelos teóricos do tema. Para que isso ocorra, esse autor defende a presença de um oligopólio nos mercados a montante, para que haja essa “guerra de preços” que beneficie todos os participantes da cadeia a jusante, embora não na mesma proporção. O autor conclui que, considerando os menores preços do mercado derivados da “guerra de preços”, os consumidores consomem mais desse produto e, portanto, compartilham os ganhos com os participantes da cadeia. Segundo o autor, este seria o resultado que Galbraith tinha em mente com relação a sua teoria sobre poder compensatório. Contudo, logicamente, esse resultado esperado por Galbraith dependia de um importante pressuposto: a concorrência no mercado de varejo, que, por sua vez, em sua concepção, seria preservada pelos retornos constantes de escala e entrada livre nesse mercado.

Goldberg (2006) aborda todo seu trabalho sob a dimensão *welfarista*, pela qual a política de concorrência deve objetivar a maximização do bem-estar agregado, ponderando, ainda, eficiências estáticas e dinâmicas, e privilegiando a solução que incrementa riqueza e bem-estar social. Com relação ao poder de compra, o autor defende que transferências de renda arbitrárias entre agentes econômicos, ainda que não produzam perda de peso morto, devem ser consideradas pelas autoridades antitruste, desde que sua intervenção não ocasione uma perda ainda maior de bem-estar. Ele rechaça, portanto, a tese defendida por alguns autores de que preços mais baixos justificariam o exercício de poder de compra, ainda que isso venha a causar perdas de bem-estar agregado.

Para o autor, economias de custo derivadas do uso de poder de monopólio, não acompanhadas de reduções reais de custo,⁴ podem até ser consideradas eficiências do ponto de vista das firmas, mas não da sociedade. Pelo contrário, podem até ensejar ineficiências quando os produtores são impelidos a reduzir sua oferta quando confrontados com poder de monopólio dos varejistas.

Goldberg (2006) conclui seu trabalho defendendo a tese de que a análise do poder de monopólio não deve seguir métrica própria, pois, do ponto de vista econômico, poder de compra nada mais é do que poder de mercado

4. Reduções reais de custo ocorrem quando ensejam o uso de uma quantidade menor de fatores de produção empregados para ofertar determinada quantidade de produtos.

exercido do lado da demanda, e seus efeitos nocivos estariam ligados ao peso morto criado pela redução da quantidade de bens e serviços ofertados, deprimidos em função de preços praticados abaixo do nível competitivo. Defende, ainda, que a tese do poder compensatório tem aplicação bastante restrita. Só ocorrerá a “compensação” propalada quando, do ponto de vista do bem-estar agregado, resultar uma quantidade de bens ou serviços ofertada superior à situação anterior.

Canêdo-Pinheiro e Pioner (2006) defendem que o exercício do poder de monopsonio pode gerar relevantes perdas de bem-estar. Esses autores argumentam que, embora do ponto de vista econômico faça sentido que se leve em conta, numa avaliação de fusão, o impacto sobre todos os agentes potencialmente afetados, normalmente o foco recai sobre o impacto nos consumidores finais.

Feitas essas ponderações, os autores propõem um guia para avaliação de fusões que envolvem poder de compra, considerando tanto o impacto nos consumidores quanto no excedente total. Em síntese, todas as operações que pudessem reduzir o excedente do consumidor seriam reprovadas e, caso este não fosse afetado, passar-se-ia o foco para o excedente total, reprovando todas as operações que pudessem afetá-lo negativamente.

O guia proposto seria dividido em quatro etapas. A primeira etapa consistiria na definição de mercado relevante, sob a ótica do vendedor de insumos, incluindo todos os possíveis compradores restantes caso o monopsonista tentasse exercer seu poder de compra. A segunda etapa consistiria na criação de um filtro para eleger as fusões que mereçam análise mais aprofundada. A terceira etapa consistiria na verificação de outros fatores que possibilitassem o exercício de poder de compra – por exemplo, barreiras à entrada no mercado dos compradores dos insumos, elasticidade da oferta (quanto menor, maior o efeito do exercício de poder de compra nos fornecedores e nos consumidores), possíveis efeitos dinâmicos, fatores que definem o poder de barganha de cada agente etc. A quarta etapa consistiria na verificação dos possíveis ganhos de eficiência relacionados ao poder de monopsonio, contrapondo-os às perdas relacionadas ao exercício do poder de compra.

4. O poder de compra na visão das autoridades antitruste

Esta seção apresentará um resumo dos principais aspectos sobre poder de compra contidos nos guias de análise de fusões de algumas autoridades antitruste e, no final, uma breve análise sobre a visão de algumas dessas autoridades sobre o tema, *vis-à-vis* os tópicos relativos a poder de compra contidos no guia brasileiro.

O guia australiano (2008) traz um item dedicado à análise de poder compensatório. Todavia, não há menção sobre outros aspectos deletérios à concorrência derivados do poder de monopólio. O guia canadense (2004), da mesma forma, dedica um item específico para poder compensatório. O guia japonês (2007) também faz menção à análise de poder compensatório. Contudo, não menciona critérios para análise de poder de compra, da mesma forma que o guia australiano. O guia coreano (2007), por sua vez, menciona, ainda que indiretamente, o poder compensatório como um dos fatores que pode mitigar o exercício unilateral de poder de mercado das firmas fusionadas.

O guia francês (2009) dedica um item à análise do poder de monopólio. Esse guia destaca a importância de verificar o nível de dependência econômica do fornecedor perante um comprador, a fim de analisar potenciais prejuízos à concorrência derivados do poder de compra. Apesar de o guia francês ressaltar que a análise do poder de monopólio deva ser feita caso a caso, ele destaca o mercado de varejo como fonte potencial de problemas decorrentes do poder de monopólio.

O guia inglês (2009) explicita as circunstâncias em que o poder de barganha é mais provável, quando tem maior possibilidade de causar efeitos negativos na concorrência, inclusive no longo prazo (efeitos dinâmicos), e casos em que pode ser considerado como poder compensatório. Entretanto, esse guia não apresenta critérios explícitos para mensurar o poder de monopólio. O guia norte-americano (2010), da mesma forma que o inglês, mostra-se um dos mais completos em termos de análise de poder de compra. Esse guia explicita que nem todo poder de compra traz benefícios aos consumidores, destacando atenção especial a esse tema. Esse guia, assim como o inglês, não traz critérios específicos de análise do poder de monopólio, utilizando os mesmos critérios usuais de análise de poder de mercado. Ademais, o guia norte-americano destaca que ganhos de reduções de preço relacionados a reduções de custos de transação ou a descontos baseados em volume são importantes fontes de eficiência consideradas na análise da operação. O guia da Comissão Europeia (2004) segue as linhas dos guias britânico e norte-americano, também se configurando em um dos mais completos em termos de análise de poder de compra. Reconhece a existência de poder compensatório, mas também entende que, em determinadas situações, este não leva menores preços aos consumidores finais.

Como se pode perceber, o tema *poder de monopólio* ainda é visto, em boa parte dos países, apenas sob o aspecto “compensatório”, como um “antídoto” a uma possível tentativa de exercício de poder de mercado por parte das firmas do mercado a montante. Outro fato que chama atenção é que nenhum país estudado adota métricas diferentes para a análise do poder de monopólio.

nio. Ademais, as principais agências antitruste mundiais, notadamente EUA, Inglaterra e Comissão Europeia, demonstram estar atualizados com a teoria econômica moderna sobre o tema, no sentido de destacar a devida importância em poder de compra em análises antitruste. Não é surpresa que os principais casos antitruste envolvendo poder de monopólio que foram rejeitados, ou tiveram alguma restrição, foram julgados nessas jurisdições.

O guia de análise econômica de atos de concentração horizontal da SEAE/SDE, por sua vez, faz menção explícita sobre poder compensatório, incluindo-o como uma possível eficiência do ato. Como se pode perceber por simples comparação com os guias norte-americano, francês, europeu e inglês, todos recentemente reavaliados, o guia brasileiro apresenta uma ideia mais “simplista” sobre poder compensatório, onde qualquer redução nos preços dos insumos de uma firma com, supostamente, poder de mercado seria benéfica aos consumidores. Todavia, grande parte da doutrina atual sobre poder de compra vai de encontro a essa ideia. O guia norte-americano, revisto no ano passado, afirma, textualmente, que nem toda redução nos preços dos insumos é benéfica para os consumidores. Outros guias seguem a mesma linha, o que demonstra, em nossa opinião, a desatualização do guia brasileiro, notadamente no que concerne a essa questão.

Todavia, a Lei 8.884/1994, em seus arts. 20 e 21, trata das infrações à ordem econômica. O art. 20 enumera os efeitos que poderiam configurar uma infração, enquanto o art. 21 enumera alguns exemplos de infração, sem contudo esgotá-los. Dentre essas condutas enumeradas, entendemos que algumas delas poderiam caracterizar uma conduta anticoncorrencial derivada do exercício de poder de monopólio.

Como se pode perceber, apesar de o guia SEAE/SDE, aparentemente não tratar de forma mais abrangente a questão do poder de monopólio, a lei brasileira de defesa da concorrência abarca diversas alternativas para tipificar um exercício de poder de compra como ilícito anticoncorrencial. Neste aspecto, parece haver um descasamento entre os objetivos da lei e o guia de análise de fusões e aquisições horizontais, tornando clara a necessidade de uma revisão no guia.

A questão do poder de compra, apesar de não coberta de forma satisfatória pelo guia SEAE/SDE, ainda assim foi objeto de recentes análises pelos órgãos do SBDC, que se aprofundaram no tema. No ato de concentração referente à fusão entre as empresas JBS e Bertin, um dos mercados relevantes definidos foi o de aquisição de gado para abate. Trata-se, portanto, de um mercado definido sob a ótica da demanda de insumos. Em seu parecer, a SEAE concluiu haver problemas, justamente, no poder de compra local criado com a fusão. Até o fechamento deste artigo, o CADE ainda não havia julgado este caso.

Outro caso recente envolvendo poder de compra, de grande repercussão, foi a aquisição da Sadia pela Perdigão. O parecer SEAE seguiu a mesma linha adotada no caso JBS/Bertin, definindo mercados relevantes sob a ótica da demanda, a fim de avaliar o poder de compra adquirido por aquelas empresas pós-fusão. A SEAE recomendou ao CADE, entre outras medidas, a alienação de ativos referentes a esses mercados. O CADE, por sua vez, estabeleceu um termo de compromisso de desempenho com as partes, em julho de 2011, no qual determinou a alienação de vários ativos, entre os quais dois abatedouros de aves, ativos estes relacionados ao seu poder de compra. Percebe-se nesses dois casos envolvendo poder de compra que os órgãos do SBDC estão atentos a movimentos de compradores que caracterizem abuso do poder de compra, a despeito da aparente desatualização do Guia SEAE/SDE quanto a esse tema.

No que concerne à análise de poder de compra no varejo, um dos primeiros casos julgados pelo CADE a se aprofundar no tema foi o ato de concentração referente à aquisição, pela BR Participações (controladora da rede Bompreço), da rede G Barbosa, aprovada com restrições, algumas diretamente relacionadas ao poder de compra. Em suma, o CADE considerou, quanto ao poder de compra, que seu exercício não seria improvável. Todavia, reconheceu os efeitos ambíguos do poder de compra pelo varejo, ao afirmar que a consolidação desse setor pode afetar, positivamente, o bem-estar, desde que mantidos níveis de competição razoáveis entre as redes varejistas.

Recentemente, a SEAE divulgou dois pareceres envolvendo o varejo de bens duráveis, notadamente as linhas branca e marrom, de móveis e telefonia. Nos casos relativos à aquisição do Ponto Frio pelo Grupo Pão de Açúcar e, posteriormente, à associação deste grupo com as Casas Bahia, a SEAE considerou a questão do poder de compra como um dos principais problemas concorrenciais derivados dessas operações. Em síntese, a SEAE, em sua análise sobre poder de monopólio, considerou que essas duas operações elevaram sobremaneira o poder de compra do Grupo Pão de Açúcar. Esse poder de compra, por sua vez, foi tratado como uma relevante barreira à entrada nos mercados explorados pelas partes. Esta questão, aliada às elevadas concentrações em nível municipal desses três varejistas considerados em conjunto, levaram a SEAE a sugerir ao CADE a alienação de um pacote de ativos das partes nos 12 municípios onde o exercício unilateral de poder de mercado foi considerado provável. Ademais, foi sugerida a alienação de centros de distribuição em dois estados (São Paulo e Rio de Janeiro) e no Distrito Federal.

O segundo parecer da SEAE refere-se à associação entre a Insinuante e a Ricardo Eletro, formando a Máquina de Vendas. Nesse caso, a SEAE entendeu que a associação entre esses dois grupos deveu-se, em grande parte, ao elevado poder de compra detido por seus principais concorrentes, agora sob

o guarda-chuva do Grupo Pão de Açúcar. Seria, portanto, uma reação àquelas operações descritas nos parágrafos anteriores. Esse parecer considerou que o poder de barganha adquirido pelo Grupo Pão de Açúcar tornaria esse rival ainda mais efetivo, mesmo nos municípios dominados pela Ricardo Eletro/Insinuante antes dessa operação. Ademais, ficou demonstrado que o poder de barganha da Ricardo Eletro/Insinuante era muito inferior ao do Pão de Açúcar. Vale ressaltar que, até o fechamento deste artigo, o CADE não havia julgado os dois casos.

Com relação à experiência internacional sobre o tema, talvez o principal caso antitruste envolvendo análise de poder de compra no varejo tenha sido a tentativa de aquisição da Tuko pela Kesko, pela Comissão Europeia, em 1997. Esse caso, envolvendo dois dos maiores varejistas da Finlândia, foi reprovado pela Comissão Europeia. Um dos principais aspectos considerados pela Comissão foi o grande poder de compra originário dessa operação. Em nível nacional, a Kesko passaria a ter cerca de 80% de seu mercado relevante, muito acima de seus outros concorrentes no mercado de aquisição de mercadorias junto aos fornecedores. Não haveria concorrentes potenciais, e a concentração proposta elevaria as barreiras à entrada de tal forma que tornaria extremamente improvável qualquer entrada no mercado relevante analisado. Assim, a Comissão Europeia decidiu que a Kesko deveria alienar todo o negócio da Tuko para um competidor viável, ainda que potencial, que fosse independente do grupo Kesko, e que já possuísse suficiente *expertise* e recursos financeiros para tal.

Outro caso de grande repercussão, desta vez avaliado pela Comissão de Concorrência da Inglaterra, em 2003, envolveu quatro propostas de aquisição da rede varejista Safeway. Os quatro proponentes (Asda/Walmart, Morrisons, Sainsbury's, e Tesco), juntamente com a Safeway, representavam cinco das seis maiores redes varejistas do Reino Unido. Uma das três principais preocupações levantadas pelo órgão antitruste foi o poder de compra da nova rede que seria formada. Para esse órgão, a aquisição da Safeway por qualquer uma das proponentes agravaria ainda mais o desequilíbrio das posições de barganha entre esses varejistas e os fornecedores na Inglaterra. A Comissão de Concorrência entendeu que a concorrência por preços ou por outros meios não seria afetada por conta da aquisição da Safeway pela Morrisons, e que algumas reduções de custos poderiam ser passadas aos consumidores na forma de menores preços. Ainda assim, a Comissão de Concorrência britânica determinou a alienação de ativos da Safeway em 48 localidades onde foram identificados efeitos adversos.

Diversos outros casos antitruste envolvendo poder de monopólio foram julgados por órgãos de todo o mundo, como o Rewe/Meinl (Case M.1221 –

02/1999, envolvendo o mercado varejista austríaco), pela Comissão Europeia, com aprovação condicionada à alienação de 162 de suas 341 lojas; o Carrefour/Promodes (Case IV/M.1684 – 01/2000, envolvendo o mercado varejista francês), também pela Comissão Europeia, aprovado com a condição de que o Carrefour vendesse 40% de sua participação acionária na Cora, outro varejista local, além do congelamento, por três anos, das condições de compra com seus fornecedores; o Edeka/Tengelmann (06/2008, pela Agência Antitruste Alemã), aprovada com a condição de alienação de 400 lojas e o comprometimento de realizar compras separadas da Plus, uma das marcas da Tengelmann; e o Konzum/Lokica (12/2008, envolvendo o mercado varejista na Croácia), aprovado pela autoridade antitruste croata com a condição de alienação de algumas lojas e o congelamento das condições de compra com seus fornecedores por um período de dois anos, semelhante à decisão do caso Carrefour/Promodes.

5. Considerações finais

A partir da análise dos recentes estudos acadêmicos citados e da experiência internacional de algumas das principais autoridades antitruste mundiais, é possível extrair algumas conclusões sobre o tema poder de monopólio. Em primeiro lugar, para que o poder compensatório seja benéfico aos consumidores finais, há que se verificar o grau de concorrência no mercado a jusante. Caso contrário, empresas com poder de compra poderiam usá-lo para alavancar suas participações nos seus mercados, ocasionando prejuízos tanto para os consumidores quanto para o bem-estar agregado.

Em segundo lugar, parece haver certo consenso de que o tamanho dos compradores é determinante para obtenção de vantagens de seus fornecedores. Contudo, essa não é a única variável relevante, necessitando-se qualificar esse tamanho, pois um varejista *gatekeeper* local poderia prejudicar um fornecedor que necessitasse alcançar os consumidores daquela localidade.

Em terceiro lugar, aliado aos efeitos estáticos, alguns autores demonstram, ainda, preocupação com a ocorrência de efeitos dinâmicos derivados do poder de monopólio. Ademais, para se neutralizar os efeitos dinâmicos no mercado, somados aos efeitos estáticos, seriam necessários elevados ganhos de eficiência produtiva.

Em quarto lugar, para analisar propriamente os efeitos do poder de monopólio, há que se ter em mente os diversos papéis desempenhados pelos varejistas, que podem ser, ao mesmo tempo, clientes, competidores e fornecedores de seus fornecedores. Isto porque os varejistas adquirem produtos, lançam marcas próprias para concorrer com as marcas já estabelecidas e, ainda, comercializam “espaços” para a venda dos produtos dos fornecedores. A soma

desses três papéis, de certa forma, pode tornar desbalanceada a relação entre varejistas e fornecedores, favorecendo aqueles em detrimento destes.

Outro ponto a ser destacado reside na discussão acadêmica sobre a necessidade, ou não, de métricas próprias para se mensurar o poder de monopólio. Alguns autores citados neste trabalho defendem métricas específicas, enquanto outros não veem tal necessidade. Baseados nos estudos, documentos e decisões abordados neste artigo, entendemos que o poder de monopólio deva merecer uma atenção especial das autoridades, sem, contudo, demandar uma nova metodologia ou novas métricas de análise e, certamente, considerando as idiosincrasias próprias tanto do tipo de análise empreendida (sob a ótica da demanda) quanto dos mercados a serem analisados.

Por fim, este autor entende que o modelo proposto por Canêdo-Pinheiro e Pioner (2006) se apresenta como um bom referencial para uma revisão do Guia SEAE/SDE nesse tópico específico. Entretanto, a contribuição de Chen (2007) referente à forma de precificação adotada nas negociações entre fornecedores e compradores (preços lineares/não lineares) também merece atenção especial, assim como a consideração de possíveis efeitos dinâmicos derivados do exercício do poder de compra, ressaltado por mais de um autor.

Conclui-se, portanto, que ainda há um longo caminho a ser percorrido pelas autoridades antitruste brasileiras no tocante à análise do poder de compra, mesmo considerando evoluções recentes em suas análises. A proximidade da aprovação da lei que reestrutura a política de concorrência no Brasil apresenta-se como uma excelente janela de oportunidade para a inclusão desse tema nas novas legislações infralegais que serão produzidas para o “Novo CADE”, entre elas as resoluções que instituirão o novo guia para análise econômica de atos de concentração e os novos questionários para análise prévia desses atos.

O mercado de bens duráveis merece atenção especial das autoridades antitruste nacionais, principalmente pelo fato de esse setor ter sido ainda pouco explorado pela Academia quanto pelas autoridades internacionais, que sempre privilegiaram em seus estudos o varejo tradicional, e, principalmente, pelos níveis alarmantes de concentração derivados das mais recentes operações brevemente descritas no presente trabalho, aliado aos sinais dados pelo mercado de que outras mais poderão vir em breve.

Bibliografia

AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission (ACCC). *Merger Guidelines*. 21 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.accc.gov.au/content/index.php/itemId/809866>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

- BRASIL. Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1.º de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao>. Acesso em: 12 jul. 2011.
- BUNDESKARTELLAMT (GERMANY). *Case Edeka/Tengelmann*. 1.º jul. 2008. Disponível em: <http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2008/2008_07_01.php>. Acesso em: 12 jul. 2011.
- CANADÁ. Competition Bureau. *Merger Review Process Guidelines*. 18 set. 2009. Disponível em: <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03128.html>>. Acesso em: 14 jul. 2011.
- CANÊDO-PINHEIRO, Mauricio; PIONER, Heleno M. Concentrações verticais e poder de compra em atos de concentração horizontal: fusões e poder de mercado na compra de insumos. In: FIUZA, Eduardo P. S.; MOTTA, Ronaldo S. *Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica*. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 503-533.
- CARSTENSEN, Peter C. *Power and merger analysis: the need for different metrics*, 2004. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/mergerenforce/presentations/040217carstensen.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2011.
- CAVALCANTE, Léia Baeta. *Poder de compra do varejo supermercadista: uma abordagem antitruste*, 2004. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2004>. Acesso em: 11 jul. 2011.
- COREIA DO SUL. Fair Trade Commission. *Guidelines for M & A Review*, 20 dec. 2007. Disponível em: <[http://eng.ftc.go.kr/files/static/Legal_Authority/Guidelines%20for%20M&A%20Review\(2007\).pdf](http://eng.ftc.go.kr/files/static/Legal_Authority/Guidelines%20for%20M&A%20Review(2007).pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2011.
- CURLIN, John J.; GOLDBERG, Daniel L.; SAVRIN, Daniel S. The EC's rejection of the Kesko/Tuko merger: leading the way to the application of a "gatekeeper" analysis of retailer market power under U.S. antitrust law. *Boston College Law Review*, v. 40, Issue 2, 1999, Article 1, n. 2. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2114&context=bclr&sei-redir=1#search=%22EC%C2%80%C2%99s%20Rejection%20Kesko%20Tuko%20Merger%3A%20Leading%20Way%20Application%20%C2%80%C2%9C%20Gatekeeper%C2%80%C2%9D%20Analysis%20Retailer%20Market%20Power%20Under%20U.S.%20Antitrust%20Law.%22>>. Acesso em: 12 jul. 2011.
- DOBSON, Paul. *Buyer power in food retailing: The European experience*, 2003. Disponível em: <http://www.tcd.ie/Economics/staff/amthhews/FoodPolicy/CourseMaterials/Readings/Dobson_retailing.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2011.

- E-COMPETITIONS. *National Competition Laws e-bulletin*. Disponível em: <http://www.concurrences.com/article.php3?id_article=25699&lang=en>. Acesso em: 12 jul. 2011.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Justice (USDoJ) e Federal Trade Commission (FTC). *Horizontal Merger Guidelines*, 19 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 11. jul. 2011.
- EUROPEAN COMMISSION. Competition Division. *Case IV/M.784. Kesko/Tuko*, 19 fev. 1997. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m784_19961120_610_en.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011.
- _____. Competition Division. *Case IV/M.1684. Carrefour/Promodes*, 25 jan. 2000. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1684_fr.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011.
- _____. Competition Division. *Case M.1221. Rewe/Meinl*, 23 out. 1999. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1221_19990203_600_en.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011.
- FRANÇA. Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes. *Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations: procédure et analyse*. 30 abr. 2007. Disponível em: <http://www2.economie.gouv.fr/directions_services/dgccrf/concurrence/concentrations/lignesdirectrices_2007_anglais.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2011.
- GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.
- INDERST, Roman; MAZZAROTTO, Nicola. Buyer power in distribution. In: COLLINS, W. D. (ed.). *Issues in competition law and policy*, 2008. Disponível em: <http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition_Policy/Buyer_Power_in_Distribution_07.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2011.
- INGLATERRA. Office of Fair Trading and Competition Commission. *Merger Assessment Guidelines*, 30 abr. 2009. Disponível em: <http://www.oft.gov.uk/shared_ofc/consultations/OFT1078con.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2011.
- JAPÃO. Japan Fair Trading Commission. *Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination*, 14 jun. 2011. Disponível em: <http://www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/ama/pdf/110713.2.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2011.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Parecer n. 06249/2011/RJ COGCE/SEAE/ME, 25 mar. 2011. Disponível em:

<<http://www.fazenda.gov.br/littera/pdf/08012010473200934.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

_____. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Parecer n. 06250/2011/RJ COGCE/SEAE/MF. 25 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/littera/pdf/08012004857200918.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

_____. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Parecer n. 06376/2011/RJ COGCE/SEAE/MF. 29 abr. 2011. Disponível em: <<https://www.fazenda.gov.br/littera/pdf/08012008074200911.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

_____. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Parecer n. 06510/2011/RJ COGCE/SEAE/MF. 29 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/littera/pdf/08012004423200918.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

_____. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Parecer n. 06605/2011/RJ COGCE/SEAE/MF, 6 jul. 2011. Disponível em: <<https://www.fazenda.gov.br/littera/pdf/08012004168201047.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Conselheiro-Relator Cleveland Prates Teixeira. Ato de Concentração 08012.006976/2001-58, de 17 dez. 2003. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000009361605.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011.

OECD. *Policy roundtables: buying power of multiproduct retailers*, Paris, 1999.

OFFICE OF FAIR TRADING (UK). *Case ME/1930/05*, 8 set. 2003. Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/mergers/safeway.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission Competition. *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the council regulation on the control of concentrations between undertakings*, 5 fev. 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:EN:PDF>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2011 – 2.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

**UMA ANÁLISE DA RECOMENDAÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO CADE AO
USO DE TRIAGEM EM CASOS ENVOLVENDO
PREÇO ABUSIVO**

KENYS MENEZES MACHADO

Resumo:

O objetivo do artigo é analisar se as recomendações apresentadas nos votos-vista do julgamento das Averiguações Preliminares 08012.000295/1998-92 e 08012003648/1998-05 na 458.ª Sessão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) constituem inovação na análise das denúncias envolvendo preço abusivo, contribuindo para a redução de tempo de julgamento e recursos públicos do SBDC. Para análise selecionaram-se dez processos cuja denúncia principal envolvia a infração por preço abusivo e foram comparados os mesmos com as recomendações encontradas ao longo do julgamento das Averiguações Preliminares mencionadas. A conclusão do artigo é que a Secretaria de Direito Econômico e o CADE já vem adotando nos pareceres e votos medidas que simplificam a análise dos casos, não se constituindo, portanto inovação as recomendações sugeridas pelo Conselho no votos-vista.

1. Introdução

No dia 16 de dezembro de 2009, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo apresentou o voto das Averiguações Preliminares (AP) 08012.000295/1998-92 e 08012.003648/1998-05 na 458.ª Sessão de Julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Em ambas as Averiguações o relator votou pelo arquivamento das mesmas devido à falta de indícios para a abertura de Processo Administrativo, seguindo recomendação da Secretaria de Direito Econômico (SDE), da Procuradoria do CADE e do Ministério Público Federal. Todos os Conselheiros acompanharam o relator quanto ao mérito, mas houve uma longa e profícua discussão sobre outro ponto levantado por Ragazzo nos seus dois votos: a ineficácia técnica e jurídica

do artigo da Lei 8.884/1994 que versa sobre o preço abusivo¹ como infração à ordem econômica.

Devido à tese levantada no voto seguiram-se cinco votos-vista dos Conselheiros Vinícius Marques de Carvalho, Ricardo Machado Ruiz, César Costa Alves de Mattos, Luiz Fernando Furlan e do Presidente Arthur Sanchez Badin. Apenas o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia não apresentou voto-vista, mas oralmente defendeu a tese levada pelo relator, alinhando-se à mesma. Apesar de a tese ter sido vencida por quatro votos a três e das divergências levantadas, a discussão revelou algumas convergências entre os votos, entre elas a necessidade da definição de mecanismos de triagem pelo órgão instrutor para que denúncias sobre preço abusivo sem amparo em evidências mínimas não continuem a tramitar pelo Sistema Brasileiro de Defesa Econômico (SBDC),² evitando o desperdício de tempo, recursos e incentivos negativos aos agentes econômicos.

O uso de triagem pelo órgão instrutor não é novidade, já que o procedimento é aplicado pela SDE (anteriormente, pela SEAE) em denúncias envolvendo o mercado de combustíveis.³ A novidade estaria na implantação para as denúncias de preço abusivo, conforme sugerido por alguns dos votos levados ao julgamento supracitado. Nessa esteira, o objetivo do presente artigo é analisar se as recomendações apresentadas nos votos constituem inovação na análise das denúncias envolvendo preço abusivo, contribuindo para a redução de tempo de julgamento e recursos públicos pelo SBDC. Para a análise selecionaram-se dez processos cuja denúncia principal envolvia a infração por preço abusivo e compararam-se os mesmos com as recomendações encontradas ao longo do julgamento das Averiguações Preliminares mencionadas.

2. A discussão quanto à infração de preço abusivo

A Lei 8.884/1994, em seu art. 21, lista as condutas que caracterizariam infração à ordem econômica, na medida em que constituem hipótese alcançada em seu art. 20.⁴ De acordo com o art. 21, XXIV, da Lei 8.884/1994, constitui

1. Os termos *preço excessivo* e *preço abusivo* são empregados de forma sinônima pela literatura e jurisprudência.
2. O SBDC é formado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).
3. A triagem no mercado de revenda de combustíveis passou a ser empregada pela SEAE a partir do documento de trabalho n. 40 (Ragazzo e Silva, 2006).
4. “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam

infração à ordem econômica “impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço”.⁵ Dessa forma, de acordo com o legislador, a infração pode ser decorrente da imposição de um preço excessivo ou da elevação de um preço justo ou adequado sem justificativas para tal aumento. O problema no primeiro caso seria determinar o que é um preço excessivo, enquanto no segundo seria como avaliar o que é uma elevação excessiva.

A partir de tal dispositivo legal, inúmeras denúncias começaram a chegar ao SBDC após a implantação da lei, período que coincidiu com a liberalização de vários setores da economia. Apesar disso, nunca houve qualquer condenação quanto à prática exclusiva de preço abusivo por um agente econômico pelo CADE.⁶

Ao analisar a jurisprudência dos votos pretéritos, o relator observa a existência de duas vertentes, defendidas nos votos dos ex-Conselheiros Paulo Furquim de Azevedo e Carlos Delorme Prado. Segundo Prado, a infração de preço abusivo não é autônoma; ou seja, ela ocorre apenas em decorrência de outra conduta como o cartel, por exemplo. Já Furquim afirma que o preço abusivo pode ser autônomo no caso de, em uma relação vertical, uma empresa impor um preço elevado a outra no *upstream*, de forma a elevar o custo de produção desta ou mesma excluí-la do mercado. Nesse caso a conduta se assemelharia à recusa de contratar, tendo caráter exclusionário.

Essa divisão se alinha com a doutrina, que divide o preço abusivo em duas modalidades: (i) preços exploratórios e (ii) preços excludentes. No primeiro caso, o preço abusivo teria como origem o exercício do poder de mercado sobre os consumidores. Já no segundo, a prática tem como alvo a exclusão de concorrentes que dependem do fornecimento do insumo de uma firma verticalmente integrada. Essa conduta seria semelhante a uma recusa de venda, pois a elevação do preço do insumo teria como objetivo final tornar a firma concorrente não competitiva, forçando sua saída do mercado.

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; IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

5. “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; [...] XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.”
6. Na União Europeia e na Inglaterra a cobrança de preço abusivo também constitui infração, enquanto a legislação antitruste dos EUA não acolhe tal dispositivo (Pardilha e Evans, 2004).

Enquanto a modalidade de preço excludente não suscita maiores debates, pois o SBDC frequentemente recebe denúncias de condutas de caráter excludente (como recusa de contratar), e não há maiores dúvidas quanto à possibilidade de se praticar tal infração via aumento de preço, o mesmo não ocorre para os preços exploratórios. Segundo Ragazzo, a jurisprudência nacional revela a ausência de eficácia fática e técnica do art. 21, XXIV, da Lei 8.884/1994, que versa sobre preço abusivo. Tal tese é explicada pelo autor a partir de considerações jurídico-econômicas, que serão reproduzidas a seguir.

3. O porquê da controvérsia: o voto do Conselheiro Ragazzo

3.1 As denúncias: confirmação da jurisprudência

Na 458.^a sessão do CADE o Conselheiro Carlos Ragazzo levou a julgamento duas Averiguações Preliminares com denúncias semelhantes. A AP 08012.000295/1998-92 tratava de representação do Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga (MG) contra as empresas White Martins S/A e Aga S/A pela prática de preço abusivo e formação de cartel na venda de oxigênio líquido, Agomix e F34.⁷ A denúncia tinha como base a comparação entre o preço de venda do oxigênio líquido em Governador Valadares/MG e o Vale do Aço/MG em dezembro de 1997 e janeiro de 1998, além do preço em janeiro de 1998 em Belo Horizonte/MG. Para a AGOMIX e a F34, a base de comparação foi o preço de Belo Horizonte/MG em relação ao preço do Vale do Aço/MG em janeiro de 1998.

As representadas se manifestaram afirmando que havia justificativas econômicas e logísticas para as diferenças, além de concorrência no mercado, elementos suficientes para o arquivamento da denúncia. A Secretaria de Direito Econômico⁸ solicitou à Representante a apresentação de provas, entre elas as notas fiscais que serviram de indício para abrir investigação, o que não ocorreu, apesar dos quatro ofícios enviados pela Secretaria. Diante da ausência de manifestação e de indícios, a Secretaria enviou a averiguação preliminar para o CADE com a recomendação de seu arquivamento, no que foi acompanhada pela Procuradoria do CADE e pelo Ministério Público Federal.

A AP 08012.003648/1998-05 versava sobre a denúncia de preço abusivo praticado pela White Martins S/A contra a Figueroa Campos Indústria e

7. O oxigênio líquido era vendido pelas duas empresas, enquanto o agomix era comercializado pela AGA e a F34, pela White Martins.

8. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça abre investigação e instrui as averiguações preliminares e processos administrativos acolhidos pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Comércio Ltda no município de Belo Horizonte/MG. A White Martins elevou o preço do oxigênio líquido em 1998 de R\$ 2,50 para R\$ 4,00 o metro cúbico sem justificativa, segundo a Representante. Assim como na averiguação preliminar anterior, SDE, Procuradoria do CADE e Ministério Público Federal não observaram a existência de indícios suficientes para a abertura de Processo Administrativo.

Segundo o relator, o arquivamento de tais processos não foi motivado apenas pela total ausência de indícios mínimos que pudessem levar à abertura de Processo Administrativo. Apesar das inúmeras denúncias de preço abusivo que chegaram ao SBDC, além das duas supracitadas, em nenhum dos demais casos houve condenação. Após fazer uma breve análise da jurisprudência nacional e internacional, o relator faz suas considerações sobre a norma.

3.2 Considerações jurídicas e econômicas sobre o preço abusivo

De acordo com o voto do Conselheiro Ragazzo, há um problema de eficácia em relação à tipificação da conduta de preço abusivo, conforme consta no art. 21, XXIV, da Lei 8.884/1994. De início, enfatiza que o problema não se refere à compatibilidade formal e/ou material da norma, que levaria à questão de validade da mesma, mas à possibilidade do exercício de efeitos concretos sobre a realidade. Para exercer esses efeitos devem existir condições fáticas (eficácia fática) e técnicas (eficácia técnica) para que a norma seja eficaz, o que não acontece.

Segundo o Conselheiro, faltam condições fáticas e técnicas para tornar eficaz a norma que condena a prática de preço abusivo analisada de forma isolada. Em relação às condições fáticas, não é possível extrair da lei ou da jurisprudência qual o valor ou percentual a partir do qual um preço é considerado abusivo. Assim, ao não poder definir o que seria preço abusivo, faltaria um requisito de fato na norma. Outras jurisdições teriam se debruçado sobre tal problema de tentar mensurar o que seria o preço abusivo, mas, de acordo com o autor, sem sucesso.

Isso ocorreria porque, mesmo que fossem calculados a margem ou preço considerado excessivo, teria que ser avaliado se a margem serviria para todos os mercados e qual percentual acima da margem levaria à condenação. A intervenção não pode ocorrer sem critério, sob o risco de inibir a inovação, haja vista que o modelo atual é de liberdade de preços, e a intervenção é exceção, e não a regra. Nas palavras do Conselheiro,

As escolhas constitucionais e legais pertinentes a uma política de liberdade de preços e de proteção à conquista de mercado por meios legítimos impõem

uma dificuldade fática à mensuração de um preço abusivo, tornando difícil, quiçá impossível, a criação do critério jurídico-econômico para defini-lo.⁹

O Conselheiro dá destaque ao papel do CADE em relação à intervenção no mercado: (i) a elevação de preço decorrente de cartel, por exemplo, deve ser punida não por controle de preço, mas por meio de punição das empresas, de forma a restabelecer as condições normais de mercado; (ii) para os mercados caracterizados pela existência de falhas há outras formas de intervenção capitaneadas por agências setoriais responsáveis pela regulação desses setores; e (iii) a intervenção é ainda mais prejudicial em mercados caracterizados por inovação, onde a formação dos preços leva em consideração a amortização de pesados investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D).

À ineficácia fática é somada e, mais que isso, reforçada pela ineficácia técnica. Embora delimitando duas hipóteses de incidência e fornecendo requisitos para a caracterização, o Conselheiro afirma que tais elementos são insuficientes para tecer considerações suficientemente sólidas sobre a abusividade de determinado preço.

As duas hipóteses previstas na lei são a imposição de preços excessivos e a elevação de preços sem justa causa. Os elementos para a definição seriam os seguintes (art. 21, parágrafo único):

I – o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II – o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Esta última hipótese não levanta controvérsia, pois tem como causa a existência de ajuste ou acordo, infrações já tipificadas na lei. Por outro lado, as técnicas empregadas nos demais três incisos para a caracterização da conduta são criticadas pelo relator. Elas têm como base o custo de produção ou a comparação entre produtos ou serviços. Os problemas nesses casos seriam os seguintes: (i) a comparação pressupõe a existência de um preço justo cobrado pelo outro produto, que pode ser igual, semelhante, ou ser vendido em outra jurisdição. Nos três casos nada garante que o produto base da comparação

9. Ragazzo e Silva, 2006, p. 13.

possui um preço “justo”, e as diferenças de marca, qualidade, margem de lucro, taxaço ou outras características podem influenciar a comparação; (ii) o cálculo do custo de produção é tarefa difícil para agências reguladoras devido à assimetria de informação, sendo mais difícil ainda para agências antitruste. Além disso, custos derivados de marketing, investimentos em tecnologia, qualidade, entre outros, deveriam ser mensurados.

Ademais, ressalta o voto, mesmo que pudesse ser adequadamente estimado o custo, o ponto principal que limita a eficácia da norma é a definição do percentual acima do qual determinado preço seria considerado abusivo. Nem a lei nem a jurisprudência indicam esse percentual, o que, segundo o autor, não poderia ser feito, sob o risco de inconstitucionalidade. Apenas em determinados setores regulados é permitido às agências reguladoras a definição do preço e de ajustes; o mesmo não cabe aos órgãos do SBDC.

Como conclusão, além do voto pelo arquivamento da averiguação preliminar com relação a ambas as denúncias, Ragazzo recomenda que denúncias baseadas exclusivamente em comparações de preços de produtos ou serviços não devem servir de parâmetro suficiente para instaurar uma investigação de preço abusivo. Tal conclusão se estenderia à comparação entre o preço e o custo do produto ou serviço. Isso não significa que o SBDC não mais recepcionaria denúncias que tivessem no preço um de seus indícios. Apenas que caberia à instrução identificar se os indícios analisados podem ser indicativos de outra infração ou se têm como objetivo a exclusão do competidor (conduta exclusionária).

4. O emprego de mecanismos de triagem nas denúncias envolvendo preço abusivo

4.1 Justificativa para o uso de mecanismos de triagem

Após os argumentos e posicionamentos levantados pelos demais Conselheiros e pelo Presidente nos votos-vista e de forma oral, o resultado foi acompanhar o relator no arquivamento das denúncias levadas, mas divergir quanto à tese levantada. Apesar de quatro votos discordarem do relator quanto à ineficácia da norma, houve um consenso quanto à pertinência da discussão levantada e à possibilidade de se promoverem avanços a partir das ponderações levantadas. Entre essas ponderações está a criação de filtros pelo órgão de instrução para a recepção e investigação de casos que efetivamente possam se configurar em infração por prática de preço abusivo.

A realização de triagem reduziria o número de denúncias de preço excessivo analisadas pelo SBDC que possuem probabilidade mínima de serem com-

provadas. Com isso, dois objetivos seriam alcançados: (i) redução do uso da máquina administrativa em termos de recursos e pessoal de forma desnecessária e (ii) redução da possibilidade de ocorrer o erro tipo II, ou seja, condenar uma empresa pela prática de preço abusivo sem que haja cometido a infração. Assim, é minimizada a possibilidade de firmas que investem em P&D e, por isso, amortizam tais investimentos na precificação dos produtos lançados serem desestimuladas a realizar novos investimentos caso fossem condenadas pela prática de preço abusivo.

4.2 *A literatura sobre preços abusivos e o uso de critérios para triagem*

A literatura sobre preço abusivo se divide, em linhas gerais, entre os que negam a possibilidade de existência de preço abusivo e os que defendem a possibilidade de existência da infração. No primeiro caso, a existência de preço abusivo só é admitida em mercados com elevadas falhas de mercado, sendo a intervenção, nesse caso, função das agências reguladoras, e não do órgão antitruste. Os defensores da legislação que versa sobre o ilícito defendem a análise pelo órgão antitruste, mas admitem a dificuldade deste na avaliação dos casos. Para a minimização dessas dificuldades e do cometimento de erros, Padilha e Evans (2004) e Motta e Streef (2003) sugerem algumas alternativas que se assemelham ao uso de triagem, conforme sugerido nos votos mencionados.

Padilha e Evans destacam o que chamam de “a folk impossibility theorem”: o fato de que não há análise de custo-preço ou comparação de lucratividade com outros produtos que satisfaça as condições de objetividade e eficiência para a implementação do art. 82 (a) do Treaty, que trata da condenação pela prática de preços abusivos pela Comissão Europeia. Afirmam que:

the consensus reaction to the impossibility result formally stated above is that article 82(a) should be applied only in very obvious, serious and indefensible cases, in which the difficulty and imprecision of the tests cannot affect the validity of the conclusion. However, this approach is not objective and is likely to lead to inconsistent and inefficient decisions (Padilha e Evans, 2004, p. 22).

Devido a essas dificuldades, o resultado estará sujeito a erros tipo I (falsas condenações) e tipo II (falsas absolvições). A gravidade do erro dependerá do tipo da indústria (se há inovação, necessidade de grandes investimentos etc.) e da margem aceita. Com isso, sugerem algumas regras legais a serem consideradas dado o problema da impossibilidade levantada: (i) *per se legality* – considerar que não há ilegalidade na conduta; (ii) *modified per se legality* – considerar ilegal acima de x% do custo da empresa; e (iii) *structured rule of reason* – primeiro foca nos setores com altas barreiras à entrada ou no qual a inovação não

é importante; segundo adota x% acima do custo; e, terceiro, compara os prós e contras do preço acima das eficiências.

Os autores alegam que a terceira alternativa (iii) é melhor que a segunda opção (ii), pois acrescenta à segunda etapa um teste que minimiza o erro tipo I. Já em relação à primeira alternativa (i), a segunda (ii) tem um custo administrativo e de aplicação superior, sem reduzir de forma significativa a possibilidade de erro. Dessa forma, a opção a ser adotada ficaria entre a primeira e a terceira (Padilha e Evans, 2004, p. 27).

A *per se legality* levaria a mais falsas absolvições (erro tipo II), enquanto a *rule of reason* levaria a ambos os erros, mas reduziria o erro tipo I. Contudo, essa redução dependeria de como o valor “x” seria definido. A questão é que, segundo os autores, nem a teoria econômica nem casos já julgados ajudam a definir o que seria um preço excessivo em comparação com o competitivo. Assim, recomendam a ponderação entre os riscos de cada escolha com os possíveis erros.

A regra *per se* tem a vantagem de simplificar a aplicação da lei, tornar mais claro para as empresas a atuação da agência e permitir que essa focalize sua atuação em casos mais graves. Contudo, ressaltam algumas circunstâncias especiais no qual o artigo do *Treaty* poderia ser aplicado (na verdade um teste): (i) a firma detém monopólio ou quase monopólio, sendo que não foi resultado de investimentos passados e inovações protegidos por barreiras legais à entrada; (ii) os preços cobrados pela firma excedem os custos médios totais; e (iii) quando houver risco de que os preços cobrados possam impedir o surgimento de novos bens e serviços em mercados adjacentes (Padilha e Evans, 2004, p. 29). É necessário que as três etapas sejam preenchidas para que o preço seja considerado “injusto”.

De acordo com Motta e Streel (2003), em mais de 40 anos de atuação da defesa da concorrência, a Comissão somente aplicou quatro condenações por preço excessivo, que foram as seguintes: General Motors (1974),¹⁰ United Brands (1975),¹¹ British Leyland (1984)¹² e Deutsche Post II (2001).¹³ Nos casos United Brands e General Motors a Corte anulou as decisões da Comissão. No British Leyland, a decisão foi mantida; contudo, o caso se assemelha à discriminação de preço, haja vista que o mesmo serviço (emissão de certificado para motoristas) estava sendo cobrado a taxas diferentes, sem justificativa de custo (cobrava mais para os canhotos). No último caso (Deutsche Post II) a

10. *General Motors v. Commission* (26/75) [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95.

11. *Case 27/76, United Brands Company v Commission* [1978] ECR 207, par. 250.

12. *British Leyland O.J.* [1984] L 207/11.

13. *Deutsche Grammophon 78/70* [1971] ECR 487.

empresa não recorreu, pois a questão principal não era o nível do preço cobrado pela empresa, mas a determinação do remetente (localização geográfica).

Esses quatro casos, segundo os autores, são apenas a ponta do iceberg de denúncias que não resultaram em condenação. Em grande parte as acusações estão relacionadas à liberalização de certas indústrias, como de eletricidade, aviação e, principalmente, telecomunicações. A atuação da Comissão era feita de forma parcimoniosa, pois não havia desejo de se tornar regulador de preço. Além disso, somente atuava em setores regulados quando a agência reguladora não tinha poder legal de intervir ou não estava atuando de forma adequada (Motta e Streel, 2003, p. 14). Para isso, usualmente entrega vários indicadores de forma cumulativa.

Devido aos perigos e dificuldades do controle antitruste do preço excessivo, Motta e Streel asseveram que somente em situações excepcionais o órgão antitruste deve atuar. Nessas situações devem ocorrer simultaneamente os seguintes fatores: (i) existência de barreiras à entrada altas e não transitórias e (ii) situação de monopólio ou quase monopólio decorrente de direito exclusivo ou especial passado ou presente. Além disso, apontam duas situações adicionais que devem ocorrer para a autoridade antitruste agir: (i) impossibilidade de a autoridade eliminar ou reduzir as barreiras à entrada e (ii) inexistência de regulador setorial, pois este teria mais condições de analisar e intervir. Contudo, esse último caso não impediria de a autoridade antitruste agir na situação de o regulador atuar de forma inadequada ou falha (Motta e Streel, 2003, p. 17).

Dado que ocorreram essas situações, os autores defendem as seguintes abordagens para provar o abuso de preço: (i) verificar se o preço está cima dos custos de produção da firma eficiente; (ii) comparar os preços cobrados pela firma sobre o mesmo produto entre diferentes consumidores ou regiões; (iii) comparar com o preço do produto ofertado pelas concorrentes; e (iv) comparar o preço dos produtos concorrentes em outras regiões (Motta e Streel, 2003, p. 18 e 19).¹⁴ Entretanto, salientam que, mesmo tomanodas essas precauções, pode haver alocações de custo que justifiquem as diferenças encontradas, e comparações de preço não devem ser suficientes para provar abuso de preço.

Por fim, o Conselheiro Paulo Furquim também discutiu, no voto do Processo Administrativo 000912/2000-73, as etapas necessárias para a análise de casos envolvendo preço abusivo. De acordo com Furquim:

No caso de alegação de abuso de preços, deve-se inicialmente verificar se houve aumento desproporcional de preços, como evidência da ação por meio da qual a alegada conduta anticompetitiva tomaria forma. Sendo

14. Basicamente o que diz o parágrafo único do art. 21 da Lei 8.884/1994.

observada essa condição necessária, deve-se avaliar se a empresa responsável pelo aumento de preços detinha condições para realizar a alegada conduta anticompetitiva, por meio de sua participação de mercado, indícios de diferenciação vertical, barreiras à entrada e inexistência de mecanismos de contestação de posição dominante. Finalmente, sendo observadas as duas condições necessárias anteriores, deve-se avaliar se a conduta, aumento unilateral desproporcional de preços, constitui uma infração à concorrência, devendo, portanto, ser coibida pela política de defesa da concorrência.

O objetivo do Conselheiro não era a criação de triagem para a recepção de denúncias, mas a correta condução da análise dessas mesmas denúncias. De qualquer forma, a metodologia sugerida ressalta alguns elementos destacados pelos autores anteriormente citados que foram aproveitados nas sugestões apresentadas no julgamento das averiguações preliminares aqui analisadas.

4.3 *Os critérios de triagem sugeridos*

As sugestões apresentadas no tópico anterior revelam a preocupação dos autores em não cometer o erro tipo I (falsas condenações) aliado à tentativa de aplicação da norma, já que ela se encontra no arcabouço jurídico europeu. Essa preocupação é semelhante à observada pelos Conselheiros que sugeriram a aplicação de triagem na discussão das averiguações preliminares supracitadas. Outra preocupação tangenciada acima e destacada na votação foi a redução de custos para a administração pública – e para as representadas – devido ao não prosseguimento de processos fadados ao arquivamento.

Percebendo a importância dessas preocupações, o Conselheiro Furlan, em seu voto-vista, sumariza as contribuições do relator, do Conselheiro Ruiz, do DEE¹⁵ e dos antigos Conselheiros Furquim e Prado para a definição de critérios para investigação e decisão de casos envolvendo preço abusivo, sem agregar, contudo, quais seriam mais ou menos adequados, já que a lista é extensa e, em alguns casos, redundante. Segundo essa lista os critérios seriam os seguintes:

1. Alegações (representações) lastreadas, exclusivamente, em comparações de preços de produtos (com produtos semelhantes, com o mesmo produto em outros mercados, ou com o mesmo produto em período anterior) não constituem indício mínimo para a instauração de uma

15. A fundamentação econômica do voto-vista do Presidente Badin se constituiu da transcrição da nota técnica solicitada por ele ao Departamento de Estudos Econômicos do CADE (DEE) sobre a possibilidade de análise de condutas envolvendo a denúncia por prática de preço abusivo.

- investigação com base em acusação de preço abusivo. O mesmo pode ser dito em relação à comparação entre custo e preço do produto;
2. A firma precificadora deve ter posição dominante no mercado relevante;
 3. Os produtos e serviços considerados devem ser comparáveis nas dimensões tecnológicas;
 4. A prática de preço abusivo deve ter algum grau de generalização na indústria;
 5. O agente que pratica preço abusivo deve fazê-lo por um período de tempo relevante;
 6. Caso a firma formadora de preços tenha alguma exclusividade na oferta de produtos e serviços e/ou uso de técnicas produtivas, existem condições estruturais para a prática de preços abusivos;
 7. Há relações econômicas diretas ou indiretas entre a firma precificadora e as firmas demandantes ou ofertantes;
 8. A prática de preço abusivo não pode ser confundir com oscilações de preços relacionadas a choques exógenos da indústria;
 9. É preferível a adoção de medidas que não envolvam controle direto de preços. Por exemplo, a redução de barreiras à entrada;
 10. As autoridades antitruste devem evitar atuar em relação a preços em mercados regulados;
 11. Se o produto for resultado de investimentos irreversíveis em P&D deve-se evitar a análise de preços excessivos para não desestimular a inovação;
 12. Apenas mercados com elevadas barreiras à entrada devem ser analisados;
 13. O preço praticado e analisado deve passar em todos os testes descritos abaixo para ser considerado excessivo:
 - a. Identificação de períodos onde preços não eram considerados abusivos ou distorcidos por condutas concertadas;
 - b. Avaliação do efeito de mudança nos custos sobre os preços, nos períodos considerados no item acima, levando em conta mudanças nas condições mercadológicas pelo lado da demanda e características dos produtos;
 - c. Avaliação de condições estruturais para o exercício abusivo de posição dominante, na forma de preços excessivos.

Pelo que se observa, as sugestões não se limitam a criar um mecanismo de triagem para o início da análise das denúncias, mas avançam na forma pela

qual as mesmas devem ser avaliadas ao longo da instrução no SBDC e no seu julgamento. Os critérios apresentados que constituiriam etapas a triagem de denúncias seriam os seguintes: (i) indústria com histórico de práticas anticompetitivas envolvendo preço; (ii) mercado com altas barreiras à entrada; e (iii) empresa possui posição dominante.

Os demais critérios já envolveriam etapas posteriores e, por isso, não resolveriam a questão de triagem dos casos. Os critérios sugeridos para a análise da ocorrência da denúncia foram os seguintes: (i) avaliação das condições estruturais do mercado, caso a firma seja monopolista ou quase monopolista; (ii) verificação da existência de relação econômica direta ou indireta entre as partes (possibilidade e interesse em uma conduta de fechamento de mercado); (iii) avaliação do nível e/ou elevação dos preços, levando em consideração (a) se a variação não é decorrente de choques exógenos de custos, (b) se é possível a comparabilidade de preços com concorrentes e (c) se há condições estruturais para a manutenção do preço.

Naquela análise dever-se-ia considerar se o produto é fruto de investimentos irreversíveis em P&D e se o mercado é regulado (o que não impede a avaliação e, se for o caso, a condenação). Por fim, o último critério é a preferência de emprego de medidas não relacionadas a controle direto de preços, caso se opte por um remédio.

Para avaliar se esses critérios inovam em relação aos já utilizados pela SDE e se contribuem na triagem dos casos, eles foram comparados com a instrução pela Secretaria em casos pretéritos julgados pelo CADE nos últimos anos. As condutas foram selecionadas de forma a contemplar diferentes setores nos quais a denúncia predominante fosse o preço abusivo e a instrução fosse a relatada nos pareceres da SDE e nos votos dos Conselheiros-relatores.

5. Aplicação dos filtros

5.1 Os casos analisados

Foram selecionadas dez condutas que tiveram como objeto da denúncia principal, senão única, o abuso de preço. O quadro abaixo resume cada uma delas, trazendo as informações pertinentes (número do processo, representada, representante, produto/serviço, tempo de tramitação no sistema, data do julgamento e resultado). Estas envolvem o mercado de medicamentos, de gases industriais, de planos de saúde, de peças de reposição, de mídias ópticas e formação de condutores. O dez casos ficaram, em média, 7 anos e meio no sistema, sendo todos arquivados.

Quadro 1 – Processos envolvendo a denúncia por preço abusivo

Tipo/Nº do Processo	Representada	Representante	Produto/ Serviço	Tempo de tramitação no SBDC ¹	Data do julgamento ²
AP 08012.000295/1998-92	White Martins S/A e Aga S/A	Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgico e Material Elétrico de Ipatinga/MG.	Oxigênio líquido e agomix/F34	11 anos e 11 meses	16/12/2009
AP 08012.003648/1998-05	White Martins S/A.	Figueroa Campos Indústria e Comércio Ltda.	Oxigênio líquido	11 anos e 7 meses	16/12/2009
AP 08012.007778/1998-54	Unimed Sorocaba	Hamilton Pereira – Deputado Estadual/SP	Plano de saúde	10 anos e 2 meses	26/11/2008
PA 08012.000966/2000-01	Laboratório Pfizer Ltda.	CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados	Medicamentos	8 anos e 4 meses	18/06/2008
PA 08012.000912/2000-73	Janssen Cilag Farmacêutica Ltda.	CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados	Medicamentos	8 anos e 5 meses	04/06/2008
PA 08012.007514/2000-79	Laboratório Teuto-Brasileiro Ltda.	CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados	Medicamentos	6 anos e 8 meses	17/01/2007
PA 08012.000973/2000-68	Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda.	CPI dos Medicamentos da Câmara dos Deputados	Medicamentos	6 anos	15/02/2006
PA 08012.006516/2001-20	Volkswagen do Brasil	Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores – FENABRAVE	Autopeças de reposição	8 anos e 5 meses	18/06/2008
AP 08012.005181/2006-37	Koninklijke Philips Electronics N.V.	Videolar S.A.	Mídias ópticas de armazenamento graváveis	1 ano e 6 meses	29/04/2009
AP 08012.002864/2008-02	Centro de Formação de Condutores de Americana/SP	Procon de Americana-SP	Formação de condutores	2 anos	09/06/2010

Fonte: Elaboração própria.

AP – Averiguação Preliminar. PA – Processo Administrativo.

¹ Aproximado.

² Voto levado pelo relator.

5.2 Resultados

A análise dos casos revela que em sete deles a conduta foi de aumento excessivo dos preços, enquanto em três o problema era que o preço cobrado, independentemente de aumentos, já seria excessivo (*Videolar v. Philips*, *Volkswagen v. Fenabrave* e *Centro de Formação de Americana v. Procon*). Pelo

primeiro critério – indústria com histórico de práticas anticompetitivas –, praticamente todos já foram alvo de investigações envolvendo denúncias relacionadas ao exercício de poder unilateral ou coordenado, como cartel, discriminação de preços ou outras denúncias de preço abusivo.

Os outros dois critérios – existência de barreiras à entrada e posição dominante detida pela firma – demandam análise mais complexa, pois necessitam de investigação inicial pelo órgão instrutor, principalmente pela necessidade de definição do mercado relevante de produto e geográfico. Por exemplo, a definição do mercado relevante não é tarefa simples em determinadas situações, como nos casos envolvendo medicamentos e planos de saúde, e a definição da existência ou não de posição dominante e barreiras à entrada já exigiria aprofundamento analítico que não se coaduna com o objetivo da triagem de descartar casos com baixa probabilidade de condenação já no momento inicial da notificação.

A literatura não auxilia de forma adequada na elaboração de filtros, pois, como observado, há os mesmos problemas relatados acima: uma mistura de critérios de recepção e de análise no qual a preocupação maior está em não condenar práticas que não se constituem preço abusivo (falsas condenações). Assim, embora possa contribuir na análise dos casos, não permite avançar no estabelecimento de critérios para recepção de denúncias, preocupação inicialmente levantada pelo relator e pelo Conselho.

Além disso, os pareceres e votos revelam que a SDE já adota grande parte das recomendações elencadas no tópico anterior para dar racionalidade na análise dos casos envolvendo preço abusivo. Na instrução, o órgão vem considerando que:

- (i) o simples aumento de preço acima da inflação não é condição suficiente para se comprovar aumento abusivo de preço;
- (ii) a representante deve apresentar provas dos preços informados, sem o que a análise não merece prosseguir;
- (iii) é necessário que a representada detenha posição dominante para que a conduta tenha efeitos anticompetitivos no mercado;
- (iv) havendo justificativas para o preço elevado, o órgão recomenda medidas que reduzam as barreiras à entrada ou minimizem falhas de mercado;
- (v) a conduta merece análise mais detida quando relacionada à tentativa de fechamento de mercado;
- (vi) quando no mercado há alguma autoridade regulatória ou fiscalizadora, deve-se respeitar a competência deste, embora isso não implique renúncia do SBDC no acolhimento e análise da denúncia.

Esses elementos vêm sendo empregados na análise, pois, como destacado, a triagem em casos envolvendo preço abusivo é difícil, como demonstram os critérios elencados pelo voto do Conselheiro Furlan, que exigiriam, já de início, algum aprofundamento analítico. Contudo, mesmo aceitando o fato de que a triagem é de difícil operacionalização, devendo, em grande parte dos casos, passar ao menos para a avaliação preliminar, isso não justifica a demora na análise das denúncias. Como demonstrado acima, a SDE vem empregando critérios que, em tese, permitiriam o julgamento dos casos de forma mais célere. Entretanto, os dez casos listados demoraram em média 7 meses e meio para serem julgados, tempo demasiadamente longo para casos simples que resultaram em arquivamento.

A demora na tramitação dos casos no SDBC decorre menos dos pressupostos analíticos e da metodologia empregada pelos órgãos na análise e mais da insuficiência de recursos humanos e materiais para a investigação. Devido à demora da prescrição e a possibilidade de interrupção via solicitação de informações para instrução, os casos vão se arrastando por longo tempo no Sistema. Além disso, a necessidade de passar por vários órgãos pareceristas – SDE, ProCADE, MPF, Conselho e, em muitos dos analisados, pela SEAE – leva à demora no julgamento, mesmo que seja clara a falta de quaisquer provas da existência da conduta. Outro fator que colabora com a dificuldade para a tramitação é a falta de cooperação dos representantes das ações. A demora em apresentar provas (quando apresentam) e em responder as informações solicitadas acaba alongando ainda mais o processo.

Poder-se-ia argumentar que a recepção dos casos pela SDE e a demora na análise poderiam criar incentivos negativos ao processo de inovação por parte das empresas. Contudo, isso deve ser ponderado: primeiro, a conduta está na lei e, havendo denúncias com indícios mínimos, cabe à SDE a análise das mesmas. O órgão – assim como o CADE – não se alonga na análise ao verificar que não existem condições para o exercício da conduta. Os motivos para a demora, como já mencionado, são outros. Segundo, a inexistência de qualquer condenação pelo CADE e a linha adotada pelos órgãos pareceristas revela que a possibilidade de condenação de uma prática decorrente exclusivamente de abuso de preço é extremamente baixa.

6. Conclusão

Dada a linha adotada pela instrução e pelo CADE nos julgados, a recomendação do Conselheiro Ragazzo em sugerir a análise das denúncias de preço abusivo apenas quando houvesse indícios de outras condutas parece ser razoável. Contudo, a linha de argumentação empregada por ele – ineficácia fática e técnica do artigo que versa sobre a infração – foi dura com o texto da

lei, e a maioria do Conselho optou por discordar do argumento, haja vista a possibilidade defendida nos votos-vista, mesmo que remota, de condenação pela prática.

Apesar da discordância, os Conselheiros que votaram contra aquele ponto concordaram em seus votos com a necessidade de parâmetros para a recepção e análise dos casos. A preocupação aqui, assim como a do relator, era o desperdício de tempo e recursos na análise de casos cuja condenação era improvável, além da possibilidade de gerar incentivos negativos à inovação pelo mercado.

Entretanto, alguns dos critérios de triagem sugeridos (avaliação de posição dominante e existência de barreiras à entrada) demandam análise mais profunda daquela desejada em uma etapa de triagem. Assim, não contribuem para atingir o objetivo proposto. Quanto à etapa de análise, a SDE e o CADE já vêm adotando nos pareceres e votos, conforme observado nos casos levantados, as recomendações sugeridas, não constituindo estas, dessa forma, inovação.

A demora no julgamento é fruto de problemas estruturais do SBDC e da falta de cooperação de algumas das partes do processo, principalmente das representantes. Com a jurisprudência que já vem se adotando, é improvável que haja redução do processo de inovação devido à recepção pelo sistema de denúncias relacionadas à infração mencionada. O mais presumível – e que já vem ocorrendo – é a redução de casos que chegam ao SBDC apoiados exclusivamente sobre a denúncia de abuso de preço, pois o resultado será, provavelmente, o arquivamento.

Bibliografia

BRASIL. Lei 8.884, de 11 de junho de 2004.

_____. CADE. Averiguação Preliminar 08012.000295/1998-92. Representante: Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga/MG. Representada: White Martins S/A e Aga S/A. Órgão Formalizador: Secretaria de Direito Econômico. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, DF, 16 dez. 2009.

_____. CADE. Averiguação Preliminar 08012.003648/1998-05. Representante: Figueroa Campos Indústria e Comércio Ltda. Representada: White Martins S/A. Órgão Formalizador: Secretaria de Direito Econômico. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, DF, 16 dez. 2009.

_____. CADE. Averiguação Preliminar 08012.000295/1998-92. Representante: Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga/MG. Representada: White Martins S/A e Aga S/A. Órgão Formalizador:

Secretaria de Direito Econômico. Voto-vista: Vinícius Marques de Carvalho, DF, 10 fev. 2010.

_____. CADE. Averiguação Preliminar 08012.000295/1998-92. Representante: Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga/MG. Representada: White Martins S/A e Aga S/A. Órgão Formalizador: Secretaria de Direito Econômico. Voto-vista: Ricardo Machado Ruiz, DF, 7 abr. 2010.

_____. CADE. Averiguação Preliminar 08012.000295/1998-92. Representante: Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga/MG. Representada: White Martins S/A e Aga S/A. Órgão Formalizador: Secretaria de Direito Econômico. Voto-vista: César Costa Alves de Mattos, DF, 28 abr. 2010.

_____. CADE. Averiguação Preliminar 08012.000295/1998-92. Representante: Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga/MG. Representada: White Martins S/A e Aga S/A. Órgão Formalizador: Secretaria de Direito Econômico. Voto-vista: Arthur Sanchez Badin, DF, 9 jun. 2010.

_____. CADE. Averiguação Preliminar 08012.000295/1998-92. Representante: Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga/MG. Representada: White Martins S/A e Aga S/A. Órgão Formalizador: Secretaria de Direito Econômico. Voto-vista: Fernando de Magalhães Furlan, DF, 18 ago. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Parecer 665/2006. Outubro de 2006. Disponível em: <www.cade.gov.br>.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Parecer 216/2008. Março de 2008. Disponível em: <www.cade.gov.br>.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Parecer 561/2008. Julho de 2008. Disponível em: <www.cade.gov.br>.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Parecer 754/2008. Setembro de 2008. Disponível em: <www.cade.gov.br>.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Parecer 772/2008. Setembro de 2008. Disponível em: <www.cade.gov.br>.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Parecer 152/2008. Março de 2009. Disponível em: <www.cade.gov.br>.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico (SDE). Parecer 65/2010. Janeiro de 2010. Disponível em: <www.cade.gov.br>.

MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. *Exploitative and exclusionary prices in EU law*. 8.th Annual European Union Competition Workshop, Florence, June 2003.

PADILHA, Jorge; EVANS, David. *Excessive prices: using economics to define administrable legal rules*. CEMFI Working Paper n. 0416. Sept. 2004.

RAGAZZO, Carlos; SILVA, Rutelly. *Aspectos econômicos e jurídicos sobre cartéis na revenda de combustíveis: uma agenda para investigações*. SEAE/MF, Documento de Trabalho n. 40, dez. 2006.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2011 – 3.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

**TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO
EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL:
UMA COMPARAÇÃO COM A EXPERIÊNCIA
ESTRANGEIRA**

CRISTIANE LANDERDAHL DE ALBUQUERQUE

Resumo:

O presente artigo compara a aplicação de Termos de Compromisso de Desempenho (TCD) pelo CADE com a experiência estrangeira de aplicação de remédios em fusões e aquisições prejudiciais à concorrência. Os países estudados, principalmente da América do Norte e Europa, preferem remédios estruturais e adotam vários mecanismos para garantir a efetividades das medidas. O CADE, desde a promulgação da Lei 8.884/1994, evoluiu visivelmente na aplicação de remédios, iniciando com TCDs puramente comportamentais que visavam apenas ao alcance de eficiências alegadas pelas requerentes até os TCDs recentes, que prevêem medidas estruturais mais complexas. O CADE, porém, ainda pode aprender com seus atos passados e com a experiência estrangeira.

1. Introdução

Ao decidir sobre um ato de concentração que gere prejuízos à concorrência, a aprovação ou a reprovação não são as únicas alternativas para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Em muitos casos, a reprovação é até desproporcional ao dano causado ao mercado. É o caso, por exemplo, de operações que envolvem vários mercados, mas em que nem todos são prejudicados.

As alternativas à reprovação de um ato de concentração são a imposição, de maneira unilateral pelo CADE, de condições para a aprovação do ato e a assinatura de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD). A segunda opção, tendo em vista que é uma solução negociada entre as requerentes e o CADE, pode ser a mais adequada. A assinatura de um TCD pode eliminar problemas concorrenciais de uma forma não tão danosa para as empresas e, além disso, limita a possibilidade de discussão do caso no Judiciário.

Tais condições para aprovação de um ato de concentração, que são comumente chamadas de remédios, não são exclusividade do Brasil. Autoridades de concorrência do mundo inteiro também possuem a possibilidade de resolver um ato de concentração por meio de acordo para a adoção de remédios. Muitos países, principalmente os mais experientes com a defesa da concorrência, já realizam acordos há vários anos e reuniram melhores práticas e experiências que podem ser úteis para o Brasil. Nesse sentido, o presente artigo tem o objetivo de analisar a maneira como têm sido realizados acordos de remédios em outras jurisdições e compará-los com o que tem sido feito pelo CADE desde a promulgação da Lei 8.884/1994.

Além desta introdução, este artigo contém outras cinco seções. A segunda seção descreve a revisão da literatura de remédios e acordos em ato de concentração. A terceira parte expõe a experiência internacional, a quarta seção analisa os TCDs firmados no Brasil, a quinta seção compara a experiência brasileira com a internacional e, por fim, a sexta seção apresenta as considerações finais.

2. Revisão da literatura

Os estudos de remédios em fusões e aquisições são bastante recentes e encontrados principalmente na literatura estrangeira. Davies e Lyons (2007) definem remédio como uma intervenção desenhada para evitar consequências anticoncorrenciais, mas que, ao mesmo tempo, não impede o alcance de eficiências e ganhos esperados de uma fusão.

Remédios, na maioria das vezes, são classificados apenas como estruturais e comportamentais. Segundo Davies e Lyons (2007), remédios estruturais pretendem restaurar a estrutura do mercado anterior à fusão, enquanto remédios comportamentais buscam controlar os resultados dos mercados por meio do comportamento das firmas envolvidas na fusão. Medidas estruturais geralmente estão associadas à alienação de ativos. Já as medidas comportamentais podem ser controle de preços, quantidades e condições de comercialização com concorrentes, fornecedores ou consumidores.

Uma terceira categoria de remédios seria o chamado pelo Bureau of Competition do Canadá de *quasi-structural*. Essas medidas seriam aquelas que afetam a estrutura do mercado, apesar de não envolverem alienação de ativos.¹ Estão incluídas nessa classificação ações que reduzem as barreiras à entrada e que permitem acesso a estrutura essencial ou tecnologia. Exemplos

1. No original: “While allowing the merged entity to retain ownership of the asset(s) acquired in the merger, certain actions may have structural implications for the marketplace. This includes those actions that reduce barriers to entry, provide

desse remédio são o licenciamento de propriedade intelectual e a permissão de acesso não discriminatório a uma rede ou infraestrutura essencial.

Parker e Balto (2000) sugerem cinco tipos de remédios: (i) a rejeição total da operação, (ii) a alienação de uma empresa inteira, capaz de operar sozinha, (iii) a alienação parcial de ativos, como venda de uma ou mais unidades produtivas, (iv) os arranjos contratuais, como licenças de propriedade intelectual e acordo de fornecimento e (v) os remédios comportamentais.

Como será visto na seção seguinte, a maior parte das autoridades prefere remédios estruturais que envolvam alienação de ativos. Tal preferência é confirmada, por exemplo, no artigo “Policy roundtables – merger remedies”, elaborado pela OCDE, e por Parker e Balto (2000), ao analisarem a experiência da Federal Trade Commission (FTC) com a negociação e implementação de remédios.

Papandropoulos e Tajana (2006), contudo, levantam basicamente três críticas à utilização de alienação de negócios como remédio. A primeira delas é a assimetria de informações e o comportamento estratégico das partes, que não possuem incentivos para constituir um concorrente efetivo com a alienação de seus ativos. Em segundo lugar, a escolha de medidas estruturais sobre as comportamentais é questionada, por motivos como a possibilidade de colusão após a adoção de remédios estruturais e o fato de que remédios comportamentais podem ter um monitoramento mais efetivo e podem ser mais adequados para alguns mercados, como os regulados. O terceiro ponto é que, ao desenhar um remédio, a autoridade pode desejar um resultado mais competitivo do que o anterior à fusão, e isso pode desencorajar fusões futuras que geram eficiências econômicas.

O risco de colusão entre vendedores e comprador e o desejo da autoridade de aumentar a concorrência em vez de restabelecê-la também são pontos estressados por Farrel (2003). Em relação ao risco associado ao comprador, esse autor indica que nem sempre o comprador do ativo alienado por meio de um acordo de remédio está do lado da autoridade, mas, ao contrário, é mais provável que ele tenha interesses mais alinhados aos das requerentes. Além disso, Farrel argumenta que o fato de as autoridades de concorrência exigirem remédios desproporcionais aos danos gerados ou que não estão relacionados ao problema concorrencial pode desencorajar fusões e aquisições eficientes. Por fim, a partir de modelos de negociação, o autor conclui que, mesmo que a agência busque maximizar o bem-estar total (e não apenas o do consumidor), ao negociar um remédio, ela deve se preocupar mais com o excedente do con-

access to necessary infrastructure or key technology, or otherwise facilitate entry or expansion”.

sumidor e menos com as eficiências geradas pela operação porque as partes já estão buscando preservar essas eficiências. Se a autoridade antitruste também levar em consideração as eficiências da operação, estas serão contadas em dobro na negociação.

Remédios em uma fusão ou aquisição comumente seguem alguns princípios. A OCDE aponta que, ao desenhar remédios, as autoridades devem adotar os seguintes princípios: (i) remédios devem ser considerados apenas quando uma ameaça à concorrência for identificada; (ii) remédios devem ser o último recurso para eliminar uma preocupação concorrencial; (iii) remédios devem incluir apenas preocupações concorrências e não devem ser instrumentos para política industrial ou outro assunto que não concorrência; e (iv) a autoridade de defesa da concorrência deve ser flexível e criativa quando desenvolver um remédio.

Lévêque (2001) também aponta quatro critérios, porém um pouco diferentes dos indicados pela OCDE. Os dois primeiros são relacionados aos interesses da autoridade: (i) efetividade do remédio em restabelecer a concorrência e (ii) minimização de custos administrativos para desenhar e fazer cumprir o remédio. Os dois últimos dizem respeito aos interesses das partes: (iii) minimização de perdas das eficiências da operação e (iv) alocação eficiente dos ativos, vendendo-os para o comprador que lhes atribui o maior valor. Davies e Lyons (2007) adicionam a esses critérios a transparência por parte da autoridade durante as negociações e na implementação de remédios.

A Federal Trade Commission (FTC), dos Estados Unidos, segundo Parker e Balto (2000), busca basicamente três objetivos quando aplica um remédio. O primeiro deles é que o remédio escolhido deve preservar efetivamente e completamente a concorrência. Em segundo lugar, o remédio deve preservar a concorrência com o maior grau de certeza possível. Finalmente, a autoridade deve buscar a manutenção das eficiências geradas pela fusão na medida do possível.

Se a efetividade do remédio e a minimização de custos são pontos incontestáveis, não se pode dizer o mesmo em relação à proporcionalidade dos remédios. Parece não haver um consenso entre os autores nem no que diz respeito a como aplicar o conceito nem em relação a sua ordem de importância. Davies e Lyons (2007) sugerem dois conceitos para proporcionalidade em remédios. O primeiro seria uma análise custo-benefício do prejuízo à concorrência *versus* ganhos de eficiência da fusão. A segunda consideração seria a proporção do risco de prejuízo à concorrência em comparação com o risco de fracasso do remédio. Em parte, apontam os autores, a escolha entre os dois conceitos de proporcionalidade depende da opção da autoridade em adotar o *welfare standard* ou uma análise mais focada no consumidor.

3. Experiência internacional

Diversas autoridades estrangeiras de defesa da concorrência publicam guias sobre temas de fusões e aquisições. Praticamente todas possuem um guia de análise de atos de concentração e várias delas publicaram guias sobre remédios. O propósito desse tipo de documento é garantir a transparência do processo e indicar ao administrado o que pode ser esperado da autoridade antitruste ao conduzir a análise de um ato de concentração. Nos guias específicos sobre remédios, a autoridade geralmente expõe que tipo de remédio é preferido, com pode ser proposto, os procedimentos que são adotados para a assinatura de um acordo, além da descrição de algumas situações especiais em que certos tipos de remédios podem ser mais adequados ou exceções podem ser aceitas.

Os guias de remédios não só estabelecem o que pode ser esperado da autoridade nesse tema, mas também refletem a experiência do órgão em relação a casos passados. Assim, esses guias expõem qual tem sido a política de remédios e de sua negociação em cada país.² Por esse motivo, no presente artigo, foram utilizados principalmente esses guias³ para analisar como é feita a negociação de remédios e como eles são implementados.

De maneira geral, os procedimentos para a negociação de um acordo e as características dos remédios aceitos são bastante similares entre os países. A maioria das autoridades não impõe prazos específicos para que seja apresentada uma proposta de acordo de remédios. No entanto, todas as autoridades encorajam as partes a apresentarem proposta o mais cedo possível, para que ela possa ser adequadamente avaliada. Além disso, a maior parte das autoridades proíbe a apresentação de proposta após a conclusão da análise do ato de concentração.⁴

2. A FTC, por exemplo, resolveu estudar os remédios impostos no passado e publicou os resultados desse estudo em um documento de 1999. O documento *Negotiating Merger Remedies* de 2003, que estabelece orientações a respeito da negociação e características dos remédios geralmente aceitos pela autoridade, utilizou largamente o achado nesse estudo.

3. Foram estudadas, principalmente, as autoridades dos Estados Unidos, Canadá, União Europeia, Austrália, Espanha, Dinamarca e França.

4. A European Commission e a Australian Competition & Consumer Commission (ACCC) são as únicas autoridades, das estudadas, que não são autorizadas a impor, unilateralmente, condições para a aprovação de um ato de concentração. Dessa forma, nessas duas jurisdições é preciso que as partes proponham um acordo. Caso as partes não o façam ou a proposta não seja aceita, só resta à autoridade reprová-la.

Em relação a prazos, existem algumas exceções. A Espanha e a União Europeia, por exemplo, estabelecem prazos específicos na primeira e na segunda fase para que as partes apresentem propostas de acordos de remédios. Já na Dinamarca e na França, apesar de não existir um prazo específico, o prazo de apreciação da operação é estendido quando as requerentes apresentam uma proposta de acordo.

Em relação às características dos remédios que podem ser aceitos, é unânime entre as autoridades estrangeiras a preferência por remédios estruturais.⁵ Ressaltam, porém, que podem aceitar remédios comportamentais junto com remédios estruturais. Remédios comportamentais sozinhos, no entanto, raramente são aceitos. Como uma das exceções, a Competition Commission do Reino Unido aponta os casos em que o efeito deletério para a concorrência é limitado no tempo.

A preferência por remédios estruturais se dá, primeiramente, porque esse tipo de remédio não requer um acompanhamento duradouro pela autoridade, enquanto remédios comportamentais necessitam de um monitoramento prolongado e eficaz. Além disso, as autoridades apontam que preferem evitar remédios que interfiram no resultado do mercado, como é o caso de remédios comportamentais que podem estabelecer, por exemplo, controle de preços ou quantidades. Em alguns casos, também podem ser considerados remédios que afetam a estrutura do mercado, mas não envolvem alienações. Tais remédios são, comumente, acesso a redes e estruturas essenciais, licença de propriedade intelectual e modificação de cláusulas contratuais.

As autoridades também preferem alienar negócios capazes de operar sozinhos, como uma empresa completa (*stand alone business*). Soluções *carve out*, que são aquelas em que alguns ativos de uma ou mais requerentes são separados para alienação, como fábricas ou pontos de venda isolados, só são aceitas ou quando não há a opção de alienar uma empresa inteira ou quando as partes puderem demonstrar que aqueles ativos podem operar sozinhos.

Depois de apresentada uma proposta de acordo, as requerentes e a autoridade podem negociar seus termos. Cabe às requerentes provarem que o remédio proposto elimina problemas concorrenciais. Se for possível chegar a uma primeira versão de um acordo, a maioria das autoridades o testa no mercado. Para tanto, podem ser consultados concorrentes, consumidores, fornecedores e especialistas, a fim de verificar a viabilidade e a eficácia do remédio. Após

5. Caso seja necessário, o remédio pode incluir a alienação de ativos que estão fora do mercado relevante, no caso, por exemplo, de haver economias de escopo. Tal medida pode ser necessária para viabilizar a operação da empresa compradora.

esse teste e dependendo de seu resultado, é possível haver ainda outra fase de negociação e/ou últimos ajustes.

Uma vez alcançado um acordo final, que geralmente envolve alienação de ativos, na maioria dos casos a autoridade concede um período inicial para que as requerentes encontrem um comprador para o ativo e realizem a alienação. Algumas autoridades decidem a extensão desse período caso a caso. Outras, como o Competition Bureau do Canadá e a Competition Commission da União Europeia, indicam que, geralmente, concedem prazos que variam de três a seis meses. Contudo, o exato período concedido é confidencial, a fim de não prejudicar as negociações das requerentes no momento da venda dos ativos.

Nessa fase, algumas autoridades podem nomear uma terceira parte independente (*monitoring trustee*), responsável por verificar se as partes estão de fato buscando alienar os ativos da forma concordada e, assim, cumprindo o acordo. As requerentes são responsáveis pela remuneração desse monitor.

Após o período inicial de alienação, caso as partes não obtenham sucesso em vender os ativos acordados, é comum que a autoridade nomeie um terceiro (*divestiture trustee*)⁶ para controlar o processo de venda. As requerentes raramente participam dessa etapa. É concedido um certo período ao *trustee* para que ele se informe a respeito do remédio e dos ativos a serem vendidos. O *trustee* deve alienar os ativos da maneira mais vantajosa possível, porém a maior parte das autoridades determina que nessa fase a venda seja realizada sem a exigência de um preço mínimo.

No acordo, podem ser especificados certos ativos, diferentes dos originalmente concordados, para serem alienados, caso não se obtenha êxito em alienar o primeiro pacote de ativos. Esse segundo pacote de ativos é chamado *crown jewel* e, em regra, é mais valioso. O objetivo de estabelecer um *crown jewel* é não só criar um incentivo para que as partes alienem os ativos acordados, mas também garantir que a concorrência seja restabelecida de uma forma ou de outra.

O DoJ é a única autoridade, dentre as que foram analisadas, que expressamente desaprova esse mecanismo. A justificativa é que a alienação desse tipo de ativo geralmente representa a aceitação de um remédio não tão efetivo ou, por outro lado, mais que suficiente para eliminar o problema concorrencial.

6. A remuneração do *divestiture trustee* também é de responsabilidade das partes. O Department of Justice dos Estados Unidos (DoJ) baseia a remuneração, em parte, na rapidez da venda.

Quando é encontrado um comprador, seja no período inicial, seja por meio de um *trustee*, o comprador e o contrato de venda devem ser submetidos à autoridade para aprovação. Em relação ao comprador, a autoridade comumente analisa se: (i) a compra por aquele comprador específico não prejudica a concorrência; (ii) o comprador é independente do vendedor; (iii) o comprador possui capacidade gerencial, operacional, técnica e financeira para competir efetivamente no mercado relevante (o DoJ chama essa avaliação de *fitness test*); (iv) o comprador utilizará os ativos para competir no mercado relevante.

O contrato entre a requerente e o comprador também deve ser aprovado pela autoridade. É avaliado se o contrato cumpre o determinado no acordo de remédios e se gera algum tipo de relacionamento entre as partes, como financiamento da compra pelo próprio vendedor (geralmente não aceito) e contrato de fornecimento de insumos.

4. A experiência do CADE com TCDs

4.1 Visão geral

A previsão de acordo entre o CADE e as partes de um ato de concentração está na Lei 8.884/1994. O art. 58 estabelece que o CADE definirá compromissos de desempenho para garantir que as empresas alcancem eficiência, ganhos de produtividade, desenvolvimento tecnológico e melhoria na qualidade de bens e serviços dispostos no art. 54 do referido diploma legal. Também está estabelecido em lei que o descumprimento injustificado do acordo resulta na reprovação do ato de concentração.

O Regimento Interno do CADE também estabelece alguns procedimentos para a realização de TCDs, tais como a possibilidade de consulta pública, de publicação no *site* do CADE após a assinatura do acordo e a opção de consultar a Procuradoria do CADE.

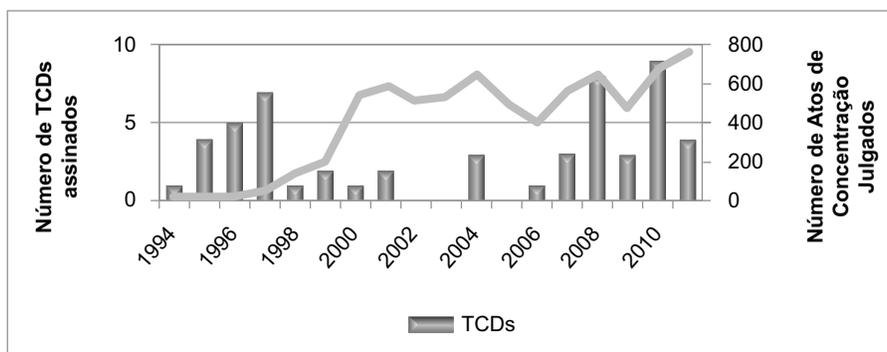
O Brasil não possui um guia específico de remédios ou TCDs. No entanto, o *Guia de Análise Econômica para Atos de Concentração Horizontal* (Guia)⁷ afirma que, em operações em que há a probabilidade de exercício de poder de mercado, serão sugeridas, preferencialmente, medidas estruturais. O Guia inclui no rol de medidas estruturais a venda de marcas e a quebra de patentes. Em relação a medidas não estruturais, alerta para que sejam consideradas as condições vigentes no mercado afetado e os custos de monitoramento do remédio.

7. Expedido pela Portaria Conjunta MJ/MF 50, de 2001.

Importante ressaltar que não há, em quaisquer dos documentos citados acima, previsão específica de prazo para que seja apresentada uma proposta de remédio ou para que se chegue a um acordo com as partes. Assim, as partes (ou o próprio Conselho) podem propor um acordo em qualquer momento durante a análise. Pode-se chegar a um acordo inclusive durante o julgamento do ato de concentração.

Desde a publicação da Lei 8.884/1994 até agosto de 2011, o CADE firmou 53 TCDs, em diversos mercados. O Gráfico 1 demonstra a quantidade de TCDs firmados e quantidade de atos de concentração julgados por ano.

Gráfico 1 – Número de TCDs Assinados e Número de Atos de Concentração Julgados



Fonte: Elaboração própria com dados do CADE disponíveis em: <www.cade.gov.br>.

Obs.: O dado de atos de concentração julgados para 2011 é uma estimativa, e o número de TCDs assinados para esse ano é até julho.

Para o presente artigo, adotou-se uma classificação bastante simples dos tipos de remédios acordados: comportamental, estrutural e quase estrutural. Remédios comportamentais são definidos aqui como aquelas condições que pretendem alterar o comportamento das empresas, seja em relação a fornecedores, concorrentes ou clientes, e que não possuem influência direta na estrutura do mercado. Já os estruturais foram considerados como aqueles que dizem respeito à alienação de ativos, sejam eles tangíveis ou intangíveis, como marcas e licenças. Considerou-se como quase estruturais aqueles remédios que afetam a estrutura do mercado, mas não implicam alienação de qualquer

tipo de ativo.⁸ Tendo essa classificação em mente, a Tabela 1 mostra os tipos de remédios aplicados pelo CADE por meio de TCDs.

Tabela 1 – Quantidade e participação de TCDs firmados por tipo (1994-2011)

Tipo de Comportamento	Quantidade	%
comportamental	36	67,92%
estrutural	6	11,32%
comportamental e estrutural	5	9,43%
comportamental e quase estrutural	4	7,55%
quase estrutural	2	3,77%
Total geral	53	100%

Fonte: Elaboração própria com base em dados disponíveis no *site* do CADE.

Na maior parte dos atos de concentração em que houve TCDs, o impacto da operação foi a elevação da concentração horizontal. Esses casos representaram 68% do total de casos em que houve acordo. Cerca de 25% dos casos tiveram tanto concentração horizontal como integração vertical. O restante, apenas quatro atos de concentração, tiveram apenas integração vertical. Nesses últimos, os remédios aplicados foram puramente comportamentais, geralmente prevendo medidas de não discriminação e garantia de fornecimento. A Tabela 2 demonstra o tipo de remédio aplicado para cada tipo de impacto causado pela operação.

8. Adotou-se uma definição diferente daquela sugerida pelo Bureau of Competition canadense. A principal diferença é que, nesse artigo, compromissos referentes a não discriminação de acesso a infraestrutura essencial foram considerados como comportamentais.

Tabela 2 – Tipo de impacto no mercado e tipo de remédio (1994-2011)

Tipo de Remédio	Tipo de Impacto			Total
	Concentração Horizontal	Concentração Horizontal e Integração Vertical	Integração Vertical	
comportamental	23	9	4	36
comportamental e estrutural	1	4		5
comportamental e quase estrutural	4			4
estrutural	6			6
quase estrutural	2			2
Total	36	13	4	53

Fonte: Elaboração própria com base em dados disponíveis no *site* do CADE.

Em relação ao problema concorrencial identificado, em aproximadamente 60% dos atos de concentração analisados, concluiu-se que havia elevada probabilidade de exercício unilateral de poder de mercado. Em apenas quatro casos foi verificada elevada probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado. No restante dos casos, as preocupações concorrenciais eram relativas à integração vertical e a outros problemas diversos.

Os TCDs firmados diferem substancialmente, o que é esperado, já que cada acordo lidou com operações, mercados e circunstâncias diferentes. É possível, porém, notar certas tendências em relação à política de TCD adotada pelo CADE ao longo dos anos. Tais tendências foram divididas em três períodos distintos: (i) 1994-1997, (ii) 1998-2006 e (iii) 2006-2011, descritos a seguir.

4.2 Visão histórica dos TCDs assinados pelo CADE

Ao contrário do pregado pelas agências antitruste internacionais e pelo próprio Guia, a maior parte dos remédios aplicados pelo CADE no primeiro período, como demonstrado acima, foi comportamental. Esse tipo de TCD foi especialmente comum nos primeiros anos após a promulgação da Lei de defesa da Concorrência. Dos 17 TCDs assinados entre 1994 e 1997, 14 deles eram apenas comportamentais e os três restantes eram remédios comportamentais combinados com quase estruturais.

Os acordos firmados nessa época eram basicamente o compromisso das requerentes em alcançar as eficiências alegadas durante o processo. Os acordos são bastante similares, estabelecendo, geralmente, metas específicas de investimentos, aumento de produtividade, manutenção/aumento da oferta, estímulo a exportações e garantia do nível de emprego.⁹ Em contraponto, na maioria dos casos, os prejuízos à concorrência gerados pelas operações geralmente não eram tão elevados.

O primeiro TCD que previu um remédio que tinha como objetivo alterar a estrutura do mercado foi o firmado no âmbito do ato de concentração¹⁰ referente à aquisição da Kolynos pela Colgate. Como resultado da operação, as requerentes detinham, em conjunto, mais de 70% de participação no mercado de creme dental. O principal remédio acordado foi a suspensão do uso da marca Kolynos para creme dental por um período de quatro anos. A ideia era que uma nova entrante pudesse ter espaço para conquistar maiores fatias de mercado, concorrendo principalmente com a Colgate. No entanto, a empresa não foi proibida de desenvolver novas marcas e, posteriormente, criou a “Sorriso”.

Nesse período, também foram estabelecidas algumas medidas para que as partes fabricassem produtos ou prestassem serviços para concorrentes no mercado relevante. Nesse sentido, no TCD assinado pela Colgate, houve a obrigação por parte desta empresa de realizar oferta pública para a produção por encomenda de um creme dental similar ao “Super Branco”, comercializado pela Kolynos. Determinação semelhante está presente no TCD assinado no âmbito da *joint venture* entre Brahma e Miller,¹¹ em 1997, em que as requerentes deveriam realizar oferta pública para envasamento de cerveja para terceiros.¹²

No segundo período, de 1998 a 2006, o número de TCDs firmados caiu drasticamente. Apenas 10 TCDs foram assinados pelo CADE. A média nesse período foi de 1,67 TCD por ano, enquanto no período anterior (1994-1997) a média foi de 4,25 acordos por ano. Nota-se também uma mudança de postura do Conselho nesse momento em relação ao tipo de remédio acordado. Proporcionalmente, foram assinados menos acordos puramente comportamentais – quase metade continha medidas não comportamentais – e deixou-

9. Ver, por exemplo, os Atos de Concentração 0005/1994 e 0013/1994.

10. Ato de Concentração 0027/1995.

11. Ato de Concentração 0058/1995.

12. Um ponto interessante desse último TCD foi a razão de sua assinatura. O Conselho entendeu, por maioria, que o ato de concentração eliminava um concorrente potencial, já que a Miller não atuava no Brasil antes da operação.

-se de firmar aqueles que previam meramente a busca pelas eficiências alegadas pelas partes.

Os dois TCDs que continham remédios quase estruturais estabelecidos nesse período diferiram substancialmente. O primeiro,¹³ no mercado de gás carbônico, estabelecia medidas de eliminação de cláusula de exclusividade em contratos e abstenção de participação em disputas de novas fontes desse gás no mercado geográfico estabelecido. O segundo,¹⁴ que tinha como mercado relevante o de cartões SIM, estabelecia a concessão de licença de patente desse produto por um prazo de dez anos.

Nesse período, mais especificamente em 2000, foi assinado o primeiro TCD do CADE que previa remédios estruturais, no importante ato de concentração de criação da Ambev.¹⁵ Essa operação gerou elevada concentração e probabilidade de exercício unilateral de poder no mercado de cerveja. Para mitigar o problema concorrencial verificado, foi estabelecida no acordo a venda da marca Bavária, juntamente com cinco fábricas e a possibilidade de compartilhamento da rede de distribuição da Ambev.¹⁶

Também nesse período foi assinado o primeiro TCD puramente estrutural, cuja compromissária, novamente a Ambev, se comprometeu a alienar a marca de isotônicos artificiais Marathon. A empresa que adquirisse tal marca teria a opção de adquirir também os ativos tangíveis e de utilizar a rede de distribuição da compromissária por seis meses. A operação em que foi assinado esse acordo foi o contrato de licenciamento entre Ambev e Pepsico,¹⁷ segundo o qual a Ambev foi designada para engarrafar e distribuir os produtos sob a marca Gatorade, bebida com elevada participação no mercado de isotônicos artificiais.

É possível notar que a política de TCDs adotada pelo CADE entre os anos de 1998 e 2006 mudou substancialmente em relação aos anos anteriores. Os poucos TCDs que foram assinados previam medidas mais rígidas, incluindo alienação de ativos. É possível que nesse período o CADE tenha optado por

13. Ato de Concentração 0078/1996, em que eram requerentes White Martins S.A. e Unigases Comercial Ltda.

14. Ato de Concentração 08012.011178/2005-71, em que eram requerentes Axalto Holding N.V. e Gemplus International S.A.

15. Ato de Concentração 08012.005846/1999-12, em que eram requerentes, principalmente, Brahma e Antártica.

16. O TCD também previu outros remédios, como o compartilhamento da rede de distribuição com outras empresas menores e a não imposição de exclusividade em pontos de venda.

17. Ato de Concentração 08012.000212/2002-30.

impor unilateralmente condições para a aprovação dos atos de concentração, em vez de tentar chegar a uma solução negociada.

Mais da metade de todos os TCDs assinados pelo CADE foram realizados no último período, entre 2007 e julho de 2011. No entanto, os tipos de remédios acordados diferiram substancialmente, em especial em relação aos firmados no período entre 1994 e 1997. Como já vinha acontecendo no período anterior, o Conselho não mais assinou acordos que previam apenas a busca de eficiências. Além disso, nota-se uma postura mais rígida do órgão, tendo em vista que quase 40% desses acordos continham remédios não comportamentais.

Nesse período, dos 26 TCDs firmados, 5 foram puramente estruturais e 5 previam medidas estruturais combinadas com comportamentais. Ainda houve um acordo em que foram acertadas medidas quase estruturais. O restante dos TCDs foram compostos de medidas puramente comportamentais.

A maior parte dos TCDs que continha apenas medidas estruturais ocorreu no setor de medicamentos.¹⁸ Neste, as requerentes eram grandes laboratórios e havia elevada concentração em mercados de medicamentos específicos.¹⁹ A solução acordada para cada caso foi a venda de ativos intangíveis associados à marca dos medicamentos em que havia a concentração.

Os outros cinco atos de concentração em que foram acordadas restrições estruturais combinadas com comportamentais ocorreram em mercados variados. Destaca-se, entre essas operações, aquela em que a Votorantim Celulose e Papel S.A. e a Suzano Bahia Sul Papel e Celulose S.A. compraram cada uma 50% da Ripasa S.A. Celulose e Papel.²⁰ A principal preocupação em relação ao caso era o aumento do poder coordenado de mercado, já que as três empresas envolvidas atuavam nos setores de celulose e papel. O Plenário, por maioria,²¹ aprovou a operação sob a condição de assinatura do TCD. Os

18. Ver, por exemplo, os Atos de Concentração 08012.002591/2007-15 e 08012.003521/2008-57.

19. O único ato de concentração com restrições puramente estruturais que não afetou o setor de medicamentos teve como mercados relevantes os de cartões pré-pagos, cartões indutivos, sistemas de identificação e gestão de serviços gráficos em âmbito nacional. Foi verificada elevada concentração resultante da operação principalmente nos mercados de cartões pré-pagos e indutivos, e o remédio acordado foi a alienação de ativos de produção, especificados no acordo. Caso as requerentes não obtivessem sucesso na venda de tais ativos, a análise do ato de concentração seria retomada.

20. Atos de Concentração 08012.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19

21. O Conselheiro-Relator Luis Fernando Schuartz e o Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos votaram pela reprovação da operação.

remédios comportamentais acordados eram relacionados à administração da Ripasa e tinham o objetivo de evitar o conluio entre as empresas. Além disso, foi estabelecida a obrigação de vender a marca Ripax a empresa que não detivesse participação de mercado maior que 20%.

Outro caso importante e de grande repercussão foi a fusão entre a Sadia e a Perdigão.²² Tal operação afetou diversos mercados no setor de alimentos, e o Conselho, por maioria,²³ condicionou a aprovação do ato à assinatura de um TCD. Um dos principais remédios foi a alienação de parte substancial da capacidade produtiva da nova empresa. O pacote a ser alienado continha ativos de ambas as requentes e de diversos mercados. Outra medida importante foi a suspensão das marcas Perdigão e Batavo para produtos selecionados. Porém, diferentemente do caso Kollynos-Colgate, a empresa não pôde criar uma nova marca.²⁴

Nota-se, portanto, nesse último período, apesar de uma maior disposição de assinar acordos em relação ao período anterior, uma postura mais rígida do Conselho, que exige remédios mais substanciais e complexos. É possível que essa nova postura reflita um amadurecimento do órgão antitruste, que, ao mesmo tempo em que busca soluções acordadas com as partes, é mais exigente quanto ao tipo de remédio a ser implementado.

4.3 Comparação com a experiência estrangeira

De maneira geral, os acordos firmados pelo CADE que mais se assemelham aos geralmente aplicado em outros países são os do período de 2007 a 2011. Conforme visto, foi o período em que mais se aplicaram remédios estruturais. Os remédios implementados logo após a promulgação da Lei de Defesa da Concorrência não encontram paralelo na experiência recente dos países analisados.

Alguns mecanismos utilizados em outras jurisdições não são aplicados no Brasil. A imposição de *crown jewel*, por exemplo, nunca foi implementada pelo CADE. Em todos os acordos em que houve alienação de ativos, apenas um pacote era escolhido. A condição mais próxima que o Brasil tem do *crown jewel* é a reprovação do ato em caso de descumprimento do acordo.

22. Ato de Concentração 08012.004423/2009-18.

23. O Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo votou pela reprovação desse ato de concentração.

24. Outros remédios comportamentais foram fornecer perú *in natura* para o adquirente do pacote de ativos e abster-se de utilizar acordos de exclusividade com varejistas.

Outro mecanismo largamente utilizado pelas autoridades estrangeiras é nomeação de *trustees* e de gerentes para diversas funções, como administrar os ativos até a sua alienação, monitorar o acordo e alienar os ativos caso as partes não obtenham sucesso. O CADE tem admitido a participação de terceiros no monitoramento de acordos que prevêm medidas comportamentais. Geralmente, é estabelecida a contratação de uma auditoria independente para avaliar se as condições acordadas estão sendo cumpridas. No entanto, em nenhum TCD foi nomeado um terceiro para gerenciar os ativos até a sua venda e em raros casos houve a participação de terceiros na alienação de ativos. Comumente, as partes alienam os ativos ou é estabelecido que seja realizado um leilão público para sua venda.²⁵

A preferência pela alienação de uma empresa capaz de operar sozinha (*stand alone business*) nem sempre foi aplicada pelo CADE. O Conselho, em diversas vezes, estabeleceu a alienação apenas de ativos intangíveis, permitindo que a adquirente comprasse insumos das partes e utilizasse sua rede de distribuição por tempo determinado. A prioridade estabelecida por autoridades estrangeiras de alienar *stand alone businesses* se dá, principalmente, para evitar esse tipo de relacionamento entre as partes e a adquirente, que pode aumentar os incentivos à colusão e/ou reduzir a concorrência no mercado.

O CADE também aplicou *mix and match* em alguns casos – medidas evitadas pelas autoridades estrangeiras –, que é a seleção de ativos de mais de uma parte envolvida na operação para alienação. O caso principal em que um remédio desse tipo foi utilizado foi o da fusão entre Sadia e Perdigão, em que o Conselho acordou com as partes a alienação de um pacote que continha ativos tanto da Sadia quanto da Perdigão.

A avaliação do comprador nos moldes realizados pelas autoridades estrangeiras também não é realizada no Brasil. Em vários TCDs em que foram acordados remédios estruturais, havia condições que deveriam ser preenchidas pelo possível comprador, que geralmente dizem respeito à sua participação de mercado. Nota-se, portanto, a preocupação do Conselho em não gerar um novo problema concorrencial com a aplicação de remédios estruturais, evitando que os ativos sejam vendidos a um comprador que detenha parcela significativa no mercado relevante.

Não é estabelecida, no entanto, a avaliação da capacidade gerencial e financeira da empresa adquirente nem de seus incentivos para competir no mercado relevante. Houve três TCDs em que o CADE deveria aprovar o com-

25. Exemplos de TCDs em que houve leilões públicos para a venda dos ativos foram o que envolveu a Ambev e a Marathon (08012.000212/2002-30) e o caso da distribuidora Fernando Chinaglia (08012.013152/2007-20).

prador: no ato da constituição da Ambev, na aquisição da Fernando Chinaglia Logística pela DGB Logística e na fusão entre Sadia e Perdigão. Não fica claro nesses documentos, contudo, se outros aspectos além de preocupações concorrenciais seriam avaliados. Apenas no TCD firmado no âmbito da aquisição da Schering-Plough pela Merck²⁶ estava explícita a intenção de avaliar a situação financeira da empresa compradora.

5. Considerações finais

A assinatura de um TCD em um ato de concentração que gera preocupações anticoncorrenciais pode ser uma boa alternativa para o órgão antitruste. Firmar um acordo com as partes pode eliminar o risco de judicialização do processo ao mesmo tempo em que garante a realização de pelo menos parte das eficiências geradas pela operação. Assim, pode ser uma solução menos custosa tanto para as partes envolvidas na operação quanto para a autoridade antitruste.

É possível notar uma evolução na maneira como o CADE tem aplicado TCDs desde a promulgação da Lei 8.884/1994 até o presente. Enquanto os primeiros TCDs firmados buscavam apenas a concretização das eficiências alegadas pelas requerentes, os compromissos assinados nos últimos anos prevêem remédios mais sólidos e completos, envolvendo com mais frequência a alienação de ativos.

No entanto, os remédios implementados pelo CADE ainda se distanciam de forma significativa do que países mais experientes com a aplicação de políticas antitruste têm realizado. Vários mecanismos que procuram garantir a efetividade do remédio geralmente não são aplicados no Brasil. Exemplos dessas medidas são o gerenciamento dos ativos por um terceiro até sua alienação, para evitar sua degradação, e uma avaliação mais completa do comprador.

Obviamente o Brasil possui um contexto econômico distinto, e a Lei de Defesa da Concorrência possui especificidades diversas das que são observadas nos países analisados neste artigo. No entanto, tendo em vista a longa experiência de certas autoridades estrangeiras com a análise de fusões e aquisições e com a implementação de remédios, o aprendizado e a troca de experiências com esses países certamente é útil.

Além disso, é necessário que o órgão pondere suas ações passadas, avaliando a eficiência e a efetividade dos remédios aplicados na eliminação de problemas anticoncorrenciais. O aprendizado com outros países e a avaliação de sua própria política certamente ajudará o CADE a evoluir ainda mais na análise de fusões e aquisições que afetam a economia brasileira.

26. Ato de Concentração 08012.002252/2009-92.

Bibliografia

- BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 11 jul. 2011.
- _____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 12 mar 2011.
- CANADÁ. Competition Bureau. *Information Bulletin on Merger Remedies in Canada*. Disponível em: <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02170.html>>. Acesso em: 15 jun. 2011.
- DAVIES, S.; LYONS, B. *Mergers and merger remedies in the EU: assessing the consequences for competition*. Cheltenham: Edward Elgar, 2007.
- ESPAÑA. Ley 15/2007. Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero de 2008. Aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Disponível em: <<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Legislacion/NormativaEstatal/tabid/81/Default.aspx>>. Acesso em: 20 jun. 2011.
- ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2011.
- _____. Federal Trade Commission. *Negotiating Merger Remedies: statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/bestpractices/bestpractices030401.shtm>>. Acesso em: 13 mar. 2011.
- FARREL, J. Negotiation and merger remedies: some problems. In: LÉVÊQUE, F.; SHELANSKI, H. (org.). *Merger remedies in American and European Union competition law*. Cheltenham/Northampton,: Edward Elgar, 2003. p. 95-105.
- LÉVÊQUE, F. A preliminary assessment of merger remedies in the EU electricity sector. In: *M&As in the European Electricity Sector, 2001*, Paris.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Policy roundtables – merger remedies. *OECD Journal: Competition Law and Policy*, v. 7, n. 6, p. 67-131, 2005.
- PAPANDROPOULOS, P.; TAJANA, A. The merger remedies study – in divestiture we trust? *European Competition Law Review*, v. 8, p. 443-454, 2006.

PARKER, Richard; BALTO, David. *The evolving approach to merger remedies*. Antitrust Report. Maio 2000.

REINO UNIDO. Competition Commission. *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*. Disponível em: <http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/index.htm>. Acesso em: 4 jul. 2011.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission Competition. *Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) n. 802/2004*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_remedies.html>. Acesso em: 20 jun. 2011.

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR FARMACÊUTICO: LITÍGIOS E ACORDOS ANTICONCORRENCIAIS

RICARDO ANDRÉ GALENDI JÚNIOR

Resumo:

Este artigo analisa duas modalidades de condutas potencialmente anticoncorrenciais envolvendo o setor farmacêutico: a utilização de procedimentos judiciais e administrativos abusivos para a extensão de patentes sobre medicamentos e a celebração de acordos entre fabricantes de medicamentos de referência e fabricantes de genéricos para pôr fim a litígios relacionados a patentes. Após breve incurso na experiência internacional em relação às condutas com o escopo de evidenciar os efeitos danosos que elas produzem ao mercado e à concorrência, buscam-se parâmetros para o tratamento dessas condutas no direito brasileiro, inferindo-se alternativas que favoreçam a defesa da concorrência no setor farmacêutico.

1. Introdução: propriedade intelectual e direito concorrencial

A justificação funcional do direito de patente, quando o inventor ainda não era “homem de empresa”, consistia em incentivar a atividade inventiva, fundamental ao progresso material da coletividade, com a premiação do inventor. Na era contemporânea, tendo-se transferido a função de organização do progresso tecnológico para a empresa, a patente não constitui mais mero prêmio ao inventor isoladamente considerado, mas configura, também, garantia de amortização do investimento realizado em pesquisa e desenvolvimento (P&D).¹

1. COMPARATO, Fábio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins, *RDM*, n. 47, ano XXI, 1982, p. 44. Sobre a importância dos investimentos em P&D como fenômeno recente, o autor menciona que o primeiro laboratório de pesquisas industriais foi criado somente em 1880, na indústria química alemã. Em 1895, o único laboratório industrial dos Estados Unidos era o de Thomas Edison.

Desse modo, ao coibir o *free-riding*, o direito patentário estimula investimentos em P&D, e, por conseguinte, incentiva a competição,² com o que não se pode considerá-lo, por si só, um óbice à concorrência. Se, no passado, era comum a asserção de que direito concorrencial e propriedade intelectual possuem propósitos conflitantes, hoje se tem o consenso de que ambos compartilham o objetivo de estimular a inovação, o desenvolvimento e a competição.³

O direito industrial encontra-se permeado pelos princípios concorrenciais, configurando um caso especial de sua aplicação, e não uma “justificativa para sua desaplicação”.⁴ Nesse sentido, afirma-se que “intellectual property is... neither particularly free from scrutiny under the antitrust laws, nor particularly suspect under them”.⁵

O objetivo das normas de proteção patentária não é, portanto, a criação de regras que excepcionem a aplicação do direito concorrencial.⁶ O grande desafio na aplicação dessas normas é estabelecer um ponto ótimo que permita a conciliação entre o incentivo à inovação e a geração de benefícios aos consumidores.⁷

O reconhecimento do caráter precipuamente concorrencial da legislação sobre patentes gera consequências sobre a definição de ilícitos, haja vista a gama de possibilidades aberta pelo raciocínio do direito concorrencial. O direito de patente, como toda hipótese de poder no mercado, pode gerar condutas abusivas, o que deve ser coibido.⁸

2. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131.
3. COLEMAN, Deborah. Antitrust issues in the litigation and settlement of infringement claims, *Akron Law Review*, v. 37, 2004, p. 264.
4. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 132.
5. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*, 1995, § 2.1. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/0558.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2012.
6. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 133. A Lei 12.529/2011, sobre a abrangência de sua aplicação, apesar das imprecisões inerentes à denominação “monopólio legal”, estipula, em seu art. 31: “Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal” (grifo nosso).
7. HEMPHILL, C. Scott. Paying for delay: pharmaceutical patent settlement as a regulatory design problem. *New York University Law Review*, v. 81, p. 1563, 2006.
8. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 138.

Por conseguinte, ainda que o detentor de um direito de patente possa garantir seu direito mediante procedimentos administrativos e judiciais, bem como entrar em um acordo em eventual litígio daí decorrente, tais condutas podem configurar ilícitos concorrenciais se preenchidos determinados requisitos.⁹ Esses critérios, apesar das especificidades que serão analisadas, são os mesmos aplicáveis a questões que não envolvem o direito patentário.

Este artigo analisa duas condutas que envolvem direitos de propriedade intelectual no setor farmacêutico e têm atraído a atenção das autoridades antitruste: (i) a utilização de procedimentos judiciais e administrativos abusivos para a extensão de patentes sobre medicamentos;¹⁰ e (ii) a celebração de acordos entre fabricantes de medicamentos de referência e fabricantes de genéricos para pôr fim a litígios relacionados a patentes.¹¹

Nos itens 2 e 3, faz-se uma breve análise da experiência internacional em relação às condutas, com o escopo de evidenciar os efeitos danosos que elas produzem ao mercado e à concorrência. No item 4, buscam-se parâmetros para o tratamento dessas condutas no direito brasileiro, inferindo-se alternativas que favoreçam a defesa da concorrência no setor farmacêutico.

2. Condutas abusivas para retardar a entrada de genéricos

A experiência internacional demonstra que, em diversas situações, os detentores de patentes podem fazer uso de mecanismos ilícitos para obstar a entrada de concorrentes no mercado. Haja vista a presunção de validade das patentes, o ônus de comprovar a invalidade incumbe sempre ao entrante. O possuidor do direito de patente dispõe de medidas liminares que asseguram sua exclusividade até que o mérito do litígio acerca da patente seja devidamente analisado. Contudo, o exercício do direito de petição por parte do detentor da patente nem sempre é legítimo e pode configurar ilícito concorrencial.

9. COLEMAN, Deborah. Op. cit., p. cit., p. 273.

10. Esse tipo de conduta já tem sido investigado no Brasil. Cf. ZAIA, Cristiano. Mais vale um genérico na mão do que... *Isto é Dinheiro*, n. 750, de 16 fev. 2012. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/78335_MAIS+VALE+UM+GENERICICO+NA+MAO+DO+QUE>. Acesso em: 3 set. 2012. Conforme afirmação do então secretário de Direito Econômico: “Há um indício de conduta abusiva por parte dos laboratórios de marca, que pode trazer impacto econômico”.

11. Este assunto, por influência das autoridades antitruste nos EUA, tem sido objeto de intensos debates acadêmicos, conforme se pormenorizará adiante (cf. item 3).

De acordo com a doutrina Noerr-Pennington, se o direito de peticionar confrontar-se com o diploma antitruste, prevalece o primeiro.¹² Assim, processar um competidor por infringir uma patente é, em regra, um direito do detentor da patente, ainda que o processo tenha como efeito adverso restringir a concorrência.

O chamado *sham litigation* constitui uma exceção à doutrina Noerr-Pennington. A presunção de que uma ação relacionada a uma infração de patente foi ajuizada de boa-fé pode ser revertida, caso se comprove que houve abuso do direito de ação, que constitui uma restrição ilegítima à concorrência.

A jurisprudência dos EUA consolidou dois critérios cumulativos para que se caracterize o *sham litigation*: (i) a ação deve ser totalmente desprovida de qualquer base objetiva, no sentido de que nenhum litigante realista esperaria êxito na questão de mérito; e (ii) a ação deve constituir uma tentativa de interferir diretamente nos negócios de um competidor, que se utiliza do processo como uma “arma anticoncorrencial”.¹³

No contexto das patentes, a ausência de base objetiva pode se verificar no caso de o detentor da patente ter conhecimento, no momento da propositura da ação, de que sua patente é inválida, ou de que o competidor não estava efetivamente infringindo sua patente.¹⁴

Há abuso, também, se os direitos de propriedade intelectual foram adquiridos mediante fraude ao órgão responsável por sua concessão. Em relação a essa situação, o *leading case* nos EUA diz respeito a uma situação em que o detentor de direito de patente sobre determinado invento ajuizou ação por infração à patente contra um suposto violador de seu direito. Este reconheceu, alegando que a patente do autor era inválida e, posteriormente, acusou-o de monopolizar ilegalmente o comércio mediante a obtenção fraudulenta e a manutenção de má-fé da patente em questão. Nesse precedente, firmou-se o

12. A doutrina Noerr-Pennington tem como *leading cases* duas ações que lhe emprestam o nome: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* 365 U.S. 127 (1961) e *United Mine Workers of America v. Pennington* 381 U.S. 657 (1965).

13. Estes critérios foram estabelecidos em *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures International, Inc.* 508 U.S. 49, 56-60 (1993). Posteriormente, definiu-se que, no contexto de múltiplas ações, o mero fato de a empresa ter obtido sucesso em pequena parte dos processos não significaria que não se poderia configurar *sham litigation*. Ilustrativamente, “even a broken clock is right twice a day” (*USS-Posco Indus. v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council*, 31 F.3d 800 (9th Cir. 1994)).

14. COLEMAN, Deborah. Op. cit., p. 274.

entendimento de que o recurso à via judicial para assegurar direito patentário obtido mediante fraude pode configurar ilícito concorrencial.¹⁵

Além dos diversos julgados sobre a questão nos Estados Unidos, fundamentados nesses *leading cases*, também há importante precedente na Europa. Em 2005, uma empresa de medicamentos foi multada em 60 milhões de euros pela Comissão Europeia por utilizar-se fraudulentamente de procedimentos administrativos e judiciais para a extensão de direitos de propriedade intelectual sobre determinado medicamento.¹⁶ Nesse caso, as duas condutas abusivas sancionadas, que retardaram, ou até mesmo impediram, a entrada de genéricos no mercado, consistiam (i) no fornecimento de informações falsas a diversas autoridades responsáveis pela concessão de direito de patentes, bem como a Tribunais na Noruega e na Alemanha, (ii) no pedido de cancelamento das autorizações de comercialização de cápsulas do medicamento, seguido do lançamento de outra modalidade de comprimidos.¹⁷

Em decorrência dos direitos outorgados mediante a apresentação de informações falsas, os potenciais competidores eram forçados a entrar em litígios lentos e custosos para invalidar os direitos concedidos à empresa. A segunda conduta tinha o escopo de cancelar as autorizações que serviriam como base para a entrada dos medicamentos genéricos no mercado, retardando-a. Os abusos dessa empresa causaram insegurança jurídica e atrasaram a entrada de diversas fabricantes de genéricos no mercado.¹⁸

Esta breve análise demonstra que o abuso do direito de ação pode estar presente: (i) na hipótese de os direitos de patente terem sido adquiridos mediante fraude à autoridade responsável por sua concessão; e (ii) na hipótese de o recurso ao Judiciário e aos órgãos administrativos não possuir bases objetivas, constituindo nada mais que uma tentativa de atrapalhar os negócios dos concorrentes.

3. Os acordos de patentes nos Estados Unidos

Acordos em âmbito judicial são aclamados pelos benefícios privados e sociais que propiciam. Eles permitem que as próprias partes envolvidas no lití-

15. *Walker Process Eqpt., Inc. v. Food Machinery Corp.*, 382 U.S. 172 (1965).

16. Case COMP/A. 37.507/F3 . AstraZeneca, j. em 15.06.2005.

17. Conforme consta do relatório de julgamento da instância superior, que confirmou este entendimento: *AstraZeneca v. Comission*, Case T-321/05 (6th Chamber 2010), par. 8.º.

18. Cf., sobre o assunto: FAGERLUND, Niklas; RASMUSSEN, Soren Bo. AstraZeneca: the first abuse case in the pharmaceutical sector. *Competition Policy Newsletter*, n. 3, p. 54, 2005.

gio negociem a melhor solução para o seu conflito e evitem gastos com processos. Ao mesmo tempo, reduzem as despesas do Judiciário e colaboram para o seu descongestionamento, de modo que tais composições têm sido altamente incentivadas pelos diversos sistemas jurídicos atuais.¹⁹

Contrariando essa regra geral, acordos relativos a direitos patentários, celebrados entre concorrentes, potenciais ou reais, podem gerar externalidades negativas à sociedade. Tais acordos permitem que as partes restrinjam a competição, privando os consumidores dos efeitos benéficos decorrentes de um cenário de livre concorrência e garantindo, por exemplo, que uma questão relativa a uma patente inválida, ou que não foi infringida, não seja judicialmente examinada.²⁰ Assim, não só a alegação de infração de patente, mas também a resolução de tal reivindicação por meio do licenciamento da patente, ou outras formas de acordo, podem gerar efeitos concorrenciais indesejáveis.²¹

Essa modalidade ilícita de acordo configura-se, principalmente, nas hipóteses em que há o pagamento reverso, do autor ao réu, para que haja a autocomposição.

3.1 *Análise econômica dos reverse payments*

Usualmente, aquele que viola direito alheio é que paga ao possuidor do direito para que haja um acordo.²² A situação contrária, em que o possuidor do direito paga ao infrator pela autocomposição, tem atraído a atenção de economistas e juristas, fundamentalmente no que diz respeito aos acordos de patentes.

Os chamados *reverse payments* ocorrem quando o detentor de uma patente entra em acordo com um suposto violador de seu direito, pagando-lhe para permanecer fora do mercado por determinado período de tempo.²³

19. Cf. sobre a relação entre esses acordos e a promoção do acesso à justiça: SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada, in: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 779-792.

20. SHAPIRO, Carl. Antitrust limits to patent settlements. *Rand Journal of Economics*, v. 34, n. 2, p. 394, 2003.

21. COLEMAN, Deborah. Op. cit., p. 266.

22. DOLIN, Gregory. Reverse settlements as patent invalidity signals. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 24, n. 2, p. 281, 2011.

23. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust and patent law analysis of pharmaceutical reverse payment settlements*, 2011, p. 1. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1741162>>. Acesso em: 3 ago. 2012.

Parece claro que esse tipo de acordo pode restringir a competição decorrente de o detentor da patente ter uma patente declarada inválida ou não infringida.²⁴ No entanto, a configuração do pagamento reverso como ilícito concorrencial deve incluir alguns elementos que agregam complexidade à sua análise.

Se o litígio é solucionado com um acordo em que o suposto infrator paga ao detentor da patente pelo direito de produzir dentro da vigência da patente, o acordo é uma licença, bastante comum em situações desse tipo.²⁵ O que há de incomum nos acordos que envolvem o pagamento reverso é que o detentor da patente paga ao litigante e, simultaneamente, mantém o monopólio da patente.²⁶

Se uma patente é válida e foi infringida, então o infrator pode ser excluído do mercado sem que haja pagamento por parte do detentor da patente. Acordos que envolvem o pagamento reverso juntamente com a saída do suposto infrator do mercado não envolvem qualquer licença de propriedade intelectual. Se as partes estavam certas de que a patente era válida e foi infringida, a detentora da patente não teria, em um ambiente livre de custos de transação, qualquer incentivo para pagar à infratora para permanecer fora do mercado, já que poderia excluí-la sem ter que pagar qualquer quantia.

No entanto, os custos de transação modificam esse cenário e fazem que o exame acerca da legitimidade desses acordos deva considerar outros fatores.²⁷ Se, para obter cautelarmente a suspensão da produção que infringe sua patente, e obter provimento após a instauração do contraditório, a empresa gastaria 500 mil reais, então ela pode estar disposta a pagar até esse valor em um acordo que produza o mesmo resultado.²⁸

Além dos custos relacionados ao processo, deve-se levar em conta, ainda, a possibilidade de existir, entre as partes, aversão ao risco inerente a esse tipo de litígio. Os litigantes podem preferir uma alternativa que ofereça a resolução imediata da questão, em detrimento das perspectivas contingentes do litígio. Ademais, a assimetria de informação relativa às possibilidades de êxito das

24. SHAPIRO, Carl. Op. cit., p. 394.

25. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 1.

26. DOLIN, Gregory. Op. cit., p. 293.

27. SHAPIRO, Carl. Op. cit., p. 395.

28. Cf. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 2. O autor ressalta que o acordo pode ser considerado menos valioso que o provimento judicial, já que aquele nada diz sobre a validade da patente, cuja afirmação pode ter valor significativo em futuros litígios.

alegações de invalidade e não infração da patente pode fazer que o acordo seja mais benéfico para uma das partes.²⁹

Por isso, argumenta-se que há diversas circunstâncias em que o *reverse payment* faz-se necessário para a solução de um litígio em torno de uma patente, sem que tal fato seja, necessariamente, prejudicial ao consumidor.³⁰

O pagamento, ainda que “contraintuitivo”, de uma parte à outra, em prol de um acordo em um processo judicial, pode encontrar justificativas econômicas diversas, e, por si só, não configura conduta anticoncorrencial. Por outro lado, esses acordos merecem a atenção das autoridades antitruste na medida em que o pagamento reverso pode representar a concordância do detentor da patente em partilhar com o litigante os lucros decorrentes do monopólio, induzindo este último a abandonar determinado litígio.³¹

3.2 A FTC e os pay-for-delay agreements

A indústria farmacêutica é particularmente dependente da propriedade intelectual, visto que novas drogas são produzidas como antecipação dos lucros gerados pela sua patente. Uma vez descoberta a fórmula de um medicamento, é relativamente simples e barata sua reprodução. Assim, o investimento em P&D, parte inerente ao processo de geração de inovação, só é viável nesse ramo em virtude dos lucros que as patentes asseguram.³²

A Federal Trade Commission (FTC) convencionou denominar *pay-for-delay agreements* aos acordos por meio dos quais as fabricantes de medicamentos de referência atrasam a entrada de concorrentes produtores de medicamentos genéricos, pagando-lhes para permanecer fora do mercado por um dado período de tempo.³³

Segundo relatório da FTC, esses acordos são benéficos para ambas as partes: os preços dos medicamentos de referência permanecem altos, ao passo

29. Cf., sobre esses aspectos: COTTER, Thomas. Antitrust implications of patent settlements involving reverse payments: defending a rebuttable presumption of illegality in light of some recent scholarship. *Antitrust Law Journal*, v. 71, p. 1071 e ss., 2004.

30. SCHILDKRAUT, Mark. Patent-splitting settlements and the reverse payment fallacy. *Antitrust Law Journal*, v. 71, p. 1034.

31. SHAPIRO, Carl. Op. cit., p. 394.

32. Para uma análise mais aprofundada das especificidades da indústria farmacêutica no que diz respeito às relações entre P&D e política de patentes, cf.: HEMPHILL, C. Scott. Op. cit., p. 1563.

33. FEDERAL TRADE COMMISSION. Pay-for-delay: How drug company pay-offs cost consumer billions, publicado em janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2010/01/100112payfordelayrpt.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2012, p. 1.

que a produtora de genéricos desfruta, por meio do *reverse payment*, dos benefícios decorrentes dos altos lucros gerados pelo monopólio da fabricante de marca. Contudo, os consumidores são prejudicados, já que perdem o benefício da entrada do medicamento genérico no mercado.

A FTC estima que os acordos que envolvem o pagamento da fabricante de marca para a produtora de genéricos atrasam a entrada do genérico em 17 meses em relação aos acordos que não preveem o *reverse payment*. Os *pay-for-delay agreements* custariam aos cidadãos americanos algo em torno de 3,5 bilhões de dólares ao ano.³⁴

Segundo outro estudo da FTC,³⁵ cerca de 73% das patentes farmacêuticas são declaradas inválidas ou não infringidas quando a discussão judicial em torno da patente³⁶ tem seu mérito julgado. A maioria das patentes farmacêuticas declaradas inválidas não é patente referente a moléculas primárias de medicamentos, mas sim patente de segundo uso, que é concedida sobre variações de dosagem, uso ou forma de fabricação do medicamento.³⁷ Enquanto a proteção dos consumidores pela via legislativa, recomendada pela FTC,³⁸ não se substancia, os tribunais divergem acerca do tratamento ideal para a questão.

3.3 Jurisprudência

Algumas formas de acordos horizontais mostram-se tão desprovidas de justificação que os tribunais norte-americanos as consideram ilegais *per se*. Esta regra obsta o exame de quaisquer consequências econômicas da conduta ou da extensão de seus efeitos sobre a concorrência. A mera comprovação da existência da conduta é suficiente para a configuração do ilícito anticoncor-

34. FEDERAL TRADE COMMISSION, *Pay-for-delay...*, cit., p. 2.

35. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Generic drug entry prior to patent expiration*, publicado em julho de 2002. Disponível em: < <http://www.ftc.gov/os/2002/07/genericdrugstudy.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2012.

36. Nesses litígios, a empresa de genéricos geralmente busca demonstrar que a patente da fabricante do medicamento de referência é inválida, ou que o medicamento a ser comercializado não representa violação à patente. Nos EUA, já se considerou inválida patente que não apresentava requisitos de atividade inventiva, entendendo-se que não houve qualquer modificação em relação ao estado da arte anterior (*SmithKline Beecham Corp. v. Apotex Corp.*, 403 F.3d 1331, 1334 (Fed. Cir. 2005)). Em outro caso, entendeu-se que a produção de forma bioequivalente de medicamento não infringe sua patente (*SmithKline Beecham Corp. v. Apotex Corp.*, 247 F. Supp. 2d 1011, 1023 (N.D. Ill. 2003)). Sobre outras hipóteses de invalidez e infração de patentes, cf.: HEMPHILL, C. Scott. Op. cit., p. 1565.

37. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 6.

38. FEDERAL TRADE COMMISSION, *Pay-for-delay...*, cit., p. 2.

rencial. A ilegalidade *per se*, que constitui uma exceção à aplicação da regra da razão, é aplicada a condutas que a experiência demonstrou reiteradamente que não apresentam qualquer benefício à competição e que têm propósito e efeito manifestamente anticoncorrenciais.³⁹

O grande esforço dos debates acadêmicos, como visto, é no sentido de investigar se, em alguma hipótese, podem os acordos que envolvem *reverse payment* serem pró-competitivos, para que não se proíbam condutas injustificadamente.⁴⁰

Nos Estados Unidos, há julgados que consideraram tais acordos ilegais *per se*, bem como precedentes que os julgaram presumidamente legais, sem, no entanto, recorrer à regra da razão para sua avaliação.⁴¹

Assim, apesar do forte posicionamento da FTC, algumas Cortes encontraram fundamentos para que se preservem os *pay-for-delay agreements*, sem lhes imputar qualquer efeito antitruste sancionável. Certos juízes entenderam que os acordos em processos judiciais são legítimos e desejáveis por si sós, porque evitam custos desnecessários e permitem que as partes decidam sobre a melhor solução para seu litígio, e não haveria motivos para que não se reproduzisse tal raciocínio em relação aos acordos sobre patentes. Outros argumentaram que a legislação de patentes fornece fundamentos para que se privilegie a inovação em detrimento da concorrência, permitindo condutas que em outros casos seriam consideradas violações anticoncorrenciais. Há, ainda, precedentes que, consolidando esses argumentos, inferiram que o regime regulatório das patentes do setor farmacêutico induz as partes a essa conduta, de modo que os acordos sobre patentes não seriam mais que um “subproduto natural”⁴² da legislação sobre patentes de medicamentos vigente naquele país.⁴³

39. COLEMAN, Deborah. Op. cit., p. 271. São exemplos de condutas *per se* ilegais os acordos de fixação de preços de revenda, restrições territoriais e de base de clientes e fraude à licitação.

40. DOLIN, Gregory. Op. cit., p. 312.

41. Cf. SCHILDKRAUT, Mark. Op. cit., p. 1034. No sentido da ilegalidade *per se*, o autor menciona: *In re Cardizem Antitrust Litig.*, 105 F. Supp. 2d, pp. 705-06 e *In re Buspirone Patent Litig.*, 185 F. Supp. 2d 363. Pela legalidade dos acordos, cita-se: *Valley Drug Co.*, 344 F. 3d 1294 e *In re Tamoxifen Citrate Antitrust Litig.*, 262 F. Supp. 2d 17.

42. Em poucas palavras, entende-se que o *Hatch-Waxman Act*, cujo escopo é acelerar a entrada de medicamentos genéricos no mercado estadunidense, ao conferir a exclusividade de 180 dias para o primeiro genérico a entrar no mercado, acaba por incentivar o desafio de patentes por parte das empresas de genéricos, o que aumentaria o volume de acordos desse gênero.

43. Para uma análise crítica da fundamentação utilizada pelas cortes, cf.: HEMPHILL, C. Scott. Op. cit., p. 1574-1577.

A conclusão intermediária é que não se pode, a priori, dizer se um acordo desse gênero deve ser considerado anticoncorrencial ou não,⁴⁴ havendo a necessidade de aplicação da regra da razão, cujo objeto é determinar se, diante das circunstâncias relevantes, a conduta praticada pelos agentes promove ou restringe a concorrência. A regra da razão requer que se analise a natureza da conduta questionada, seu histórico, propósito e efeitos no mercado relevante.

Assim, seria preciso avaliar se esse acordo reduz os benefícios que seriam gerados aos consumidores no caso de a discussão judicial da patente ter continuado.⁴⁵ Se essa perda de bem-estar do consumidor não ocorrer, as partes terão permanecido no âmbito dos acordos que não restringem a concorrência, sendo válida a negociação de alternativas que lhes são mais interessantes que o litígio.⁴⁶

Segundo esse entendimento, o *reverse payment* só integraria uma conduta verdadeiramente prejudicial aos consumidores se, no decorrer do processo judicial, ficasse demonstrado que a patente era inválida, ou que não fora infringida.⁴⁷ Se o detentor da patente obtiver o reconhecimento de que sua patente é válida e foi infringida, o *reverse payment* nada teria dito sobre a legalidade da conduta.

No entanto, nesse caso, a aplicação adequada da regra da razão significa, quase certamente, que questões relativas à validade e à infração da patente deverão ser analisadas.⁴⁸

Assim, nos EUA, por vezes, o tratamento adequado da questão fica obstado pela relutância dos tribunais em analisar o mérito do litígio acerca da patente em sede antitruste.⁴⁹ Os tribunais, em geral, recorrem a presunções de legalidade ou ilegalidade porque, com isso, tem-se a solução da questão antitruste sem a análise do mérito do problema relativo ao direito de patente.⁵⁰

Alguns autores têm defendido que os tribunais não devem se eximir de analisar a validade e o escopo de patentes em reivindicações antitruste relacionadas a *patent settlements*, apesar dos custos operacionais atrelados a essa

44. SCHILDKRAUT, Mark. Op. cit., p. 1034.

45. Com este entendimento, cf.: COTTER, Thomas. Op. cit., 1075. SHAPIRO, Carl. Op. cit., p. 396.

46. SHAPIRO, Carl. Op. cit., p. 396.

47. DOLIN, Gregory. Op. cit., p. 284.

48. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 9.

49. SCHILDKRAUT, Mark. Op. cit., p. 1034.

50. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 9.

análise.⁵¹ Para minimizar tais custos, propõe-se que os tribunais delimitem os tipos de questões anticoncorrenciais em que se deve proceder ao exame de patentes. Como nem toda questão concorrencial que envolve direito patentário requer o exame de sua validade, argumenta-se que o tribunal pode analisar a validade de patente somente quando necessário para o esclarecimento de controvérsia antitruste, sem que haja o acréscimo de custos significativos ao processo decisório.⁵²

4. Litígios e acordos anticoncorrenciais no direito brasileiro

4.1 Controvérsias regulatórias

A atual Lei de Propriedade Industrial estabelece três requisitos para o patenteamento: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.⁵³ A análise relativa à atividade inventiva constitui “uma questão substantivamente constitucional”.⁵⁴ O conceito de atividade inventiva prestigia o esforço e estimula a concorrência. A concessão da patente torna-se, a partir do requisito de atividade inventiva, instrumento de fomento da aplicação de recursos em pesquisa científica, evitando, ao mesmo tempo, que o direito industrial seja explorado de maneira monopolista e anticoncorrencial.⁵⁵

Cada caso deve ser avaliado com objetividade, coibindo a discricionariedade e a subjetividade. Ao mesmo tempo, deve-se observar o devido processo legal, exigindo, em cada situação em que haja pronunciamento acerca da existência de atividade inventiva, avaliação técnica minuciosa e investigação das conclusões do perito, que devem ser objetivamente motivadas.⁵⁶

51. VARDNER, Joseph. The statutory presumption of patent validity in antitrust cases. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 25, p. 225, 2011.

52. VARDNER, Joseph. Op. cit., p. 225.

53. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996: “Art. 8.º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”.

54. BARBOSA, Denis Borges. *Atividade inventiva: objetividade do exame*, p. 5. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/atividade.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2012. Na indústria de medicamentos, concedem-se patentes sobre: (i) a composição química do princípio ativo; (ii) o método por meio do qual se chegou ao resultado; (iii) a forma física (solução, cápsula, comprimido etc.) e a forma de administração (oral ou injetável); (iv) a destinação do medicamento para o tratamento de patologia distinta da originária.

55. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 135.

56. BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 5.

As patentes fraudulentas, ou que não observem quaisquer dos requisitos para sua concessão, são, no direito brasileiro, nulas.⁵⁷ A comprovação em juízo da nulidade da patente depende de perícia técnica, e o ônus da prova incumbe àquele que a alega.

No Brasil, instaurou-se debate acerca dos limites da competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para a análise de requisitos para a concessão de patentes sobre medicamentos, havendo, inclusive, casos em que a justiça determinou que a o parecer dessa agência fosse refeito.⁵⁸ A leitura da Lei 9.279/1996 leva à conclusão de que a Anvisa não deve avaliar os requisitos de patenteabilidade, mas se limitar a dizer se o medicamento é, ou não, nocivo à saúde humana. Não cabe à Anvisa pronunciar-se acerca dos requisitos de patenteabilidade.⁵⁹

Trata-se de controvérsia regulatória altamente danosa aos consumidores. A insegurança acerca da competência dos órgãos atrasa o processo de concessão de patentes e fornece subsídios para que os fabricantes de medicamentos de marca protelem a entrada de genéricos no mercado. A integração entre Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e Anvisa é fundamental para que as competências legais sejam observadas, sem que haja prejuízo à qualidade técnica da análise.⁶⁰

Nos Estados Unidos, o Patent and Trademark Office (PTO), órgão responsável pela concessão de patentes, tem sido alvo de críticas por conceder

57. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 46.

58. Cf. Justiça anula pareceres da Anvisa sobre patentes. *Valor Econômico*, de 31 ago. 2012.

59. Na Lei 9.279/1996, lê-se: “Art. 229-C. A concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa”. Apesar de o dispositivo não deixar claro em relação a que matérias deve a Anvisa anuir, a interpretação sistemática leva à conclusão de que a anuência deve ser em relação a matérias de sua competência, dentre as quais não se encontra a avaliação dos requisitos de patenteabilidade (cf., sobre as competências da Anvisa, Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999).

60. A crescente aproximação entre os órgãos não significa, no entanto, que a autoridade antitruste deva envolver-se na concessão de direitos de propriedade intelectual. A grande maioria dos pedidos de patente não envolve qualquer preocupação antitruste, de modo que tal medida implicaria custos adicionais desnecessários ao processo de concessão (Cf. MARTINEZ, Ana Paula. *Concorrência e propriedade intelectual*. Apresentação à Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, junho de 2011. Disponível em: <www.fiesp.com.br>. Acesso em: 4 out. 2012.)

patentes sobre invenções que não cumprem o requisito da novidade, em decorrência de sua “má compreensão do estado da arte” em algumas matérias.⁶¹

Com o desenvolvimento tecnológico, é natural que as questões relativas à concessão de patentes tornem-se mais complexas, o que não pode, no entanto, constituir um entrave à concorrência. Portanto, a integração entre as diversas autoridades, com o escopo de ampliação da capacidade técnica, é fundamental para a defesa da concorrência.

4.2 O abuso do direito de petição

No direito brasileiro, o direito de petição não está imune às preocupações do direito concorrencial. Em 2008, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) pronunciou-se, no sentido da aplicabilidade da doutrina do *sham litigation* no direito brasileiro, sendo necessário, para tanto, demonstrar-se:

(i) que a ação proposta é, por completo, carecedora de embasamento, sendo certo que nenhum litigante razoável poderia, de forma realista, esperar que sua pretensão fosse deferida; e (ii) que a ação proposta mascara um instrumento anticompetitivo, ou seja, constitui uma tentativa de interferência direta na relação comercial com um concorrente por meio do uso do aparelho judiciário/administrativo.⁶²

Apesar de, nesse caso, não ter havido condenação pelo uso ilegítimo do direito de peticionar, os votos dos Conselheiros convergiram em relação à possibilidade de considerar anticompetitiva uma conduta praticada no exercício do direito de petição.⁶³

A conclusão contrária, ou seja, no sentido de que a punição de tal conduta anticoncorrencial não seria possível, haja vista o direito fundamental de petição, não possui consistência dogmática. Os princípios constituem normas que impõem a realização de algo na maior medida possível, consoante as possibi-

61. SHAPIRO, Carl. Op. cit., p. 394.

62. Parecer da Secretaria de Direito Econômico no Processo 08012.004484/2005-51.

63. No voto do Conselheiro Olavo Chinaglia, por exemplo, lê-se: “inexiste, de fato, qualquer óbice no ordenamento jurídico brasileiro ao reconhecimento de que o abuso de direito de ação ou petição possa configurar infração à ordem econômica [...]. Dado seu claro potencial anticompetitivo, o abuso de procedimentos judiciais não pode escapar à aplicação das normas de concorrência”. Também o relator, em relação ao direito de petição (CF, art. 5.º, XXXIV, a), asseverou que “o fato de um direito ser reputado relevante a ponto de figurar na Constituição não significa que o seu abuso não seja punível na forma da lei” (Processo 08012.004484/2005-51, j. em 18.08.2010).

lidades fáticas e jurídicas do caso concreto.⁶⁴ Interpretar o direito de petição a ponto de impedir a sanção de seu abuso, seria ignorar diversos outros dispositivos que expressam deveres definitivos, previstos em nosso ordenamento.⁶⁵

Finalmente, em 2010, houve a primeira condenação por abuso do direito de petição, em caso no qual determinada empresa utilizava-se de processos judiciais com o escopo de eliminar “concorrentes, por diversos períodos e lapsos de tempo, por motivação esdrúxula e que várias e várias vezes, o Judiciário teve o trabalho de refutar os ardilosos argumentos utilizados pelas partes”.⁶⁶ Desse modo, o exercício abusivo do direito de petição pode configurar infração à ordem econômica, nos termos do art. 36, I, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, o que se aplica, inclusive, no caso de o direito de petição dizer respeito a direito de propriedade intelectual.

4.3 *Os acordos de patentes como ilícito concorrencial*

A partir do art. 36 da Lei 12.529/2011, infere-se que, para que determinada conduta seja considerada uma infração à ordem econômica, a autoridade antitruste deve demonstrar que a conduta analisada tem por objeto ou pode produzir efeitos anticoncorrenciais, e não que a conduta tenha efetivamente produzidos efeitos.

O Anexo I da Resolução CADE 20/1999 estabelecia uma distinção entre “cartéis” e “outros acordos entre empresas”, por considerar que estes últimos

-
64. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 24. Este autor expressa posicionamento acerca da matéria que é predominante na doutrina e na jurisprudência brasileiras sobre o tema.
 65. Cf., e.g.: art. 36 da Lei 12.529/2011, que é expresso ao estabelecer que as infrações econômicas podem ser verificadas em “atos sob qualquer forma manifestados”; os arts. 16 e 17 do Código de Processo Civil, que versam sobre a responsabilidade das partes por danos processuais; eo art. 187 do Código Civil, que dispõe sobre a ilicitude do abuso de direito.
 66. Processo 08012.004283/2000-40, j. em 15.12.2010. Nesse caso, o relator assim se pronunciou: “Portanto, parece ser algo muito tranqüilo e pacífico que as partes não podem se proteger da sua responsabilidade concorrencial, utilizando como justificativa o seu Direito de Petição, visto que este não é absoluto ou mesmo imune à avaliação desta Autarquia. Sem entrar na celeuma se se deve ou não importar o instituto de *sham litigation*, nas exatas proporções, nos restritos moldes norte-americanos ou se é possível ter uma visão mais ampla a respeito deste instituto, cumpre avaliar, no caso concreto, se há alguma razoabilidade na causa de pedir das requerentes no presente, ao buscar proteger um suposto direito de propriedade intelectual”.

exigem avaliação mais complexa, que deve levar em consideração potenciais eficiências econômicas envolvidas, e por envolverem efeitos anticompetitivos geralmente menores que os dos cartéis.⁶⁷ Em relação aos cartéis, apesar de a Resolução reconhecer que a conclusão acerca de sua ilegalidade não exija uma análise mais criteriosa, o critério da ilegalidade *per se* não é mencionado.

No entanto, o CADE já aplicou expressamente a regra de ilegalidade *per se* em um caso em que se considerou que a comprovação da existência do cartel *hardcore* já bastaria para a configuração do ilícito concorrencial.⁶⁸

Embora exista precedente admitindo a ilegalidade *per se* de determinadas condutas, essa regra não deve ser aplicada para casos relacionados aos *patent settlements*. Apesar dos robustos argumentos elencados pelos diversos autores em relação à inexistência de fundamentação econômica para os *reverse payments* extremamente elevados, a presunção de ilegalidade não condiz com a legislação antitruste brasileira, e representa clara violação aos direitos do detentor da patente.

Esses acordos podem, no entanto, ser considerados ilícitos concorrenciais, sem que se examinem questões de validade ou não infração da patente, caso se comprove que o processo a que o acordo se relaciona configura uma hipótese de abuso de direito de petição. Como se viu, as Cortes estadunidenses têm-se mostrado relutantes em analisar a validade e questões de infração de patentes em sede de antitruste. No entanto, a alternativa aplicada consiste em presunções acerca dos acordos, que não encontra guarida no direito brasileiro.

Assim, a análise dos casos de abuso de direito de ação, bem como a avaliação dos acordos de patentes, deve ser feita sob a égide da regra da razão, o que, invariavelmente, pode requerer a análise do mérito de questão relativa a direito de propriedade intelectual. Nesse sentido, há importante precedente do CADE, no qual houve referência à inconsistência do direito de propriedade

67. CADE, Resolução 20, de 9 de junho de 1999, publicada no DOU de 28.06.1999.

68. Processo 08012.002127/2002-14, j. em 13 de julho de 2005. No voto de Conselheiro-Relator, lê-se: “Por outro lado, os cartéis geram apenas os efeitos negativos do poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência. Portanto, cartéis, particularmente, cartéis clássicos são sem qualquer ambiguidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são *consequentemente um delito per se, sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão*”. [...] Portanto, estabelecidas as condições de existência de um Cartel Integral, alcança-se aquele *quantum* probatório, em que uma decisão pode ser exarada. Desta forma, *não há que se provar efeitos. Estudos econométricos nesse caso são desnecessários, controversos e irrelevantes para a caracterização da conduta ou da gravidade do ilícito*” (grifos nossos).

intelectual invocado,⁶⁹ o que evidencia a propensão do Conselho a adotar esta alternativa para a defesa da concorrência.⁷⁰

5. Conclusão

A propriedade industrial constitui caso especial de aplicação do direito concorrencial, e não se encontra imune às normas de infração à ordem econômica. As autoridades antitruste devem, por conseguinte, coibir os abusos advindos do exercício irregular de direitos de patente.

A defesa da concorrência no setor farmacêutico depende de um sistema regulatório eficiente, com competências bem delimitadas e cooperação técnica entre os diversos órgãos. Com efeito, também a integração entre as autoridades antitruste e os órgãos regulatórios é fundamental para a atuação preventiva na defesa da concorrência.

Nesse sentido, vale ressaltar importante iniciativa da SDE, que, em conjunto com o INPI e a Anvisa, intenciona mapear entraves à concorrência no setor.⁷¹ A SDE tem monitorado os pedidos de extensão de patentes, com o escopo de impedir o prolongamento indevido desses direitos. Também foram

69. Processo 08012.004283/2000-40, j. em 15.12.2010. O Conselheiro-Relator, sobre o direito de propriedade intelectual invocado pela parte, assim se pronunciou: “Todavia, o roteiro do Shop Tour, por ser um programa destinado a vendas, não possui relação com artes ou ciências. E, mesmo se assim não fosse e se tivesse uma compreensão mais alargada do significado artístico, e deixando de lado, também, o propósito específico do registro na Biblioteca Nacional, deve-se considerar que o roteiro depositado não apresenta originalidade. Comerciais e vendas de produtos em programas existem desde os primórdios da televisão, sendo que o jeito descontraído de falar não pode ser uma propriedade de alguém. Como exemplo de programas anteriores (e específicos deste gênero) exibidos no Brasil, as representantes citaram um que teria sido transmitido em 1983 e 1984, por Celso Russomano. Aliás, mesmo este programa teria sido inspirado nos padrões de TV a cabo do mundo todo, especialmente dos Estados Unidos. [...] Não há dúvidas de que se está frente a ações sem nenhuma base jurídica (*objective baseless claims*), que acarretaram danos concorrenciais. É com base nesta visão mais geral, que compreendo ser dever desta Autarquia reprimir e condenar a empresa Box 3, nos termos do art. 20 e 21, IV e V, da Lei 8.884/94”.

70. Para outros casos de destaque envolvendo direitos de propriedade intelectual no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cf. MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit.

71. Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *SDE monitora setor de medicamentos*, publicado em 18 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.progenericos.org.br/index.php/noticias/150-sdemonitorasetorfarmacaceutico>>. Acesso em: 5 out. 2012. O monitoramento iniciou-se em janeiro de 2010 e está em andamento.

solicitadas às empresas informações acerca de possíveis acordos de direitos patentários firmados por fabricantes de medicamentos de referência e fabricantes de genéricos.⁷²

Nos últimos anos, observaram-se importantes avanços na jurisprudência do CADE em relação ao enfrentamento de questões relativas ao abuso do direito de petição, definindo-se critérios essenciais para a defesa da concorrência no mercado de medicamentos. Assim, verificado que a ação carece de embasamento, e observado que a ação mascara artifício anticompetitivo para prejudicar os negócios do concorrente, tem-se a possibilidade de configuração de ilícito concorrencial.

Além disso, caso as partes que litigam acerca de direito patentário entrem em acordo para pôr fim ao litígio, esse acordo pode configurar infração à ordem econômica se representar alternativa menos benéfica aos consumidores que a continuação do litígio. Essa modalidade de ilícito se faz presente, essencialmente, nas hipóteses em que há o pagamento reverso do autor ao réu, conforme expusemos.

No setor farmacêutico, seu principal efeito é a protelação da entrada de genéricos no mercado, o que beneficia as partes que celebram o acordo, mas causa elevados prejuízos aos consumidores. O principal desafio no julgamento desse tipo de questão consiste no enfrentamento de questões concernentes à propriedade intelectual em sede antitruste, do qual se espera grande evolução nos próximos anos, em virtude da crescente importância do tema no cenário internacional.

Bibliografia

BARBOSA, Denis Borges. *Atividade inventiva: objetividade do exame*. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/atividade.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2012.

72. De acordo com relatório divulgado recentemente pela Comissão Europeia, o monitoramento do setor farmacêutico na Europa engendrou a redução do número de acordos envolvendo o pagamento reverso. As estatísticas também demonstram que são infundados os argumentos no sentido de que o monitoramento força as empresas a litigarem até o fim em disputas sobre patentes, já que, em contraposição à redução dos acordos com *reverse payment*, houve aumento substancial no número de acordos que não obstam a entrada de genéricos no mercado (cf. EUROPEAN COMMISSION. *3rd Report on the Monitoring of Patent Settlements – period: January-December 2011*, publicado em 25 de julho de 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/patent_settlements_report3_en.pdf>. Acesso em: 5 out. 2012.

- COLEMAN, Deborah. Antitrust issues in the litigation and settlement of infringement claims. *Akron Law Review*, v. 37, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 47, ano XXI, 1982.
- COTTER, Thomas. Antitrust implications of patent settlements involving reverse payments: defending a rebuttable presumption of illegality in light of some recent scholarship. *Antitrust Law Journal*, v. 71, 2004.
- DOLIN, Gregory. Reverse settlements as patent invalidity signals. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 24, n. 2, 2011.
- EUROPEAN COMMISSION. *3rd Report on the Monitoring of Patent Settlements – period: January-December 2011*, publicado em 25 de julho de 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/patent_settlements_report3_en.pdf>. Acesso em: 5 out. 2012.
- FAGERLUND, Niklas; RASMUSSEN, Soren Bo. AstraZeneca: the first abuse case in the pharmaceutical sector. *Competition Policy Newsletter*, n. 3, 2005.
- FEDERAL TRADE COMMISSION. *Generic drug entry prior to patent expiration*, publicado em julho de 2002. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2002/07/genericdrugstudy.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2012.
- _____. *Pay-for-delay: how drug company pay-offs cost consumer billions*, publicado em janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2010/01/100112payfordelayrpt.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2012.
- HEMPHILL, C. Scott. Paying for delay: pharmaceutical patent settlement as a regulatory design problem. *New York University Law Review*, v. 81, 2006.
- HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust and patent law analysis of pharmaceutical reverse payment settlements*, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1741162>>. Acesso em: 3 ago. 2012.
- MARTINEZ, Ana Paula. *Concorrência e propriedade intelectual*. Apresentação à Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, junho de 2011. Disponível em: <www.fiesp.com.br>. Acesso em: 4 out. 2012.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *SDE monitora setor de medicamentos*, publicado em 18 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.progenericos.org.br/index.php/noticias/150-sdemonitorasetorfarmacutico>>. Acesso em: 5 out. 2012.

- MOTTA, Ricardo Casanova. O lançamento de medicamento genérico, pelo detentor da patente, antes do fim da proteção patentária: uma análise concorrencial. *Revista do IBRAC*, v. 20, 2011, p. 111.
- SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 779-792.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SCHILDKRAUT, Mark. Patent-splitting settlements and the reverse payment fallacy. *Antitrust Law Journal*, v. 71, p. 1034-1068.
- SHAPIRO, Carl. Antitrust limits to patent settlements. *Rand Journal of Economics*, v. 34, n. 2, p. 391-411, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, v. 798, 2002.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*, 1995. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/0558.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2012.
- VARDNER, Joseph. The statutory presumption of patent validity in antitrust cases. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 25, 2011.
- ZAIA, Cristiano. Mais vale um genérico na mão do que... *Istoé Dinheiro*, n. 750, de 16 fev. 2012. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/78335_MAIS+VALE+UM+GENERICO+NA+MAO+DO+QUE>. Acesso em: 3 set. 2012.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2012 – 1.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

**A ECONOMIA POLÍTICA DO ANTIDUMPING
NO BRASIL – PROTEÇÃO, CONCORRÊNCIA E
DESEMPENHO ECONÔMICO**

GLAUCO AVELINO SAMPAIO OLIVEIRA

Resumo:

Este artigo discute como características internas de setores industriais afetam a probabilidade de receber direito antidumping explorando a relação entre a economia política da proteção e a concorrência nos mercados. Sugere-se que a estrutura do comércio internacional (volume de importações e tarifas) e o desempenho econômico (produtividade e investimentos) no período pós-liberalização comercial no Brasil influenciam um setor econômico a receber o antidumping, com variações em função de fatores de economia política – a capacidade de um setor de influenciar o governo é função de sua importância econômica e capacidade de mobilização. Apresentam-se também elementos de políticas públicas, sugerindo a necessária interação entre a defesa comercial e a defesa da concorrência.

I. Introdução e justificativa

A crise econômica internacional de 2008/09 e a sobrevalorização do real trouxeram, no início da década de 2010, o antidumping para o centro das decisões de política econômica brasileira. A adoção dessa medida de defesa comercial visa mitigar os danos causados à indústria nacional, em razão de importação de produtos concorrentes a preços artificialmente baixos (dumping, dano e nexos causal). Tais medidas têm sido adotadas em resposta à recente crise, pois, supostamente, o mercado brasileiro tem sido invadido por produtos importados a preços de dumping em função da baixa na demanda nos mercados internacionais e nos mercados domésticos dos países mais afetados. No Brasil a sobrevalorização real da moeda tem diminuído a competitividade dos produtos manufaturados nacionais no mercado doméstico, tornando os produtos importados mais baratos, e é motivo adicional para a proteção administrada.

Este ensaio, por outro lado, sugere que há uma relação entre a aplicação de medidas antidumping, a concorrência nos mercados e a capacidade política dos setores. Nesse sentido, o trabalho procura se distanciar da conjuntura

recente de crise econômica global e busca explicação nas características dos setores industriais e na organização industrial dos mercados, que contribuem para a determinação positiva do antidumping. Embora muito influenciada pelos ciclos econômicos, conforme aponta a literatura (Prusa e Skeath, 2002; François e Niels, 2006; Kume e Piani, 2005; Bown, 2008; Vasconcelos e Firme, 2011), a demanda por antidumping também é determinada por peculiaridades setoriais, que por sua vez contribuem para capacidade de mobilização em face do governo. A medida antidumping é tanto mais comum em setores mais concentrados, que fabricam produtos com economias crescentes de escala e com atributos de commodities industriais (ex.: produtos químicos e metais). Assim, os padrões de concessão de antidumping se repetem em vários países do mundo.

A conclusão da Rodada do Uruguai do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) em 1994, e a criação da Organização Internacional do Comércio (OMC), aprovou um regime internacional de antidumping. A OMC percebe o antidumping como um instrumento legítimo contra um suposto ilícito internacional. Vários países, entre eles o Brasil, criaram regimes domésticos de defesa comercial e antidumping baseados no acordo do GATT/OMC (Zanardi, 2006; Nils e Kate, 2006; Bown, 2008).¹

A literatura econômica, em especial a economia política da proteção percebe o antidumping – e as tarifas de importação e outras medidas de defesa comercial – como políticas que geram ganhos localizados (*rents*) em detrimento do bem-estar econômico geral (*general welfare*). O antidumping, ao aumentar o preço do produto importado, pode gerar perdas para o consumidor e, no caso de insumos intermediários, pode ainda diminuir a eficiência do conjunto da economia. Adicionalmente, a liberalização comercial no Brasil, pós-década de 1990, provocou uma reestruturação da concorrência, aumentando a contestabilidade dos mercados industriais e o desempenho setorial em face de uma situação de maior competição, mas em contrapartida cresceu a demanda pelo direito antidumping.

Este ensaio explora a relação entre a economia política da proteção, a concorrência nos mercados e o desempenho econômico setorial como determinantes da probabilidade de concessão de antidumping. O artigo está assim dividido: após esta introdução, a seção II revisa a teoria econômica do dumping. A seção III faz uma revisão da literatura recente de antidumping, com

1. A legislação brasileira de sobre medidas antidumping foi consolidada pelo Decreto 1.602, de 23 de maio de 1995, posterior à incorporação da conclusão da Rodada Uruguai de Negociações Multilaterais do GATT ao arcabouço legal brasileiro pelo Decreto Legislativo 30, de 15 de dezembro de 1994.

ênfase nos trabalhos de economia política da proteção, mas também enfocando alguns aspectos institucionais da aplicação do antidumping.. A seção IV faz referência ao impacto dos processos de liberalização da década de 1990 nos indicadores internos setoriais e na organização industrial dos mercados no Brasil como possíveis determinantes para a aplicação da medida no Brasil. A seção V conclui.

II. Teoria econômica

A definição da teoria econômica para o dumping é bastante objetiva. Diante da possibilidade de exportar, um monopolista doméstico fará uso extensivo da tarifa para manter o custo marginal igual à receita marginal no mercado doméstico e então exportar ao menor preço *free-on-board* até equalizar ao custo marginal. Esse tipo de discriminação de preço foi analisado por Viner (1923) em Ponfret (1992), em estudo clássico sobre dumping. O dumping na prática é uma estratégia de discriminação de preços entre o mercado doméstico e o internacional por um mesmo produtor.

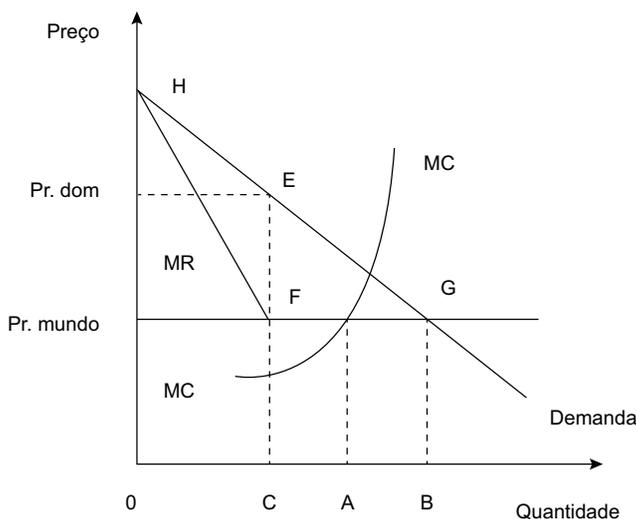
Fishelson e Hilman (1979) e Bhagwati (1988) desenvolveram o argumento inicial de Viner. Na Figura 1, que ignora custos de transporte, a única firma doméstica produz AO unidades, em que o custo marginal de produção (MC) equaliza ao preço mundial (*Pr. mundo*). No livre comércio, o consumo doméstico é OB, e AB unidades são importadas. Com a tarifa proibitiva, a firma doméstica explora seu poder de monopólio e aumenta o preço doméstico para *Pr. dom.*; o consumo doméstico cai para OC, e CA unidades são exportadas a preços mundiais. Se as curvas de demanda e de custo capturarem os custos e benefícios sociais, a perda líquida de impor uma tarifa é igual ao triângulo EFG, ou seja, a renda do monopólio (*monopoly rent*) menos o excedente do consumidor (*consumer surplus*). Na prática, os efeitos de bem-estar são mais complicados se a taxa de câmbio for fixa ou desalinhada, como ocorre em vários países em desenvolvimento.

Quando o consumidor doméstico não possui acesso a importações, o monopolista discriminador de preços maximiza seus lucros ao definir o custo marginal igual à receita marginal em ambos os mercados. O preço será menor no mercado em que a demanda for mais elástica. Nos mercados externos, usualmente, existe maior competição, portanto o consumidor no mercado externo tenderá a responder ao aumento de preços, diminuindo sua demanda da firma e migrando para outro fornecedor.

Essa é a visão da teoria econômica sobre o dumping: envolve uma estratégia de diferenciação de preços de um monopolista doméstico em mercados internacionais. Portanto, o monopolista doméstico, ao cobrar um preço maior no mercado doméstico e menor no mercado externo, procura eliminar a con-

corrência no mercado externo, o que permitiria aumentar preços no médio prazo, o chamado dumping predatório. Desta forma, o poder de mercado doméstico se estenderia ao mercado internacional.

Figura 1



O antidumping afeta outras questões do comércio exterior do país que impõem a medida. Olhando a perspectiva do monopolista doméstico, se a curva de custo marginal (MC) na Figura 1 for superior à linha *Pr. mundo*, a proteção das importações pode induzir a produção doméstica ou, alternativamente, incentivar investimentos que não existiriam numa situação de livre comércio. Do ponto de vista do requerente da investigação antidumping, é indiferente se o exportador é um monopolista doméstico. Mas, em tese, esse indicador afeta a capacidade de o exportador discriminar os preços nos diferentes mercados. Tal situação, em termos objetivos, deveria também balizar a análise da autoridade de defesa comercial.²

2. A prática internacional mostra que, em boa parte dos casos, os setores em que ocorre dumping são caracterizados por oligopólios internacionais, o que eventualmente contribui para o comportamento colusivo e práticas desleais de comércio por meio de cartéis internacionais (Hoekeman e Martin, 2012).

A realidade é mais complexa que a teoria ao se verificar que, em muitos casos, o pleiteante do antidumping no mercado final é também um monopolista. Nesse sentido, é passível supor que a situação de antidumping gera ineficiência tanto no mercado exportador quanto no mercado importador. Neste último, a análise de equilíbrio parcial de perda de eficiência em decorrência de uma proteção se aplica ao antidumping. A argumentação de proteção à indústria nascente, quando da aplicação de um imposto de importação (tarifa), também tem sido usada por indústrias domésticas, incluindo as monopolistas, ao pleitearem proteção administrada contra competidores internacionais.³ A não ser que existam externalidades ou economias de escala, a teoria econômica neoclássica é cética a respeito de tal argumentação.

III. A economia política do antidumping

Os modelos de economia política da proteção – também conhecidos como proteção endógena (*endogenous protection*) – percebem a política da aplicação do antidumping como um tipo de *lobby* muito especializado, permitindo acesso de grupos de interesse ao sistema administrativo/decisório do governo, cuja decisão nem sempre é benéfica ao conjunto da economia (Nelson, 2006). A literatura de economia política da proteção (*protection for sale*) encara o antidumping como resultado do cálculo do *policy maker* que pesa as perdas de bem estar coletivo vis-à-vis o benefício específico do governo ao favorecer um setor econômico (Grossman e Helpman, 1994).

A economia política da proteção tem uma visão microeconômica: agentes racionais procuram maximizar seu bem-estar e influenciar o governo. A ação das empresas sobre o sistema político/decisório é determinada por uma série de características setoriais, tais como: conteúdo de fatores de produção, competitividade doméstica e internacional, estrutura do mercado de atuação, exposição ao comércio internacional etc. Por exemplo, setores de orientação exportadora e setores concorrentes das importações têm visões distintas sobre política comercial: os primeiros favorecem maior integração com a economia internacional; e os segundos procuram se proteger da competição advinda após um evento de liberalização comercial. Similarmente, em um país como o Brasil, setores intensivos no fator de produção “trabalho” (ex.: confecções), ou no fator “capital” (ex.: produtos químicos) têm diferentes preferências co-

3. O regime de salvaguardas comerciais, também aprovado pela OMC, permite uma compensação à indústria nacional devido a dificuldades de competitividade em face da concorrência internacional. Questões de proteção às indústrias nascentes são usadas para justificar salvaguardas. Essas argumentações, todavia, não são incomuns no antidumping.

merciais *vis-à-vis* indústrias intensivas em recursos naturais (ex.: minério de ferro), cuja abundância fornece vantagens comparativas ao país. Esse trabalho parte da visão de que o *lobby* é, portanto, uma função de características setoriais – grupos de interesse ligados aos setores econômicos procuram influenciar as políticas públicas.

Estudos recentes indicam que os gastos com *lobby* exercem importante papel para explicar a variação da proteção entre setores econômicos (Tovar, 2011), tanto em medidas tarifárias, como em medidas não tarifárias, como o antidumping. Nessa literatura, o *lobby* é classificado como DUP (*direct unproductive rent seeking activity*), ou seja, atividade direta não produtiva promotora de rendas. (Bhagwati, 1982). Considerando que o antidumping atinge um produto específico, o *lobby* pela proteção tende a ser ainda mais localizado do que em tarifas, pois estas incluem diversos produtos em uma classificação harmonizada (HS), geralmente caracterizada por escaladas tarifárias.⁴ Rosendorff (1999) afirma que a atividade de lobby por antidumping informa o grau de inclinação do governo em direção aos interesses das indústrias (relativo aos interesses dos consumidores), de acordo com a seguinte função objetiva:

$$Gs(t) = CS(X) + s\pi + tx^* \quad (1)$$

onde $X = x + x^*$ é o consumo total do bem importado (estrela denota o bem estrangeiro), $s \geq 0$ é o peso politicamente determinado dos lucros das empresas domésticas. CS , o excedente do consumidor, função da quantidade consumida. A função objetiva do governo depende ainda das receitas (π), multiplicada por s , e do total arrecadado pela importação (x^*), dado um determinado nível de tarifa (t).

O *lobby* no antidumping ocorre também de forma indireta. A existência de estruturas oligopolísticas aumenta a probabilidade de colusão e de antidumping, que, uma vez imposto, limita o comércio internacional como um todo (Vasconcelos e Vasconcelos, 2005; Vandenbussche e Zanardi, 2011). Assim, se determinada empresa peticiona e é contemplada com o antidumping em seu país, isto indiretamente beneficia empresas do mesmo setor que transacionam em mercados mundiais, em diferentes países. Bloningem e Prusa (2001) afirmam que o antidumping gera efeitos inflacionários nos produtos oriundos das origens penalizadas pela taxa, mas que pode se expressar mesmo naqueles não afetados pelo direito, em função de um processo de substituição que tende a aumentar a demanda das fontes não afetadas.

Adicionalmente, o antidumping é um complemento a ações de Restrições Voluntárias às Exportações (VER), geralmente um comportamento colusivo

4. O princípio das escaladas tarifárias: produtos básicos devem ter tarifas menores que os intermediários, e estes, por sua vez, tarifas menores que os produtos finais.

das firmas domésticas e internacionais chancelado pelos governos. Na ausência de um VER, peticiona-se um antidumping. Em um cenário oligopolístico, mesmo que uma empresa isolada – supondo que ela estivesse em um acordo colusivo anteriormente – assuma um comportamento “carona” (*freerider*) e não peticione em sua jurisdição doméstica, o antidumping distorce a estrutura dos mercados internacionais tornando-os menos competitivos e favorecendo eventuais monopolistas domésticos.

Os modelos apresentados em Nelson (2006) mostram a sequência pela qual as firmas, dado um ambiente institucional e uma estrutura de mercado, agem racionalmente a fim de influenciar os políticos. Segundo aquele autor, independentemente da existência de um VER, as firmas tendem a buscar o antidumping.

O VER faz parte desse equilíbrio – é um ponto terminal plausível na proteção administrada. No entanto, a maior parte das investigações não leva a um equilíbrio em VER, mas sim a uma decisão da autoridade investigadora para aumentar os preços a um nível que elimina o dumping ou em um acordo com as empresas do mercado externo. Dessa forma, assim como no VER, o antidumping potencialmente tende a promover uma colusão entre empresas nacionais e estrangeiras, via compromisso de preços (*price undertaking*), novamente com a chancela das autoridades comerciais dos países.

Por essa ótica, o antidumping pode, inclusive, ter algum efeito de aumento de bem-estar, pois, em teoria, limita a probabilidade de um equilíbrio colusivo das empresas via VER, no qual o consumidor terminaria com menores quantidades a maiores preços, e os lucros mais elevados seriam divididos entre as empresas. Entretanto, a evidência empírica mostra que apenas 20% dos casos acabam em retirada da petição antidumping e a um acordo de colusão entre peticionárias domésticas e as empresas estrangeiras (Nelson, 2006).

Há também uma linha da literatura que percebe a crescente adoção do antidumping como um mecanismo de defesa e retaliação, particularmente por países em desenvolvimento, numa configuração que leva ao Dilema do Prisioneiro no comércio internacional, no qual o Equilíbrio de Nash é inferior ao Ótimo Paretiano. Assim, ao adotarem o antidumping como retaliação, os países beneficiam seus produtores locais, mas diminuem o bem-estar geral ao deprimir o nível mundial de comércio. Nesse sentido, a repetição dos jogos pode dar trazer à tona um equilíbrio cooperativo, e o regime do GATT/OMC tem um papel importante para fornecer estabilidade de regras e mecanismos de informação ao sistema comercial mundial, facilitando a superação do dilema (Bagwell e Staiger, 1990 e 1999).

Do ponto de vista da análise empírica, a linha mais tradicional aponta o antidumping como função de problemas da macroeconomia (balança comercial, taxa de câmbio real valorizada, inflação) e da pressão da concorrência internacional. A atividade econômica é inversamente relacionada a determinações positivas de antidumping, enquanto a taxa de câmbio real apreciada e a penetração das importações estão positivamente relacionadas. Os desequilíbrios macroeconômicos são associados a determinações positivas do antidumping (Prusa e Skeath, 2002; François e Niels, 2006; Bown, 2008; Vasconcelos e Firme, 2011).

Outra linha procura mostrar o impacto negativo das legislações de antidumping no comércio internacional, que sofre uma diminuição e um “congelamento” dos fluxos comerciais. Vandebusshe e Zanardi (2011) contra-argumentam os defensores do antidumping, para quem os efeitos sobre o comércio são negligenciáveis por envolverem produtos muito específicos e pequenos volumes e valores. As conclusões do estudo mostram que, no agregado, há um efeito depressivo considerável no comércio. As medidas adotadas por novos usuários – que criaram legislações após 1994 – tiveram impacto de 14 bilhões de dólares no seu comércio exterior (ou 5,9%). Segundo os autores, em países como México e Índia, o impacto negativo do antidumping nos fluxos comerciais compensou o aumento dos volumes de comércio após a liberalização comercial das últimas décadas.

Deve-se ressaltar ainda que a literatura analisa a mudança na aplicação do antidumping: tradicionalmente usado por países desenvolvidos desde meados do século XX, a medida foi fortemente incrementada nos países em desenvolvimento após os processos de liberalização comercial e adesão às regras do GATT/OMC da década de 1990 (Niels e Kate, 2006). Assim, nos países em desenvolvimento, o antidumping agiria tanto como um mecanismo de retaliação aos usuários tradicionais como de compensação em face da abertura comercial, em um problema relacionado ao estágio de desenvolvimento do país (Feinberg, 2011).

Os estudos de foco geral omitem a heterogeneidade dos setores econômicos. Existem variações em pelo menos de três canais diferentes: a) os setores respondem de maneira diferente aos ciclos e choques econômicos; b) existem diferentes incentivos no envolvimento com a política – que tende a ser função da concentração setorial; c) segundo Olson (1967), a capacidade de organização setorial (ação coletiva) varia, e a demanda efetiva por proteção é função dessa capacidade. As indústrias enfrentando concorrência internacional e problemas de competitividade estão mais propensas a buscar proteção administrada. Por outro lado, o câmbio apreciado não afeta igualmente todos os grupos na economia – usuários de insumos importados podem mesmo se

beneficiar. Em suma, características setoriais (organização industrial, ação coletiva, uso de fatores de produção), assim como as respostas dos setores ao ambiente econômico (produtividade, relação lucro/receita, propensão ao investimento, coeficientes de exportação e importação) são fatores que determinam a busca pelo antidumping.

Conforme preconizado pela literatura de escolha pública (*public choice*), a proteção também envolve o aspecto institucional na relação entre grupos de interesse setoriais, políticos e burocratas. Mecanismos como o antidumping permitem ajustes nas políticas públicas sem pôr em risco reformas anteriores. Assim, as pressões protecionistas do Congresso ou dos políticos são processadas, e aquelas tendem a ser maiores após choques macroeconômicos e/ou crises financeiras, conforme a recente crise indica (Evenett, 2011). Os defensores do antidumping o entendem como uma válvula de escape, blindando os burocratas e evitando a “politização” do comércio. Na prática, a “politização” se reflete no fato de que setores com maior peso político e econômico tendem a ter maior capacidade de pressão.

Seguindo essa linha, Finger, Hall e Nelson (1982), em detalhado estudo sobre a economia política dos determinantes institucionais, apontam para uma série de diferenças entre as agências e atores governamentais envolvidos no antidumping nos EUA. Existem especificidades nos aspectos objetivos de uma investigação; por exemplo, o conceito “valor menos que justo no comércio” (*less than fair value*), para o cálculo da margem de dumping, é tecnicamente estabelecido por lei e conduzido pelo Department of Commerce (DoC). Por outro lado, o cálculo do dano e nexos causal é feito pela International Trade Commission (ITC), que possui maior autonomia para chegar a suas conclusões. Os autores afirmam que nas audiências públicas no ITC e o no Congresso norte-americano os direitos do consumidor são sub-representados, num típico problema de conflito entre interesses concentrados e difusos. Ademais, o peticionário do antidumping tem a vantagem do primeiro movimento, controlando o debate público.

Esse debate institucional é importante para um país como o Brasil, que possui um sistema de governança no qual as políticas públicas dependem majoritariamente da decisão do Executivo.⁵ A tomada de decisão na política comercial envolve pouco diálogo com o Congresso ou com grupos difusos de consumidores, privilegiando interesses concentrados. Adicionalmente, há diferenças no executivo sobre o grau de liberalização comercial em geral, e sobre a efetividade do uso de medidas antidumping, em particular. Esse mecanismo

5. Kume e Piani (2005) analisam a experiência brasileira de antidumping e salvaguardas, comentando sobre suas características institucionais.

de divergência está, inclusive, expresso no decreto do antidumping no Brasil, que prevê o instituto da suspensão por “interesse público”, permitindo o contraditório após a aplicação de um antidumping (Macera e Beltrão, 2008).⁶

Em suma, a literatura de economia política percebe os mecanismos de proteção como primazia dos interesses particularistas sobre os interesses públicos. Todavia, em certa medida, o antidumping restringe a demanda por proteção, pois os custos de uma petição não são negligenciáveis. O sistema de proteção comercial é projetado para acomodar diferentes interesses – pequenos e grandes –, e o antidumping tende a privilegiar os últimos.⁷

IV. Experiência recente brasileira de abertura, o impacto concorrencial e o antidumping

É consenso nos círculos acadêmicos e de políticas públicas no Brasil que a liberalização comercial da década de 1990 aumentou a concorrência na indústria de transformação. A relação entre abertura comercial e concentração/poder de mercado influencia a demanda por defesa comercial. O Brasil e outros países emergentes adotaram legislações de antidumping e tornaram-se usuários frequentes dessas medidas após a abertura comercial. Essa reação à liberalização comercial atende a interesses especiais, muitos dos quais representam monopólios e oligopólios, ameaçados pela concorrência com as importações.

A relação entre abertura comercial, aumento da concorrência e concentração de mercado, todavia, não é linear. Existem qualificações. Amann e Baer (2008) percebem a que as reformas econômicas (privatização, liberalização), sob a égide de políticas neoliberais, permitiram a exposição da economia do país às forças do mercado doméstico e internacional, mas paradoxalmente aumentaram a concentração da propriedade das firmas. Utilizando base de dados da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) a três dígitos, Rocha (2010) estuda a concentração dos mercados da indústria brasileira entre 1996-2003, a partir da decomposição do índice Herfindahl-Hirschman (HHI),

6. A Resolução da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) 29, de 12 de fevereiro de 2012, publicada no DOU de 01/03/2012, criou o “Grupo de Interesse Público – GTIP”, vinculado à CAMEX, mas cuja secretaria executiva será exercida pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF), com intuito de avaliar a pertinência de conceder/manter um direito antidumping alegadamente prejudicial a outros agentes econômicos consumidores do produto afetado pela medida.

7. Deve-se admitir que o formato atual das legislações antidumping é menos permissível a demandas por proteção do que medidas tarifárias amplas, como aquelas adotadas no período de industrialização por substituição de importações na América Latina ou na Lei Smooth-Halley nos EUA dos anos 1930.

em relação ao tamanho e ao número de empresas. Na média, a indústria sofreu pouca alteração. Contudo, as mudanças na concentração foram substanciais em um grupo de indústrias, associadas à desigualdade no tamanho, apesar do movimento de entrada de novas firmas em diversos segmentos.

Ferreira e Facchini (2005), por sua vez, afirmam que um ambiente em que houve uma importante mudança de regime (liberalização comercial), setores mais concentrados têm conseguido obter vantagens políticas que levam a uma redução da competição internacional. A importância da estrutura industrial é patente: em sua especificação empírica básica, os autores verificam que a ampliação da concentração em 20% leva a um acréscimo na proteção de 5 a 7%.

Uma vertente da literatura econômica tem analisado os impactos da abertura nos indicadores internos das firmas, em especial na produtividade. Nessa linha, os trabalhos de Ferreira e Guillén (2004) percebem impactos positivos da liberalização comercial na produtividade setorial. Contudo, os resultados são ambíguos em relação às margens de lucro e à concentração industrial, indicando que não há queda no poder de mercado após a abertura comercial. Lisboa, Menezes Filho e Schorr (2010) mostram que a abertura do mercado de insumos é mais importante que o efeito da concorrência para explicar o crescimento da produtividade no Brasil. Verificam também que a redução de tarifas de insumos aumenta as margens de lucro, enquanto a redução de tarifas de produto tem o efeito oposto.

Outros estudos com abordagem de estrutura-conduta-desempenho (SCD) têm verificado a importância de variáveis relacionadas a barreiras à entrada para influenciar a estrutura do mercado e a lucratividade. Resende (2007) verifica o impacto significativo e positivo da concentração sobre a lucratividade setorial. Naquele trabalho, as importações – expressas em termos de percentual da importação sobre o consumo aparente – têm efeito negativo, mas não significativo sobre o lucro. Em outro trabalho que considera os aspectos dinâmicos, Resende e Lima (2005) indicam que não se pode rejeitar a hipótese de instabilidade de parcela do mercado (*market share*) e percebem a existência de rivalidade na indústria de transformação entre 1986-1998. Em uma linha ligeiramente diferente, Carvalho Junior e Ruiz (2008) percebem que a variável “percentual de importações” não foi relevante para explicar diferenças na lucratividade, entretanto ajudou a explicar diferenças de produtividade e de tamanho, possivelmente uma consequência do melhor acesso das firmas maiores ao mercado externo.

Estudos recentes procuram relacionar a concessão do antidumping e variáveis internas setoriais, como as margens de lucro. Konings e Vandebussche (2005), usando dados em painel de 4 mil firmas europeias, afirmam que a concessão do antidumping tem efeitos positivos e significantes nas taxas de lucro

(*mark-ups*) domésticas. Observando o caso indiano, Baruah (2007) indica que as importações e indicadores de desempenho (utilização de capacidade instalada) não afetam a determinação positiva, mas indústrias domésticas menos concentradas possuem mais probabilidade de veredito favorável, sugerindo um efeito de compensação pela existência do dano. Esse resultado contrasta com as conclusões apontadas por analistas da experiência brasileira. Araújo Jr. e Miranda (2008) argumentam que, além do viés em favor dos fabricantes de insumos básicos (ex.: produtos químicos), o caso brasileiro envolve um grau de concentração bastante elevado das indústrias peticionárias. Os autores sugerem que no Brasil a perda de parcelas de mercado nacional, devido à pressão competitiva de bens importados, e a queda da lucratividade são determinantes na busca por antidumping. Castilho et al. (2009), corroborando a argumentação sobre concentração, enfatizada por Ferreira e Facchini (2005), afirmam que existe alta representatividade das empresas domésticas do bem investigado, sugerindo, ainda, o potencial impacto sobre os custos nas cadeias de produção. Em detalhado estudo sobre liberalização comercial, estrutura tarifária e proteção, Castilho et al. (2009) mencionam que de um universo de 142 ações iniciadas entre 1995 e 2007, com 72 medidas aplicadas, “das 46 peticionárias, 33 têm representatividade (a participação das empresas da indústria doméstica fabricante do bem em questão) superior a 90%”. Provavelmente, algumas empresas peticionárias, às quais se referem os autores, produzem mais de um produto.

Do ponto de vista de política econômica doméstica, políticas de liberalização comercial, privatização e estabilização macroeconômica foram adotadas desde o início da década de 1990, culminando com o Plano Real de 1994. Os setores industriais passaram a operar em um ambiente macroeconômico mais estável e convivendo com a concorrência das importações. Adicionalmente, o câmbio valorizado, consequência da estabilização macroeconômica, também gerou efeitos de competitividade sobre a indústria nacional. A literatura sobre antidumping pondera que o câmbio valorizado é um dos possíveis motivos para o aumento de medidas de defesa comercial.

Do ponto de vista de política comercial, na década de 1990, o Brasil consolidou sua participação na OMC concordando com um determinado nível tarifário na conclusão da Rodada Uruguai. Essa medida também foi solidificada com a assinatura do tratado de Assunção, que criou formalmente o Mercosul e sua Tarifa Externa Comum (TEC). A adoção de legislação antidumping por vários países após a conclusão da Rodada Uruguai do GATT/OMC coincide com a diminuição geral e ampla das tarifas domésticos dos países signatários do acordo e visa coibir a situação do comércio desleal. Nesse sentido, a legislação de defesa comercial é um complemento à redução multilateral das tarifas,

visa coibir abusos e fornecer uma válvula de escape a indústrias de alguns países com problemas de adaptação. Entretanto, para a maioria dos economistas, a multiplicação das medidas antidumping, em especial nos países emergentes e naqueles que ainda contam com um nível tarifário relativamente elevado, esconde uma tendência protecionista e, principalmente, a capacidade de grupos de interesse em escapar do processo de liberalização. A adoção do antidumping reflete, sobremaneira, a existência de poder de mercado doméstico, sendo aplicada com frequência em setores oligopolistas, em especial no químico e no siderúrgico. No Brasil, conforme a hipótese de trabalho deste ensaio, está ocorrendo tal fenômeno.

Ademais outras variáveis são fundamentais para entender esse processo, como aquelas que refletem o desempenho das indústrias e são influenciadas pelo ambiente econômico. Assim, os diversos choques macroeconômicos certamente tiveram efeito sobre o desempenho setorial e sobre a probabilidade do antidumping, como, por exemplo, a sobrevalorização cambial e as crises financeiras externas, como a crise asiática (1997/1998), a crise russa (2000), a própria crise brasileira (1999/2000) que precipitou a adoção do câmbio flutuante no Brasil em 2000, e, por último, a maior crise das últimas décadas (2008/2009), que culminou com um forte processo de recessão na economia mundial. A recente crise gerou temores de aumento de medidas protecionistas, entre as quais o antidumping, e também políticas industriais com o intuito de favorecer e proteger atores domésticos da competição externa. As consequências das crises financeiras sobre as políticas comerciais têm sido monitoradas por Baldwin (2011): no relatório o Brasil figura entre os países emergentes com maior número de medidas de política comercial com intuito de proteção.

V. Considerações finais

Este trabalho propôs discutir os determinantes de medidas antidumping no Brasil. Estudos sobre a experiência brasileira são relativamente escassos, e há grande ênfase na discussão de fatores macroeconômicos na literatura econômica. Nesse sentido, a linha explicativa da economia política do antidumping, que enfatiza a importância das estruturas oligopolizadas nos mercados domésticos e internacionais, parece particularmente interessante para avaliar a probabilidade de peticionar e receber medidas de defesa comercial.

A revisão da literatura buscou combinar a contribuição da economia política da proteção com a análise sobre o impacto concorrencial do comércio internacional e das mudanças econômicas.

Assim, interpreta-se o antidumping no Brasil como uma resposta dos setores a uma mudança de estrutura econômica doméstica e internacional em direção ao aumento da concorrência nos mercados, com consequências sobre

os indicadores internos das firmas. A decisão final de um antidumping reflete também a percepção do governo e a capacidade de influência política do setor.

A recente experiência no Brasil indica que a liberalização econômica trouxe aumento da contestabilidade, da rivalidade e diminuição das barreiras à entrada nos mercados industriais, mesmo que os efeitos sobre indicadores internos setoriais, como produtividade e margem de lucro, não sejam conclusivos. A competição com os importados é um forte mecanismo pelo qual se exerce a concorrência na indústria de transformação, e houve um aumento geral dessa condição nas últimas duas décadas. Assim, houve também uma contrarreação por parte de grupos de interesse organizados, o que aumentou a demanda pelo antidumping. A adoção dessa política de defesa comercial deve, enfim, ser compreendida em um contexto de liberalização tarifária – inclusive acordado internacionalmente –, de mudanças econômicas e choques macroeconômicos com impacto sobre os indicadores setoriais.

Os economistas escolhem tópicos com base em compromissos normativos. A teoria econômica diz que qualquer proteção é ruim; o antidumping é particularmente ruim porque é embutido com o rótulo de equidade: no curso normal do comércio, um produto vendido a um preço não justo prejudica o concorrente doméstico (*less than fair value*). Essa lógica jurídica, entretanto, é questionável do ponto de vista da economia, pois pode prejudicar um competidor mais eficiente e o consumidor final. Assim, um domínio das políticas públicas com muitas semelhanças com o antidumping é o antitruste. O antitruste, ou defesa da concorrência, nasceu e se desenvolveu em países com economia de mercado, com retórica e políticas de imparcialidade e promoção do ambiente concorrencial em prol do bem-estar econômico geral, independentemente do setor ou atividade. Conforme Finger et al. (2006), apesar das deficiências, instituições como o Department of Justice (DoJ), a Federal Trade Commission (FTC) e a Security and Exchange Commission (SEC) têm ao longo dos anos conseguido aplicar raciocínio econômico sólido e análise técnica da lei em problemas concorrenciais, inclusive quando existem implicações com a política comercial. A experiência norte-americana pode valer para outros países, assim, a aproximação entre as trajetórias do antitruste e do antidumping pode conferir racionalidade econômica à análise, sem perder de vista as complexidades jurídicas e, por que não, políticas tão afeitas ao tema.⁸

8. Conforme mencionado na nota de rodapé 6 acima, a criação do GTIP, cuja secretaria executiva é exercida pela SEAE/MF adiciona elementos de defesa da concorrência à política de defesa comercial. Como se sabe, a SEAE/MF é parte integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, juntamente com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e, de acordo com o texto da Lei

Bibliografia

- AMANN, Edmund; BAER, Werner. Neo-liberalism and market concentration in Brazil. *The Quarterly Review of Economics and Finance* 48 (2008): 252-262.
- ARAÚJO JR., José Tavares; MIRANDA, Pedro. *Antidumping: peculiaridades do caso brasileiro*. Centro de Estudos de Integração e Desenvolvimento – CINDES. Fev. 2008.
- BAGWELL, Kyle; STAIGER, Robert. A theory of managed trade. *The American Economic Review* 80 (1990): 779-795.
- _____; _____. An economic theory of GATT. *The American Economic Review* 89 (1999): 215-248.
- BARUAH, Nandana. An analysis of factors influencing the anti-dumping behaviour in India. *The World Economy* 30 (2007): 1170-1191.
- BHAGWATI, Jagdish. Directly unproductive, profit-seeking (DUP) activities. *Journal of Political Economy* 90 (1982): 988-1020.
- _____. Export promoting protection: endogenous monopoly and price disparity. *The Pakistan Economic Review* 27 (1988): 1-5.
- BLONINGEM, Bruce A.; PRUSA, Thomas. *Antidumping*. National Bureau of Economic Research – NBER, Working Paper 8398, Jul. 2001.
- BOWN, Chad P. The WTO and antidumping in developing countries. *Economics and Politics* 20 (2008): 255-288.
- CARVALHO JUNIOR, Nelson Simão; RUIZ, Ricardo Machado. Determinantes do desempenho das firmas a partir das novas capacitações internas: um estudo de firmas brasileira. *Revista de Economia Contemporânea* 12 (2008): 97-127.
- CASTILHO, Marta (coord.). *Estrutura de comércio exterior e proteção efetiva*. Rio de Janeiro: UFRJ, ago. 2009.
- DEPARTAMENTO DE DEFESA COMERCIAL, Secretaria de Comércio Exterior, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Relatório do DECOM* n. 12, 2008.
- EVENETT, Simon. *Trade tensions mount: the 10th GTA Report*. Centre for Economic Policy Research (CEPR), 2011.
- FEINBERG, Robert M. *Antidumping as a development issue* (mimeo), American University, Jul. 2011.

12.529/2011, adquire algumas prerrogativas para a advocacia da concorrência no âmbito da política comercial, em especial da política de defesa comercial.

- FERREIRA, Pedro Cavalcanti; FACCHINI, Giovanni. Trade liberalization and industrial concentration: evidence from Brazil. *The Quarterly Review of Economics and Finance* 45 (2005): 432-446.
- FERREIRA, Pedro Cavalcanti; GUILLÉN, Osmani Teixeira de Carvalho. Estrutura competitiva, produtividade industrial e liberalização comercial no Brasil. *Revista Brasileira de Economia* 58 (2004): 507-532.
- FINGER, J. M., HALL, H. Keith; NELSON, Douglas R. The political economy of administered protection. *The American Economic Review* 72 (1982): 452-466.
- FISHELSON, Gideon; HILMAN, Arye L. Domestic monopoly and redundant tariff protection. *Journal of International Economics* 9 (1979): 47-55.
- FRANÇOIS, Joseph; NIELS, Gunnar. business cycles, the exchange rate, and demand for antidumping protection in Mexico. *Review of Development Economics*, 10 (2006): 388-399.
- HOEKEMAN, Bernard; MARTIN, Will. Reducing distortions in international commodity markets: an agenda for multilateral cooperation. In: EVENETT, Simon J.; JENNY, Frederic (ed.). *Trade, competition, and the pricing of commodities*. Centre for Economic Policy Research (CEPR), 2012.
- KONINGS, Jozef; VANDENBUSSCHE, Hylke. Antidumping protection and markups of domestic firms. *Journal of International Economics* 65 (2005): 151-165.
- KUME, Honório; PIANI, Guida. *Antidumping and safeguard mechanisms: the Brazilian experience, 1988-2003*. World Bank Policy Research Working Paper 3562, April 2005.
- LISBOA, Marcos B.; MENEZES FILHO, Naércio; SCHORR, Adriana. The effects of trade liberalization on productivity growth in Brazil: competition or technology? *Revista Brasileira de Economia* 64 (2010): 277-289.
- MACERA, Andrea; BELTRÃO, Carmen. Antitruste versus Antidumping: reconciliando políticas através da cláusula do interesse nacional. *Res Pvblica – Revista de Política Públicas e Gestão Governamental*. Brasília, Anesp, 2008.
- NELSON, Douglas. Antidumping: a survey. *The European Journal of Political Economy* 22 (2006): 554-590.
- NIELS, Gunnar; KATE, Adriaan tem. Antidumping policy in developing countries: safety valve or obstacle to free trade? *The European Journal of Political Economy* 22 (2006): 618-638.
- OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1967.

- PONFRET, Richard. *International trade policy with imperfect competition*. Special Papers in International Economics n. 17, Department of Economics, Princeton University, Jul. 1992.
- PRUSA, Thomas; SKEATH, Susand. *Modern commercial policy: managed trade or retaliation?* Wellesley College Working Paper 2002-05, Jul. 2002.
- RESENDE, Marcelo. Structure, conduct and performance: a simultaneous equations investigation for the Brazilian manufacturing. *Applied Economics* 39 (2007): 937-942.
- RESENDE, Marcelo; LIMA, Marcos. Market share instability in Brazilian industry: a dynamic panel data analysis. *Applied Economics* 37 (2005): 713-718.
- ROCHA, Frederico. Dinâmica da concentração de mercado na indústria brasileira, 1996-2003. *Economia e Sociedade* 19 (2010): 477-498.
- ROSENDORFF, Peter. Voluntary export restraints, antidumping procedures, and domestic politics: an economic theory of GATT. *The American Economic Review* 86 (1999): 544-561.
- TOVAR, Patrícia. Lobbying costs and trade policy. *Journal of International Economics* 83 (2011): 126-136.
- VANDENBUSSCHE, Hylke; ZANARDI, Maurizio. The chilling trade effects of antidumping proliferation. *European Economic Review* 54 (2011): 760-777.
- VASCONCELOS, Claudio R. F.; FIRME, Vinícius A. Efetividade do instrumento antidumping no Brasil entre 1990 e 2007. *Economia* 12 (2011): 165-184.
- VASCONCELOS, Cláudio R. F.; VASCONCELOS, Silvinha P. Medidas “antidumping” e resultados colusivos: o caso do PEBDL na economia brasileira. *Nova Economia* 15 (2005): 117-141.
- ZANARDI, Maurizio. Antidumping: a problem in international trade. *The European Journal of Political Economy* 22 (2006): 591-617.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2012 – 2.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

**PRESSÃO POR ELEVAÇÃO DE PREÇOS:
UM GUIA PARA PROFISSIONAIS DE DEFESA
DA CONCORRÊNCIA**

SERGIO AQUINO DE SOUZA

Resumo:

Farrel e Shapiro propõem um indicador alternativo baseado no conceito de pressão por elevação de preços (*Upward Pricing Pressure*) que procura medir os incentivos da firma fusionada em aumentar preços acima dos níveis anteriores à operação. O novo indicador é simples conceitual e operacionalmente, tem como base a teoria econômica de efeitos unilaterais e prescinde da determinação do mercado relevante, preenchendo, dessa forma, os requisitos para um bom filtro no controle de fusões. Porém, apesar de a pressão por elevação de preços ser um conceito simples, uma de suas principais motivações e virtudes, Farrell e Shapiro explicam termos pouco familiares para não economistas, como canibalização, equivalência conceitual entre os incentivos de elevação de preços e um imposto fictício a ser “internalizado” pelas firmas fusionadas, custo de oportunidade de produção, além de outros. Este trabalho tem como objetivo preencher essa lacuna entre o conceito desenvolvido por Farrel e Shapiro e seu principal público-alvo, por meio de uma interpretação e exposição em linguagem mais acessível para a maioria dos profissionais atuantes em defesa da concorrência que não possuem conhecimentos especializados em Economia. Adicionalmente, para motivar a discussão, são analisados mercados que mesclam dados fictícios e reais (mercado de automóveis e setor aéreo, ambos no Brasil).

1. Introdução

No Brasil e nas principais jurisdições estrangeiras, o volume de fusões submetidas à análise das autoridades antitruste é elevado,¹ enquanto os recursos (humanos, físicos e financeiros) são relativamente limitados. A alocação mais eficiente desses recursos demanda um filtro operacionalmente simples

1. Segundo dados divulgados pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Em 2011, 758 casos foram distribuídos entre os 6 Conselheiros (presidente não vota). Ver CADE (2012).

que permita distinguir, já no estágio inicial da análise, entre fusões potencialmente problemáticas, que merecem análise mais profunda, e aquelas que não suscitam preocupações de natureza concorrencial e devem, portanto, ser aprovadas de forma mais célere.²

Atualmente, o processo de filtragem baseia-se na definição do mercado relevante e suas grandezas derivadas: cálculo de fatias e concentração de mercado. Um filtro bastante conhecido é denominado de teste HHI (Herfindahl-Hirschman Index), que se baseia no nível e variação desse índice de concentração para definir critérios sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado.³ No entanto, tal abordagem estrutural possui severas limitações, especialmente quando aplicada a mercados com produtos diferenciados, caso em que não existem maneiras claras de delimitação de mercado que não sejam de certa forma arbitrárias (Farrell e Shapiro, 2010a; Kaplow, 2010) e em que, mesmo após definição de mercado, as estatísticas comumente computadas como fatias de mercado, nível e variação de índices de concentração não possuem uma relação clara com poder de mercado, grau de competição entre os produtos e, conseqüentemente, com os efeitos unilaterais decorrentes de uma fusão (Willig, 1991).

Economistas têm, então, empreendido esforços para desenvolver métodos que prescindam da definição de mercado relevante e que sejam capazes de medir a competição direta entre as firmas, isto é, as restrições competitivas que uma firma impõe à outra no cenário pré-fusão, refletindo de maneira mais adequada a teoria econômica dos efeitos unilaterais na presença de bens diferenciados.

Nesse contexto, surgiram os modelos de simulação que permitem prever o aumento de preços após a fusão (Werden e Froeb, 1994). No entanto, a aplicação de tal ferramental, especialmente a sua versão mais moderna (Nevo, 2000), exige muito tempo e esforços para coletar dados e obter os resultados desejados, além de exigir o comprometimento do analista com uma série de hipóteses, como o modelo de demanda (logit aninhado, por exemplo) e a natu-

2. A nova organização do CADE, dada pela Lei 12.529/2011, prevê em seu art. 13 que a Superintendência Geral pode decidir pelo arquivamento do caso, conclusão que deve idealmente ser auxiliada por mecanismo de filtragem eficiente.
3. Conforme critério adotado nos Estados Unidos, não há nexos de causalidade entre o ato de concentração e preocupações de natureza concorrencial se: (a) $HHI < 1500$ pontos; (b) $1500 < HHI < 2500$ pontos e variação ≤ 100 pontos; (c) $HHI > 2500$ pontos e variação inferior a 100 pontos. Esses novos limites foram apresentados pelo DoJ/FTC no *Horizontal Merger Guideline* (FTC e USDoJ, 2010), e foram adotados no voto do relator Carlos Ragazzo, no caso Sadia-Perdigão (Ato de Concentração 08012.004423/2009-18).

reza da competição (equilíbrio de Nash em preços, por exemplo). Outro problema é a complexidade dessa metodologia, que necessita de conhecimento especializado em estatística, econometria, microeconomia e teoria dos jogos, algo distante da formação de advogados, consultores, servidores da autoridade antitruste e tantos outros profissionais atuantes em Defesa da Concorrência.

As simulações de fusões certamente apresentaram avanço no sentido de medir diretamente os efeitos unilaterais – sem definir mercado relevante. No entanto, devido à elevada demanda de tempo e esforços, as simulações são tipicamente realizadas em estágios mais avançados da análise, não servindo, portanto, como filtro.

Farrell e Shapiro (2010a) propõem um indicador alternativo baseado no conceito de pressão por elevação de preços (*upward pricing pressure*), ou PEP, que procura medir os incentivos da firma fusionada em aumentar preços acima dos níveis anteriores à operação. O novo indicador é simples conceitual e operacionalmente – não é necessário nenhum conhecimento especializado para compreendê-lo ou medi-lo –, tem como base a teoria econômica de efeitos unilaterais e prescinde da determinação do mercado relevante, preenchendo, dessa forma, os requisitos para um bom filtro. De fato, o indicador de pressão por elevação de preços tem-se mostrado útil na análise de atos de concentração a ponto de merecer citação explícita em guias recentemente publicados por importantes órgãos de defesa da concorrência nos Estados Unidos e no Reino Unido⁴ (Federal Trade Commission e U.S Department of Justice, nos EUA; e Office of Fair Trade e Competition Commission, no Reino Unido).

Porém, apesar de a PEP ser um conceito simples, uma de suas principais motivações e virtudes, Farrell e Shapiro (2010a) a explicam por meio de termos pouco familiares para não economistas, como canibalização, equivalência conceitual entre os incentivos de elevação de preços e um imposto fictício a ser “internalizado” pelas firmas fusionadas, custo de oportunidade de produção, além de outros.

Este trabalho tem como objetivo preencher essa lacuna entre o conceito desenvolvido por Farrell e Shapiro (2010a) e seu principal público alvo, por meio de uma interpretação e exposição dos indicadores de PEP em uma linguagem mais acessível para a maioria dos profissionais atuantes em defesa da concorrência, que não possuem conhecimentos especializados em Economia. Adicionalmente, para motivar a discussão, são analisados mercados que mesclam dados fictícios e reais (mercado de automóveis e setor aéreo, ambos no Brasil).

4. Ver FTC e USDoJ (2010) e OFT e CC (2010).

2. A economia dos efeitos unilaterais e o conceito de pressão por elevação de preços

O controle de fusões fundamenta-se na ideia de que, na ausência de efeitos compensatórios (eficiência, por exemplo) ou outros fatores mitigadores, como a facilidade de entrada, uma fusão, devido à eliminação de um ou mais concorrentes, tende a elevar preços. Existem várias formas equivalentes de explicar esse resultado (Baker, 2011). A primeira, utilizada por Farrell e Shapiro (2010a), e evitada neste artigo pelos motivos expostos no parágrafo anterior, remete ao aumento do custo de oportunidade de produzir mais ou, em outras palavras, agir de forma mais agressiva. Uma segunda interpretação diz respeito à diminuição das restrições com as quais as firmas fusionadas se deparam. No cenário anterior à fusão, a elevação de preço é restrita pela migração de consumidores para empresas rivais. Após a fusão, parte da demanda desviada é capturada pela nova entidade criada pela operação, aliviando assim as restrições a aumentos de preços. Uma terceira explicação é a “recaptação do lucro”: o custo de aumentar preços é menor após a fusão, pois a empresa se apropriaria de parte das vendas que, no cenário pré-operação, migrariam para bens produzidos por rivais. As três interpretações acima são equivalentes. No entanto, para atingir seu objetivo principal de adotar linguagem mais simples e sem jargões econômicos, o presente trabalho adota uma mistura das duas últimas interpretações.

Para simplificar, suponha um mercado de produtos diferenciados onde cada firma envolvida na fusão produz um bem: uma firma produz A e sua antiga rival produz B. P, Q e Cmg indicam respectivamente preço, quantidade e custo marginal. Antes da fusão, o comportamento da firma A é o resultado do equilíbrio entre duas forças opostas que surgem devido a um pequeno aumento de preço ΔP_a : o benefício de aumentar a receita A, dado por $\Delta P_a Q_a$, e o custo associado à redução do lucro, $(P_a - C_{mg_a}) \Delta Q_a$, decorrente da queda nas vendas⁵ de A. Conforme a teoria econômica, a firma A estabelece seu preço de forma que o benefício e o custo associados a um aumento marginal (ou seja, pequeno) de preços sejam idênticos.

Dessa forma,

$$(1) \quad \Delta P_a Q_a = (P_a - C_{mg_a}) \Delta Q_a$$

A fusão altera esse equilíbrio, pois parte das vendas perdidas ΔQ_a para outros bens ofertados no mercado são recapturadas pela marca B (ΔQ_b) agora

5. A conclusão sobre custo decorre da lei da demanda, que estabelece relação inversamente proporcional entre preço e quantidade demandada. Ou seja, aumento de preços de ΔP_a gera redução nas vendas ΔQ_a .

pertencente à nova entidade formada pelo ato de concentração. O valor dessas vendas recapturadas é igual a $(P_b - C_{mgb})\Delta Q_b$. Portanto, após a fusão, o benefício decorrente de uma aumento marginal no preço passa a ser $\Delta P_a Q_a + (P_b - C_{mgb})\Delta Q_b$, que é superior ao benefício no cenário pré-fusão $\Delta P_a Q_a$, gerando, portanto, uma tendência à elevação de preços.⁶ É fácil concluir que a força motora por trás desse resultado é o valor das vendas recapturadas $(P_b - C_{mgb})\Delta Q_b$. Sem prejuízo do conceito de PEP, divide-se esse valor por ΔQ_a , em valores absolutos, para chegar ao que Farrell e Shapiro (2010a) denominam de pressão bruta por elevação de preços (PBEP), medida pelo produto da margem bruta $(P_b - C_{mgb})$ vezes a taxa de desvio, D_{ab} , entre os produtos, ou seja,

$$(2) \quad PBEP^a = (P^b - C_{mg}^b) D_{ab}$$

A taxa de desvio de A para B (D_{ab}) é uma medida da proporção das vendas desviadas de A que são apropriadas por B devido a um aumento marginal do preço de A. Trata-se de uma grandeza muito importante na análise de mercados com produtos diferenciados, pois mede o grau de proximidade entre dois produtos do ponto de vista do consumidor. Quanto maior a taxa de desvio, maior o grau de substituição entre dois produtos e, portanto, *coeteris paribus*, mais preocupante será a fusão.⁷

A pressão bruta por elevação de preços (PBEP) consiste em uma conta simples, transparente, baseada em sólida teoria econômica e que não depende da definição de mercado – fatias não entram no cálculo. O conceito de pressão por aumento de preços também ajuda a consolidar o entendimento sobre as forças que, pelo menos em parte, determinam os incentivos das firmas após a fusão. De fato, a PBEP torna claro que, além da taxa de desvio, é preciso levar em conta a margem bruta $(P_b - C_{mgb})$ do produto oferecido pela outra empresa envolvida na fusão.

6. Outra forma de chegar ao mesmo resultado consiste em considerar o valor das vendas recapturadas $(P_b - C_b)\Delta Q_b$ como redutor do custo associado a um aumento de preço. Portanto, após a fusão, essa perda passa a ser $(P_a - C_a)\Delta Q_a - (P_b - C_b)\Delta Q_b$, o que constitui um valor menor que aquele encontrado antes da fusão. De fato, as vendas recapturadas diminuem o efeito negativo (custo) decorrente da elevação de preço, gerando, portanto, uma tendência à formação de preços mais elevados.
7. Taxa de desvios guardam forte semelhança com a elasticidade cruzada. De fato, demonstra-se que a taxa de desvio de A para B é igual ao produto da razão da elasticidade cruzada de B (em relação ao preço de A) dividida por elasticidade própria de A pela razão da quantidade vendida de A dividida pela quantidades de B. Ver Hausman, Moresi e Rainey (2011).

Após a subtração do efeito causado pelo aumento da eficiência obtém-se medida efetivamente recomendada por Farrell e Shapiro (2010a) para utilização no caso concreto, a pressão líquida por elevação de preços (PLEP):

$$(3) \quad PLEP^a = (P^b - Cmg^b)D_{ab} - E.Cmg^a$$

O indicador PLEP é o resultado de duas forças opostas: a eliminação da competição entre as empresas fusionadas, que cria uma pressão bruta por aumento de preços (PBEP), e a redução percentual (E) do custo marginal de produção devido à fusão, que gera uma pressão para a redução de preços. O efeito líquido, isto é, o sinal da PLEP, serve então de indicador inicial dos potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes do ato de concentração. Farrell e Shapiro (2010a) sugerem o valor de 10% para a computação das eficiências.

Um das críticas mais recorrentes ao indicador PLEP consiste na inconveniência do cálculo de eficiências,⁸ que são tipicamente difíceis de avaliar, especialmente em um estágio inicial da análise, o que entraria em conflito com a motivação operacional do conceito de PEP: desenvolver indicador simples de ser calculado a partir de dados aos quais as autoridades antitruste possuem acesso relativamente fácil. Farrell e Shapiro (2010a) argumentam, no entanto, que eficiências não devem ser interpretadas estritamente, em termos de redução de custo, e sim como um limite a partir do qual a pressão bruta por elevação de preços (PBEP) deva merecer análise mais profunda.⁹

Salop e Moresi (2009) e Moresi (2010) desenvolvem um segundo indicador baseado na mesma ideia de PEP, mas que não necessita do cômputo de eficiências. É denominado de índice de pressão bruta por elevação de preços (IPBEP), cujo valor é dado por

$$(4) \quad IPBEP^a = \frac{(P^b - Cmg^b)D_b}{P^a}$$

Esse índice mede a IPBEP como proporção do preço de A. Como se trata de uma porcentagem, o índice facilita a interpretação e comunicação do conceito de PEP e também permite a comparação entre fusões de diferentes mercados. Moresi (2010) sugere a utilização do limite de 10% para o IPBEP. O índice, no entanto, evita o cálculo das eficiências, mas traz implícita uma

8. Ver Simons e Coate (2010).

9. De fato, com uma simples manipulação algébrica é possível mostrar que $PLEP^b > 0$ é equivalente a $(PBEP^b/Cmg^a) > E$. Portanto, E é apenas um limite, e pode, assim, assumir tanto uma interpretação estrita de redução de custo marginal como outra mais ampla, na qual E sintetizaria todos fatores mitigadores da pressão bruta por elevação de preços normalizada pelo custo marginal $(PBEP^b/Cmg^a)$.

hipótese que um indicador de PEP deveria evitar: o cálculo do repasse de custo para preços (*pass through*), especialmente se baseado em alguma função demanda.¹⁰ No caso do limite crítico de 10% para o IPBEP, assume-se implicitamente uma demanda linear cujo repasse é de 50% do aumento de custos.¹¹

As fórmulas de PLEP e IPBEP são baseadas no mesmo conceito e, portanto, são denominadas, doravante, de indicadores de pressão por elevação de preços.¹² É muito importante ressaltar que não dependem das fatias de mercado ou dos índices de concentração, o que torna evidente a principal virtude dos referidos: a análise de efeitos unilaterais pode ser realizada diretamente, sem a necessidade de definição de um mercado relevante, evitando assim debates com resultados muitas vezes arbitrários sobre o que deve ou não estar no mercado e a associação, muitas vezes inapropriada em mercados com produtos diferenciados, entre efeitos unilaterais e fatias de mercado. Conforme discussão anterior, ambas as medidas, PLEP e IPBEP, possuem vantagens e desvantagens, impedindo uma conclusão categórica sobre qual a mais indicada.

3. Exemplos

Nesta seção, utilizam-se dados fictícios para ilustrar a mecânica, a importância e a interpretação dos indicadores de pressão por elevação de preços. No entanto, profissionais experientes de defesa da concorrência identificarão facilmente a semelhança do exemplo hipotético a seguir com muitos casos reais envolvendo concentrações em mercado de produtos diferenciados.

Exemplo 1:

Suponha um mercado com produtos diferenciados, no qual existem dois segmentos: um com 100 mil unidades de produção e outro com 900 mil unidades. A empresa A produz 60 mil unidades e a empresa B, 40 mil. Ambas pertencem ao primeiro segmento, aquele com menor produção agregada. Uma análise típica da fusão entre A e B iniciaria com uma discussão sobre mercado relevante, com duas teorias concorrentes: (i) cada segmento é um mercado, ou (ii) o mercado compreende ambos os segmentos. No primeiro caso, o mercado

10. Outra motivação importante do conceito de PEP é evitar hipótese sobre todo sistema de demanda, que gera resultados pouco robustos a diferentes especificações do sistema, antecipando de forma inapropriada uma discussão que deve ser deixada para momentos mais adiantados da análise, quando se realizam, por exemplo, as simulações de fusões.

11. Ver Moresi (2010) e o próprio artigo de Farrell e Shapiro (2010a).

12. A literatura em inglês, mencionada neste trabalho, denominada PLEP e IPBEP, de UPP (*Upward Pricing Pressure*) e GUPPI (*Gross Upward Pricing Pressure Index*), respectivamente.

produziria no agregado 100 mil unidades com as firma A e B apresentando participações de 60% e 40% respectivamente. No segundo caso, o total produzido no mercado seria de 1 milhão de unidades, tornando a participação das firmas A e B (de 6% e 4%, respectivamente) bem menos significativa. O exemplo ilustra um problema comumente encontrado na determinação de mercado relevante: resultados extremos sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado. De fato, no primeiro caso, onde o mercado é restrito, trata-se de uma fusão formadora de monopólio, o que certamente levaria a sua reprovação ou, pelo menos, à imposição de sérias restrições como venda de ativos ou marcas. Por outro lado, o segundo cenário, com o mercado bem maior e fatias bem menores, sugere o oposto: o caso deve ser sumariamente aprovado, não merecendo análise detalhada de outros aspectos competitivos como barreira à entrada, grau de diferenciação dos produtos e rivalidade. Em casos assim, a definição do mercado relevante é decisiva para o julgamento do ato de concentração.

Para simplificar, assume-se simetria entre os produtos: os preços, custos marginais e taxas de desvio são idênticos. Com $P = 50$ mil reais, $C_{mg} = 30$ mil reais e $D_{ab} = 0,4$ (ou 40%), é possível calcular os índices de pressão por elevação de preços. Para calcular o PLEP é necessário ainda assumir um valor para E ganho percentual de eficiência – Farrell e Shapiro (2010a) sugerem 10%. Dessa forma, a $PLEP = 5$ mil reais e, portanto, devido ao sinal positivo ($PLEP > 0$), a fusão deve ensejar preocupações de prejuízo à concorrência. Chega-se à mesma conclusão com o outro indicador, IPBEP, que é igual a 16% e, portanto, superior ao limite 10% sugerido por Moresi (2010).

Para ilustrar a interação entre as forças que, pelo menos em parte, determinam os incentivos das firmas após a fusão, suponha a existência de um terceiro produto C, com o mesmo preço de A e B ($P = 50$ mil reais), mas que possui custo marginal inferior ($C_{mg} = 20$ mil reais) e taxa de desvio menor ($D_{ac} = 0,3$). Convém observar que as taxas de desvios indicam que os consumidores percebem os bens A e B como mais próximos que os bens A e C. De fato, de cada cem unidades desviadas de A, o produto B captura 40, enquanto o produto C se apropria de apenas 30. No entanto, isto não significa que a fusão A-B seja necessariamente mais preocupante que a fusão A-C. Este exemplo numérico torna tal afirmação mais clara, pois tanto a $PLEP = 7$ mil reais como o $IPBEP = 18\%$ são superiores aos valores encontrados para o caso anterior. Portanto, apesar do menor grau de substituição entre os produtos envolvidos na fusão, a elevada margem bruta de C torna a fusão A-C mais preocupante, pelo menos do ponto de vista da possível elevação de preços do produto A, do que aquela envolvendo os produtos A e B.

Exemplo 2:

O caso anterior, que pressupõe simetria de preços, custos e taxas de desvio, constitui o exemplo mais simples que pode ser desenhado para explicar a operação dos indicadores de PEP. No entanto, tais pressupostos muitas vezes podem não se sustentar em boa parte dos casos reais, limitando seu caráter ilustrativo. Nesse exemplo, utilizam-se, pelo menos em parte dados reais e bem recentes do mercado automobilístico brasileiro no ano de 2011.

Suponha que Honda e Toyota tivessem anunciado no final de 2011 a fusão entre suas divisões que fabricam automóveis. Para simplificar a análise e, assim, transmitir a principal ideia do conceito de PEP, assume-se ainda que as empresas produzam apenas seus veículos mais conhecidos, Honda Civic e Toyota Corolla. Em um caso concreto, devem ser encontrados o custo marginal, ou alguma aproximação desse valor como o custo médio variável, e as taxas de desvios. No entanto, ao contrário da autoridade antitruste e empresas de consultoria, este trabalho não se beneficia de informações suficientes para obter tais grandezas econômicas. Portanto, como o propósito deste exemplo é puramente ilustrativo, utilizam-se valores arbitrários para o custo e o desvio, escolhidos de forma a motivar a discussão. Os preços, por outro lado, são reais e obtidos pela tabela FIPE,¹³ tendo como referência o valor dos veículos novos em julho¹⁴ de 2011 para os produtos sem suas versões – Civic Sed. LXL e Corolla GLi 1.8, ambos na versão mecânica.

Os preços, custos e taxas desvio formam o conjunto de *inputs* necessários ao cálculo dos indicadores de pressão por elevação de preços, PLEP e IPBEP. A Tabela I exibe tais *inputs* (colunas 2, 3 e 4) e *outputs* (duas últimas colunas, 5 e 6) para a fusão em tela.

Tabela I – Pressão por elevação de preços* (fusão Honda-Toyota)

Modelo	Preço	Cmg	Desvio	PLEP	IPBEP
Civic	63843	52000	15%	-2977.45	3,48%
Corolla	64817	50000	12%	-3578.84	2,19%

* P, Cmg e PLEP em R\$.

Fonte: Elaboração do autor. Preço com base em FIPE (2010) para automóveis novos em julho de 2011.

13. Ver Fipe (2011).

14. Tomam-se os preços de julho de 2011 como representativos (médios) para cada modelo.

Observa-se que a substituição entre Corolla e Civic é assimétrica. O veículo da Honda captura 12% da demanda desviada do veículo da Toyota ($D_{cor-civic} = 12\%$), enquanto a migração no sentido inverso, parcela dos consumidores que desviam seu consumo do Corolla para o Civic, é mais significativa ($D_{civic-cor} = 15\%$). Note-se ainda que a margem líquida ($P-Cmg$) do Civic (R\$ 11843) é inferior à margem do Corolla (R\$ 14817). Assim, a combinação de margem mais baixa do Civic e taxa de desvio Corolla-Civic inferior sugere que a pressão por elevação de preços da Toyota deve ser menor que a pressão exercida sobre o preço do veículo Honda.

A Tabela I mostra que os indicadores são consistentes com essa expectativa: tanto PLEP quanto IPBEP são menos preocupantes em relação a aumento de preços do Corolla. Os indicadores permitem também concluir que não deve haver preocupações sobre aumentos de preços decorrentes da fusão em tela, visto que a PLEP é negativa para ambos os produtos, sinalizando redução de preços, e o maior IPBEP (Civic) é de apenas 3,48%, bem abaixo do limiar comumente recomendado de 10%.

Não custa reforçar que a análise acima não necessita de definição de mercado e suas grandezas derivadas (fatias e concentração de mercado). Para análise da PEP, não interessa se o mercado é formado por todos os veículos de passeio ou apenas dos sedans médios. Ao contrário da análise tradicional, desenvolvida a seguir, na qual esse debate é essencial.

Em 2011, foram vendidos 53147 Civic, 40607 Corolla, 124743 sedans médios,¹⁵ segmento ao qual pertencem os dois carros japoneses, e 2,649 milhões veículos de passeio.¹⁶ Dessa forma, na hipótese de mercado formado apenas pelos sedans médios, Civic e Corolla teriam fatias bem significativas, 28,4% e 42,6%, e, em caso de aprovação, a fusão causaria uma variação do HHI¹⁷ bastante elevada ($\Delta HHI = 1568,5$), sugerindo elevado potencial de aumento do poder de mercado. Por outro lado, sob a hipótese alternativa de mercado mais amplo, formado por todos os veículos de passeio, Civic e Corolla teriam presença bem menos relevante, 0,86% e 2,0%, respectivamente, causando um pequeno impacto no HHI ($\Delta HHI = 3,42$), o que sugeriria reduziíssimas preocupações de probabilidade de exercício do poder de mercado.

15. Valores obtidos em sítio da Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores, Fenabrave (2011a)

16. Ver Fenabrave (2011b) para a fonte deste valor específico.

17. É fácil demonstrar que a variação de HHI é igual ao dobro de produto da fatia de mercado dos produtos 1 e 2 envolvidos, isto é, $\Delta HHI = 2s_1.s_2$.

4. Outras aplicações

A principal virtude dos indicadores de pressão por elevação de preços consiste em não depender de medidas estruturais para uma avaliação preliminar sobre o potencial efeito anticompetitivo decorrente de uma fusão. No entanto, é notório que a análise estrutural se encontra bastante disseminada na análise de atos de concentração. De fato, não há registro de atos de concentração, no Brasil ou nas principais jurisdições estrangeiras, onde não foram definidos o mercado relevante e fatias de mercado. Portanto, apesar de, em tese, os indicadores de PEP serem substitutos da abordagem estrutural, sua aplicação como tal ainda encontra-se distante, pois as leis, hábitos e costumes que envolvem o controle de fusões ainda exigirão por muito tempo a definição de mercado relevante.

No entanto, mesmo nesse contexto, os conceitos e indicadores de PEP podem ser úteis. Em outro artigo, Shapiro e Farrell (2010b) demonstram como o conceito pode ser utilizado para auxiliar na própria definição de mercado, por meio da relação entre a PEP e o princípio do teste do monopolista hipotético.

Este trabalho, no entanto, explora em detalhes outra aplicação do conceito de PEP, desenvolvida por Shapiro e Farrell (2010b): cálculo e utilidade dos indicadores na situação em que o mercado já tenha sido definido por outros critérios. Essa abordagem foi utilizada pelo CADE em um caso de grande repercussão: a fusão entre as duas empresas gigantes do setor de alimentos, Sadia e Perdigão.¹⁸

Assuma que o mercado relevante contenha o produto de referência 1 e seus substitutos 2,3,... N. Supondo que todos tenham grau de substituição idênticos em relação ao produto 1, é possível utilizar a TRM (Taxa de Recaptura do Mercado¹⁹) multiplicada pela razão da fatia do produto 2 (s_2) e o complementar da fatia do produto 1 ($1-s_1$) como uma aproximação da taxa de desvio D12. Assim, introduzindo tal aproximação nas equações (3) e (4), os indicadores para a fusão entre as empresas que produzem 1 e 2 se tornam:

$$(5) \quad PLEP_1 = (P^2 - Cmg^2)TRM \frac{s_2}{1-s_1} - ECmg_1$$

e

$$(6) \quad IPBEP_1 = \frac{(P^2 - Cmg^2)}{P^1} TRM \frac{s_2}{1-s_1}$$

18. Voto do Conselheiro Carlos Ragazzo referente ao Ato de Concentração 08012.004423/2009-18, proferido em 2011.

19. Porcentagem da redução das vendas de 1, devido a um pequeno aumento de P1, que são recapturadas pelas outras firmas 2, 3, ..., N combinadas.

Vale ressaltar que, apesar de baseados em fatias de mercado, PLEP e IPBEP, na forma acima, não são equivalentes à análise tradicional baseada em HHI.²⁰ De fato, é importante notar que, como todo teste de PEP, as margens também entram no cálculo. Assim, é possível que mesmo fusões entre empresas com fatias significativas, que seriam consideradas problemáticas pelo teste de HHI, viessem a ter conclusão distinta pelo testes de PEP, caso as margens fossem suficientemente baixas.

Exemplo 3:

Esta seção aplica os indicadores de PEP ao setor aéreo, que tem registrado fusões recentes, como a Gol-Webjet, anunciada em 2010, e Azul-Trip, em 2012. Utilizam-se para análise os dados mais recentes (ano de 2010) no mercado de transporte aéreo de passageiros publicamente disponíveis no sítio da ANAC.²¹ A Tabela II abaixo mostra como o mercado nacional era distribuído em 2010 a partir de dados de passageiros por quilômetro transportado pago.

Tabela II – Participação e preços no mercado de transporte aéreo de passageiros (2010)

	Fatias (%)	Preço* (centavos de R\$)
TAM	42,63	20,8
GOL	39,41	23,4
AZUL	6,06	21,6
WEBJET	5,86	17,8
AVIANCA	2,59	31,1
TRIP	2,20	50,5
Outras	1,25	–

Fonte: ANAC.

* Preço calculado pelo *yield*, preço pago por passageiro transportado em 1 km percorrido. Fatias são construídas a partir da quantidade de passageiros transportados em 1 km percorrido.

Os dados demonstram um mercado bastante concentrado com as duas maiores empresas abocanhando 82,04% do mercado, e as quatro maiores com a quase totalidade do mercado (93,96%). O índice HHI = 3453 também é con-

20. Ver Farrell e Shapiro (2010a).

21. Ver Anac (2010).

sistente com a observação de que o mercado não é bem distribuído. Os preços, medidos em centavos por passageiro transportado por 1 quilômetro, apresentam valores próximos para TAM, Gol e Azul, em torno de 21 centavos e um patamar inferior de 17,8 centavos para a Webjet. Por outro lado, Avianca e Trip apresentam valores bem maiores: 31,1 e 50,5 centavos, respectivamente.²²

É notório que, em casos envolvendo o setor aéreo, existe pouca discussão sobre mercado relevante, pelo menos no que tange a seu aspecto geográfico. De fato, é possível afirmar com segurança que existe um consenso em casos envolvendo transporte aéreo de que cada rota, a exemplo de Rio–São Paulo, constitui um mercado relevante.²³ No entanto, esses dados não estão publicamente disponíveis. Portanto, visto que os dados são agregados nacionalmente, e não por rota, conclusões e análises servem apenas ao propósito de ilustrar a aplicação dos indicadores de PEP quando o mercado relevante já se encontra definido. De posse de dados desagregados, a análise aqui realizada pode ser replicada para cada rota, permitindo a identificação de mercados (rotas), onde a operação criaria fortes pressões por elevação de preços.

Como os dados são relativamente recentes (2010), uma escolha natural para ilustrar a utilização dos indicadores PEP seriam as fusões já anunciadas, porém ainda não julgadas²⁴ pelo CADE, entre Gol e Webjet e entre Azul e Trip.

Tabela III – Pressão por elevação de preços* (fusão Gol-Webjet)

Empresa	Fatia	Preço	Cmg ²⁵	Margem Líq.	PLEP	IPBEP
Gol	39,41%	23,4	17,60	5,8	-1,485	1,17%
Webjet	5,86%	17,8	14,25	3,55	0,517	10,91%

Fonte: Elaboração do autor.

* Preço, Cmg e PLEP medidas em centavos de R\$. Margem Líquida é obtida por $P - Cmg$.

22. Todos os valores aparentam ser baixos na ordem de centavos de real. No entanto, vale lembrar que são correspondentes a apenas 1 km percorrido.
23. Ver Vassallo (2010) e Ferreira (2011).
24. Casos não julgados até o momento em que este trabalho foi desenvolvido.
25. O custo marginal é obtido por aproximação do custo médio variável, obtido através da divisão do custo total variável pela quantidade de passageiros transportados em 1 km percorrido. O custo total variável é calculado (CTV) de uma forma simples: “Total de Custos e Despesas” menos “Total de Custos Indiretos” e menos

Na ausência de informações mais precisas, que estariam ou estão disponíveis ao CADE na análise deste caso, utiliza-se uma taxa de recaptura de mercado²⁶ $TRM = 0,8$ para todos os cálculos da Tabela III, o que representaria consumidores pouco dispostos a migrar do transporte aéreo para alternativas como transporte rodoviário ou mesmo deixar de viajar. Tal valor para TRM significa que, ao se depararem com o aumento de preços da Gol, por exemplo, apenas 20% dos consumidores abandonariam a viagem aérea, enquanto 80% optariam por outras empresas do setor (TAM, Azul, Webjet, Avianca, Trip e outras menores).

A Webjet possui pequena fatia de mercado (5,86%), logo a taxa de desvio de consumidores da Gol para a Webjet também tende a ser reduzida. De fato, do total (100%) do desvio decorrente de um aumento de preços da Gol, a Webjet se apropria de apenas 7,7%.²⁷ Além disso, a Webjet possui uma margem relativamente baixa (3,55 centavos). Assim, a combinação de valores pouco significativos para desvio e margem leva a indicadores de baixa pressão por elevação de preços da Gol. Utilizando o valor padrão sugerido por Shapiro e Farrell (2010b) de 10% para eficiência, encontra-se, na realidade, efeito favorável à redução de preços da Gol – pois $PLEP_{gol} = -1,485 < 0$. O IPBEP é consistente com a essa conclusão, apontando uma pressão bruta por elevação de preços de apenas 1,1%, valor bem abaixo do limite crítico comumente imposto de 10% para este indicador. Por outro lado, os indicadores de PEP, calculados a partir de aumento de preços da Webjet, sinalizam em direção contrária, pois encontra-se $PLEP_{web} = 0,57$ e $IPBEP_{web} = 10,91\%$. O primeiro é positivo, o que significa que há uma pressão líquida por elevação de preços, e o segundo assume valor acima de 10%, indicando elevada pressão bruta por elevação de preços. Valores decorrem de margens mais elevadas (5,8 centavos) e, devido principalmente à elevada fatia da Gol, da taxa desvio bem mais significativa de consumidores que migram da Webjet para a Gol ($D_{web-gol} = 33,49\%$).

Em casos com resultados diferentes para os produtos envolvidos na fusão, Shapiro e Farrell (2010b) sugerem que se pelo menos um dos bens envol-

“Despesa Operacional de Adm. Geral”. Trata-se de uma aproximação preliminar. Nunca é demais lembrar que o CADE ou a própria ANAC têm condições de aferir de maneira mais precisa esse valor e não depender de documentos publicamente disponíveis, como é o caso deste trabalho.

26. O valor serve apenas para exemplificar os cálculos e não se baseia em nenhuma evidência empírica. Em um caso real, fontes mais seguras, como *surveys*, devem ser utilizadas.
27. O cálculo é obtido a partir da seguinte fórmula $D_{gol-web} = TRM \cdot (s_{web} / (1 - s_{gol})) = 80(5,86 / (100 - 39,41)) = 7,7$.

vidos na fusão apresentar índice acima do limite crítico deve-se concluir que a fusão, como um todo, exerce forte pressão por aumento de preços. Assim, os indicadores de PEP para Webjet (PLEP_{gol} = 0,57 e IPBEP = 10,91%) são suficientes para classificar a operação como tendenciosa à elevação de preços.²⁸

Tabela IV – Pressão por elevação de preços (fusão Azul-Trip)

Empresa	Fatias	Preço	Cmg	Margem Líq.	PLEP	IPBEP
AZUL	6,06%	21,6	14,86	6,74	-1,287	0,92%
TRIP	2,20%	50,5	39,88	10,62	-3,654	0,66%

Fonte: Elaboração do autor.

* Preço, Cmg, Margem líquida e PLEP medidas em centavos de R\$. Margem Líquida é obtida por $P - Cmg$.

A Tabela IV exibe os dados e valores dos indicadores para a fusão entre as empresas Azul e Trip. Observa-se que as margens são mais elevadas que aquelas encontradas no caso anterior. No entanto, devido à participação reduzida das empresas no mercado, Azul com 6,06% e Trip com 2,2%, as taxas de desvio são pouco significativas. Por exemplo, do total (100%) do desvio decorrente de um aumento de preços da Azul, a empresa Trip se apropria de apenas 1,87%. O desvio da Trip para a Azul é um pouco maior, mas ainda assume valor baixo, apenas 4,95%. Assim, a combinação de margens e taxas de desvio reduzidas leva a indicadores de PEP pouco preocupantes. De fato, verifica-se na Tabela IV que não há pressão líquida por elevação de preços para nenhum dos produtos – ambos $PLEP_{azul} = -1,287$ e $PLEP_{trip} = -3,654$ são negativos – e que também não existe pressão bruta por elevação de preços suficientemente elevada para suscitar preocupações de cunho anticompetitivo, pois $IPBEP_{azul} = 0,92\%$ e $IPBEP_{trip} = 0,62\%$ apresentam valores bem abaixo de 10%.

Nos casos Gol-Webjet e Azul-Trip, a variação de HHI assume os valores 461,88 e 26,44, respectivamente. Portanto, como mercado é concentrado, HHI

28. Os resultados acima estão alinhados com a simulação realizada em Desouza (2012), que encontrou elevado aumento de preços para Webjet (27,37%) e um valor pequeno para Gol (2,58%), chegando, assim, à mesma conclusão: a fusão suscita fortes preocupações de ordem concorrencial devido à possibilidade de aumento expressivo de preços da Webjet.

= 3453, a primeira fusão apresenta valor preocupante, variação de HHI acima do limite de 100, enquanto a segunda sugere o contrário, variação de HHI inferior a esse limite. O teste de HHI apresenta as mesmas conclusões dos testes de PEP. No entanto, não custa reforçar que, conforme comentário anterior, não há equivalência entre os dois testes devido à característica distintiva do PEP de levar em conta as margens. Portanto, de maneira geral, é possível, e esperado, encontrar várias situações em que os dois testes diverjam.²⁹

5. Comentários finais

Este trabalho procura contribuir para a literatura por meio da exposição do conceito de PEP em uma linguagem mais acessível para a maioria dos profissionais atuantes em defesa da concorrência, que não possuem conhecimentos especializados em Economia. Para motivar a discussão foram utilizados casos que mesclaram dados fictícios e reais (mercado de automóveis e setor aéreo).

As discussões acima tornam claro que o teste de PEP atende a várias exigências de um bom filtro para análise de fusões em mercados com produtos diferenciados. É operacionalmente e conceitualmente simples, assim como os testes baseados em fatias e concentração de mercado (teste HHI, por exemplo), mas ao contrário destes, os indicadores de PEP medem diretamente a competição entre as empresas – prescindindo, assim, da definição de mercado, tarefa muitas vezes difícil e com resultado de certa forma arbitrário – e refletem de maneira mais consistente a teoria econômica dos efeitos unilaterais.

Apesar de substituto ao exercício de delineamento do mercado, o teste de PEP pode tanto auxiliar na sua definição quanto avaliar o potencial de elevação de preços em situações onde o mercado já esteja determinado. Essa última aplicação já foi utilizada pelo CADE recentemente, em 2011, no caso Sadia-Perdigão. No entanto, o presente trabalho sugere que os testes de PEP podem ser mais frequentemente utilizados pelo CADE para atender ao principal objetivo principal para os quais foram desenvolvidos: servir de filtro em um estágio inicial da análise. No atual desenho organizacional do CADE, essa tarefa caberia à Superintendência Geral, preferencialmente, com o auxílio do Departamento Econômico.

29. Mesmo no caso onde mercado é definido, os indicadores de PEP são superiores ao uso de índices de concentração como o HHI, visto que aqueles levam em conta as margens e fatias, enquanto estes são baseados apenas nas fatias.

Bibliografia

- ANAC. *Anuário Estatístico do Transporte Aéreo*, 2010. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/estatistica/anuarios.asp>>.
- BAKER, J. Merger simulation in an administrative context. *Antitrust Law Journal*, v. 77, p. 451-472, 2011.
- CADE. Cade em Números – Ato de Concentração. Outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?cd6eae71bf5ede7bd577>>.
- DESOUZA, S. A. Um novo modelo de simulação de fusões com aplicações ao transporte aéreo. In: SEAE e ESAF (org.). *VI Prêmio Seae 2011 – Monografias premiadas: defesa da concorrência e regulação econômica*. Brasília: Edições Valentim, 2012. p. 1-34.
- FARRELL, J; SHAPIRO, C. Antitrust evaluation of horizontal mergers: an economic alternative to market definition. *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, v. 10, p. 1-39, 2010a.
- FERREIRA, N. S. Estudo empírico de práticas predatórias de companhias aéreas. *Revista de Literatura dos Transportes*, v. 5, n. 3, p. 89-122, 2011.
- FENABRAVE. *Informativo 2011*. Dezembro de 2011a. Disponível em: <http://www.tela.com.br/dados_mercado/emplacamentos/index.asp?coditem=1>.
- _____. *Ranking dos grupos de modelos de veículos mais vendidos emplacados em 2011*. Dezembro de 2011b. Disponível em: <http://www.tela.com.br/dados_mercado/maisvendidos/index_cubo.asp?codItem=13&ws=f&access_o=true&log=44043>.
- FIPE. *Preço médio de veículos*. Julho de 2011. Disponível em: <<http://www.fipe.org.br/web/index.asp?aspx=/web/indices/veiculos/introducao.aspx>>.
- FTC e USDoJ. *Horizontal Merger Guidelines*. Washington, August, 19, 2010. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf>>.
- HAUSMAN, J.; MORESI S.; RAINEY, M. Unilateral effects of mergers with general linear demand. *Economics Letters*, v. 101, p. 119-121, 2011.
- KAPLOW, L. Why (ever) define markets? *Harvard Law Review*, v. 124, p. 437-517, 2010.
- MORESI, S. The use of upward pricing pressures indices in merger analysis, 2010. *Antitrust Source*. Disponível em: <<http://www.abanet.org/antitrust/at-source/at-source.html>>.
- NEVO, A . Mergers with differentiated products: the case of the ready-to-eat cereal industry. *Rand Journal of Economics*, v. 31, p. 395-421, 2000.

- OFT e CC. *Merger Assesment Guidelines*. Issued in September 2010. Disponível em: <http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/mergers/642749/OFT1254.pdf>.
- SALOP, S.; MORESI, S. *Updating the merger guidelines: comments*, 2009. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/comments/horizontalmergerguides/545095-00032.pdf>>.
- SHAPIRO, C.; FARREL, J. Recapture, pass-through, and market definition. *Antitrust Law Journal*, v. 76, p. 585-604, 2010b.
- SIMONS, J.; COATE, M. Upward pressure on price analysis: issues and implications for merger policy. *European Competition Journal*, v. 6, n. 2, p. 377-396, 2010.
- VASSALLO, M. D. Simulação de fusão com variações de qualidade no produto das firmas: aplicação para o caso do code-share Varig-TAM. *Revista de Literatura dos Transportes*, v. 4, n. 2, p. 50-100, 2010.
- WERDEN, G. J.; FROEB L. M. The effects of mergers in differentiated products industries: logit demand and merger policy. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 10, p. 407-426, 1994.
- WILLIG, R. Merger analysis, industrial organization theory, and merger guidelines. *Brookings Papers on Economics Activity*, p. 281-332, 1991.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2012 – 3.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

**FILTRO GEORREFERENCIADO PARA
DETECÇÃO DE INDÍCIOS DE CARTEL NO
MERCADO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS**

TIARAJÚ ALVES DE FREITAS

1. Introdução

O objetivo deste artigo é criar um filtro georreferenciado para detectar indícios de cartel no mercado varejista de gasolina comum. O georreferenciamento se dará pela incorporação da variável de localização espacial tanto dos revendedores varejistas – postos de combustíveis – de gasolina comum quanto das vias de tráfego de veículos. Para tanto, são formados dois filtros: o primeiro, o filtro já existente utilizado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC); e o segundo, a ideia do mesmo filtro com a incorporação do georreferenciamento. Utilizar-se-á a mesma base de dados usada nas investigações do SBDC. Aplicar-se-ão os dois filtros no município de Porto Alegre.

O município de Porto Alegre está localizado ao sul do Brasil e é a capital do Estado do Rio Grande do Sul. A cidade possui 1.430.000 habitantes, sendo a décima primeira cidade mais populosa do País (IBGE, 2010), com uma frota de 604.641 veículos (Denatran, 2008).¹ Referente ao mercado varejista de combustíveis líquidos de Porto Alegre, o município possui entre 265 e 275 postos de combustíveis (Coopetrol, 2010).

A existência de cartel na sociedade tem sido tratada pela literatura econômica sob diferentes prismas: criação de filtros para diferenciá-lo das demais situações de concorrência; análises dos períodos anteriores e posteriores a uma quebra de cartel reconhecida; medição do grau de concentração dos setores a

1. Optou-se por inserir a frota de veículos de Porto Alegre próxima ao período compreendido pela base de dados utilizada. O dado refere-se a janeiro de 2008. Em dezembro de 2009 a frota já alcançava 672.624 veículos.

fim de que se identifiquem quais seriam mais propensos à formação de cartel; entre outros critérios.

Nota-se também um esforço da literatura em criar um filtro que busque separar os cartéis tácitos dos explícitos e que buscam uma certa complexidade em sua metodologia a fim de dificultar que o cartel possa trapaceá-lo. É de se destacar, também, críticas ao filtro utilizado pelo SBDC – Vasconcelos e Vasconcelos (2009) e Azevedo e Politi (2008) –, e também que os filtros propostos pela literatura brasileira apresentam um ponto em comum com o do SBDC, isto é, nenhum deles trabalha com subgrupos formados a partir de um mesmo município, mas apenas com o município como um todo ou níveis de agregação maiores.

A hipótese que se pretende testar aqui é se a aplicação de um filtro georreferenciado aos critérios do SBDC produz os mesmos efeitos do mesmo filtro considerando o município como um todo. O SBDC já aplicou o seu filtro em municípios com as mais variadas frotas de veículos. Por exemplo, Curitiba (mais de 1 milhão de veículos), Goiânia (683.362 veículos), Campo Grande (307.459 veículos), São Luís (173.373 veículos) e Maceió (156.162 veículos). Em ambos os casos o filtro indicou ausência de indícios de cartel. Questiona-se se o comportamento do consumidor e da concorrência coincide com o espaço geográfico do município ou se a formação de *clusters* no município seria mais consistente. A diferença fundamental é que o georreferenciamento permite a formação de *clusters* dentro do município via proximidade entre os revendedores, bem como por meio de rotas a partir do sistema de tráfego dos veículos.

A próxima seção apresenta a base de dados utilizada bem como a metodologia para a formação dos *clusters* de proximidade e de rotas. O primeiro captura o nível de concorrência entre os revendedores, e o segundo apresenta um conjunto de 13 rotas de deslocamento dos consumidores pelas vias de tráfego de Porto Alegre. A seguir, aplica-se o filtro do SBDC ao município de Porto Alegre, o qual servirá de referência para a comparação com o filtro georreferenciado, por meio da formação de *clusters* de proximidade e de rotas. Por fim apresentam-se os resultados alcançados.

2. Metodologia

A metodologia envolve, em um primeiro momento, a apresentação da base de dados de Porto Alegre que será utilizada e de suas características. A seguir, mostra-se como foram formados os *clusters* de proximidade e de rotas entre os revendedores varejistas de combustível líquido com o objetivo de calcular o filtro.

2.1 Base de dados

A fonte da base de dados utilizada é o levantamento semanal realizado pela ANP no Brasil, para o município de Porto Alegre, no período entre março de 2007 e março de 2008, englobando um total de 52² semanas e perfazendo 6.661 linhas de observações. Os dados foram obtidos ao longo de cada uma das semanas, pois as informações não permanecem disponíveis na página eletrônica da ANP e tampouco são disponibilizadas mediante solicitação.

Em cada semana há a identificação do posto por sua razão social, bem como o endereço, o preço de compra, o preço de venda e a bandeira.³ Para o período da amostra, a média de postos pesquisados por semana no município de Porto Alegre foi de 130, sendo que 232 postos diferentes aparecem ao longo do período, bem como 23 distribuidoras. Em uma das distribuidoras encontram-se os postos que não possuem contrato de exclusividade para a compra de combustível. São os chamados postos de bandeira branca.

A seguir, fez-se a localização dos 232 postos espacialmente, via latitude e longitude em um mapa georreferenciado das principais vias de deslocamento de veículos do município de Porto Alegre. Utilizou-se o programa *Google Earth*,⁴ onde se digitava o endereço do posto e realizava-se a checagem visual pela imagem quanto à consistência da informação. Em poucos casos houve dificuldade na identificação do posto. Nessas situações obteve-se a confirmação da localização do posto por meio da identificação do próprio posto por sistemas de localização como o *Maplink*,⁵ onde se informava a sua localização geográfica ou, se ainda fosse necessário, a confirmação *in loco*. Portanto, foram localizados espacialmente 232 postos, gerando uma variável de localização dos postos que foi incorporada à base de dados.

Diante do exposto até aqui, o primeiro objetivo é aplicar o filtro atual utilizado pelo SBDC para o município de Porto Alegre como um todo, avaliando os resultados, ou seja, se apresentam indícios ou não de cartel. Já o segundo é a incorporação de duas hipóteses para a formação de *clusters* na área

2. No período de quatro semanas não houve divulgação da ANP da lista dos preços praticados pelos postos de combustíveis de Porto Alegre. Utilizaram-se as semanas subsequentes para formar as 52 semanas da amostra.
3. A bandeira indica se o posto possui ou não contrato de exclusividade com uma distribuidora de combustível líquido.
4. *Google Earth* é um *software* que apresenta imagens da Terra a partir de imagens de satélites e de outras fontes. Com essa ferramenta é possível localizar nas imagens até mesmo o endereço de algum estabelecimento, como, por exemplo, o dos postos de Porto Alegre.
5. *Maplink* é uma ferramenta que possibilita a localização de endereços em mapas de cidades.

de abrangência do município. Uma com base em um conjunto de rotas e outra por meio da proximidade entre os postos. Na prática verificar-se-á o quanto a homogeneidade dos resultados do filtro do SBDC para o município como um todo se verifica contra partições desse mesmo município em *clusters*. Assim, de posse desses *clusters*, aplicar-se-ão os critérios do filtro do SBDC, buscando identificar indícios de conluio em cada *cluster*. Uma pergunta a ser respondida neste trabalho é se o comportamento do filtro aplicado aos *clusters* reflete o resultado do filtro para o município como um todo. Ou seja, se houvesse uma indicação de cartel entre os revendedores varejistas de combustível líquido, via filtro do SBDC, o mesmo ocorreria para cada conjunto de *clusters* que pertenciam à mesma base do município? Uma análise adicional que será feita é se a presença, ou não, de postos de bandeira branca influencia o desempenho do filtro. As seções seguintes fornecerão os subsídios a essas indagações.

2.2 Formação de clusters de proximidade e de rotas

O objetivo desta seção é criar os *clusters de proximidade* entre os revendedores varejistas – ou postos – e *rotas* para que ambos possam ser testados pelo filtro do SBDC. Os *clusters de proximidade serão criados a partir da localização de cada posto*. Como há 232 postos na amostra, inicialmente cada um desses postos é candidato a formar um *cluster*. Os *clusters* representam a concorrência tendo em vista a proximidade entre os seus demais concorrentes. As *rotas*, por sua vez, *envolvem o deslocamento do consumidor para desenvolver suas atividades de trabalho, educação, lazer etc.*

Referente aos *clusters* de proximidade, conforme já foi visto, encontra-se, na literatura internacional, o trabalho de Hastings (2004), que definiu mercados circulares de 2,2 e 3,3 quilômetros. O Departamento de Justiça dos EUA tem processado áreas de conspiração do tamanho de duas distribuidoras de gasolina, envolvendo de dois a cinco intermediários (*jobber*) e um número de 30 a 50 postos (Abrantes-Metz et al., 2006).

A hipótese deste artigo é que um conluio seria formado por postos próximos entre si. O coeficiente de variação nesses grupos seria a variável de indício de cartel. Na literatura brasileira, não há, até o momento, trabalhos que analisem o comportamento em grupos de concorrência formados dentro de uma mesma cidade.

A Figura 1 identifica a localização espacial dos postos de combustíveis da amostra em conjunto com a malha viária de Porto Alegre. Nota-se uma maior concentração de postos no que se constitui a parte urbana do município, localizada na parte superior do mapa.

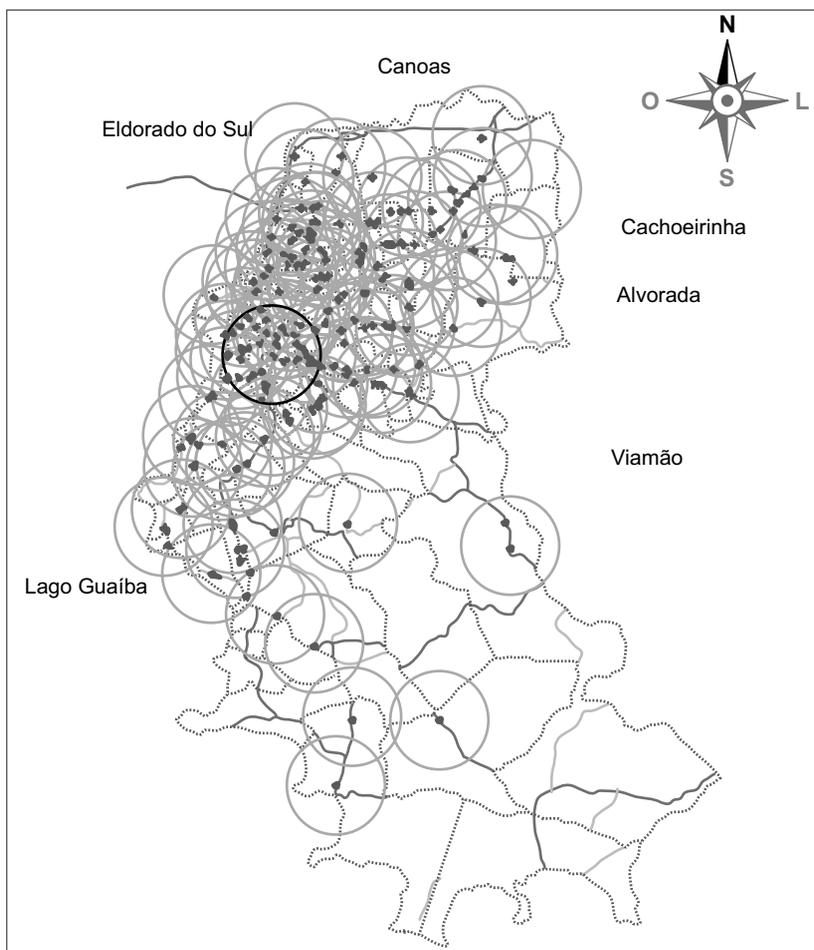
Figura 1 – Mapa viário de Porto Alegre e localização dos 232 postos da amostra



Fonte: Elaborado pelo autor.

De posse da localização dos postos, gerou-se, a partir de cada um deles, um raio de 2 quilômetros de extensão, conforme mostra a Figura 2 a seguir, identificando todos os postos contidos em cada um dos 232 *clusters* formados.

Figura 2 – Mapa viário de Porto Alegre e localização dos 232 *clusters*

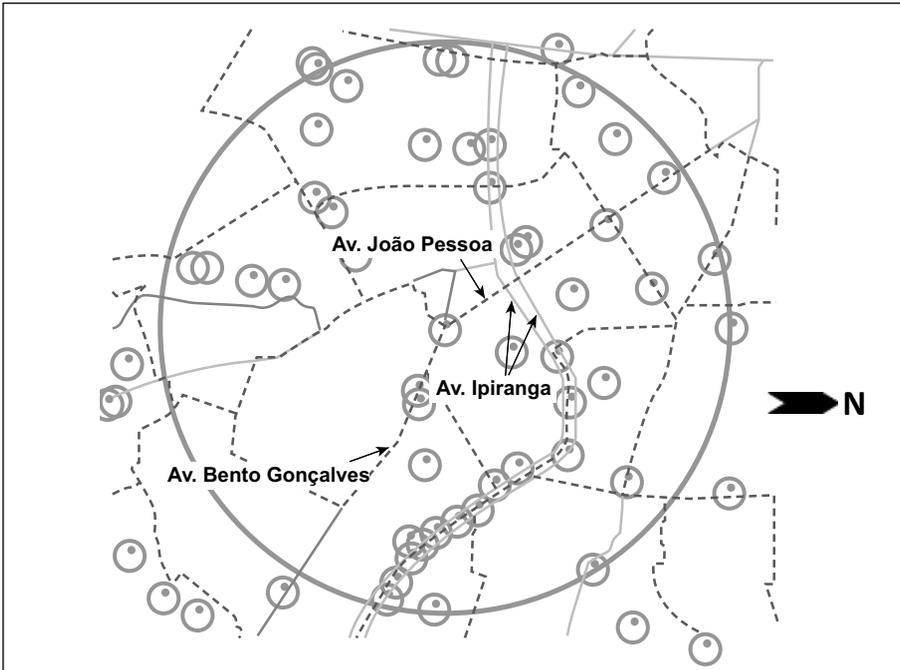


Fonte: Elaborado pelo autor.

Nota: O círculo verde destaca o *cluster* 119.

Como se pode notar na Figura 2, há uma grande proximidade entre os postos. Isto faz com que existam *clusters* praticamente idênticos. Com a finalidade de excluir tais casos, utilizou-se um critério de correlação por proximidade. Assim se excluíram os *clusters* que apresentaram correlação de proximidade igual ou superior a 85%.

A Figura 3, a seguir, expõe um dos *clusters* utilizados. É o *cluster* 119, que, em seus 2 quilômetros de raio, engloba um total de 46 postos, sendo o maior *cluster* do município de Porto Alegre para a amostra utilizada.

Figura 3 – Mapa viário de Porto Alegre e visualização do *cluster* 119

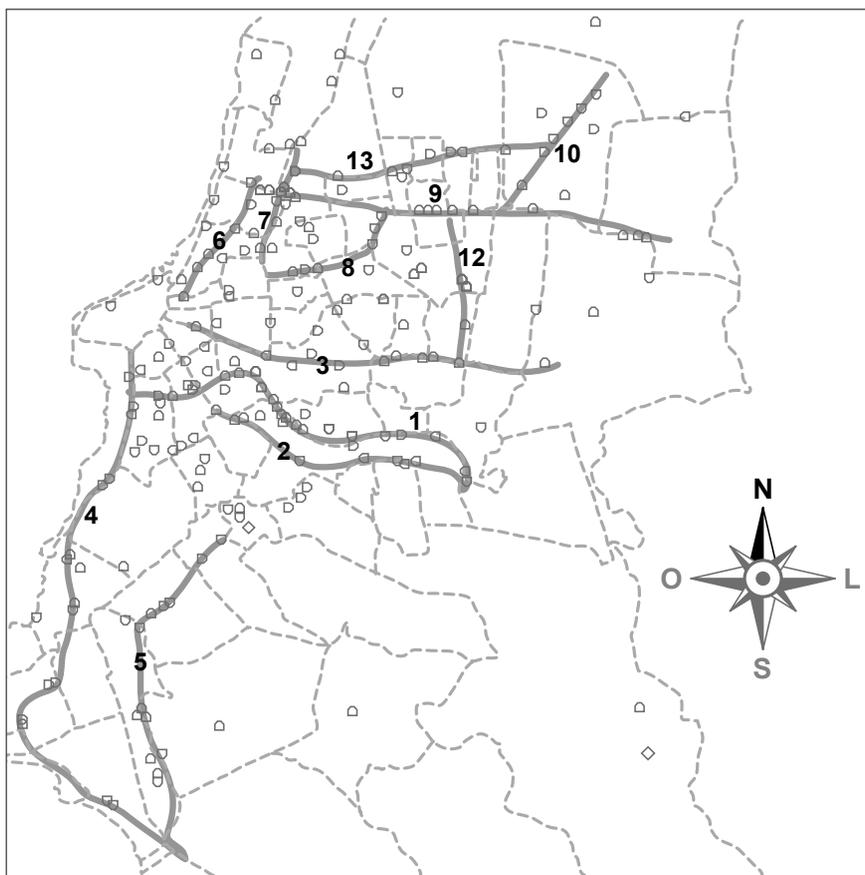
Fonte: Elaborado pelo autor.

Nota: O *cluster* 119 é formado por 46 postos.

Resta agora explicar a formação das rotas. Inicialmente identificaram-se as principais vias de tráfego de veículos, denominadas pela literatura de artérias, de tal forma que as rotas criadas as incluíssem. Ao longo de cada rota também se utilizou um *buffer* que ampliou a sua abrangência em 500 metros ao longo de cada via. Os postos que estivessem contidos na área do *buffer* foram incorporados aos postos pertencentes à respectiva rota.

Outro cuidado que se teve foi que os *clusters* de rota deveriam ser conceitualmente diferentes dos *clusters* de proximidade entre os postos. Então, obrigatoriamente, os *clusters* de rota deveriam exceder a questão da proximidade entre os postos, como pode ser visualizado na Figura 4 (mapa viário de Porto Alegre e localização dos 13 *clusters* de rota). Aqui há o casamento das rotas com o sistema de tráfego do município de Porto Alegre espacialmente. Lembrando que a rota 11 – que não está indicada na figura a seguir – é a soma da rota nove mais a rota dez.

Figura 4 – Mapa viário de Porto Alegre e localização dos 13 *clusters* de rotas



Fonte: Elaborado pelo autor.

Todo o trabalho realizado nesta seção envolveu os passos para a geração de dois tipos de grupos a serem investigados em conjunto com a análise tradicional utilizada pelo SBDC. O primeiro grupo envolve a proximidade existente entre os postos de combustíveis com um raio de até 2 quilômetros, o que originou 87 *clusters*. No segundo grupo formaram-se 13 rotas que englobam as principais vias de deslocamento de veículos no município. A próxima seção envolverá a aplicação do filtro para o município de Porto Alegre sob três prismas: o primeiro imita uma averiguação preliminar nos moldes do SBDC com base nos critérios estatísticos e econômicos; o segundo e o terceiro mimetizam o primeiro, mas aplicado a cada *cluster* e rota gerados.

3. A averiguação tradicional do SBDC no município de Porto Alegre

A aplicação dos critérios de investigação estatística e econômica para apurar indícios de cartel entre os postos de combustíveis envolverá o município de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, entre março de 2007 e março de 2008. Em uma situação normal a investigação ocorreria somente mediante uma denúncia *ex ante* ou *ex post* com base em indicações de comportamento suspeito.

A escolha da cidade de Porto Alegre não se deu em função de uma situação de denúncia ou suspeita, e sim pelo fato de servir, em uma primeira situação, devido a seu porte, para a aplicação do filtro georreferenciado. Ademais, como os postos foram georreferenciados, era importante poder checar quaisquer dúvidas quanto à localização deles *in loco*.

As averiguações preliminares da SEAE envolvem, além da visualização gráfica da evolução temporal das séries, o cálculo das correlações entre margem de revenda e coeficiente de variação de revenda e entre os coeficientes de variação de compra e venda para a gasolina comum. Caso as correlações apresentem sinal negativo e significativo, o passo seguinte é o cálculo da correlação entre a margem de lucro do Estado e a margem da cidade.

Em média, a margem de revenda da gasolina para Porto Alegre ficou em 12,8%, com um coeficiente de variação de revenda de 2% e de compra de 1,8%. O preço médio de compra foi R\$ 2,163 e o de venda R\$ 2,482.

O Gráfico 1 apresenta o comportamento ao longo do tempo da margem de revenda e dos coeficientes de variação de compra e de venda para Porto Alegre.

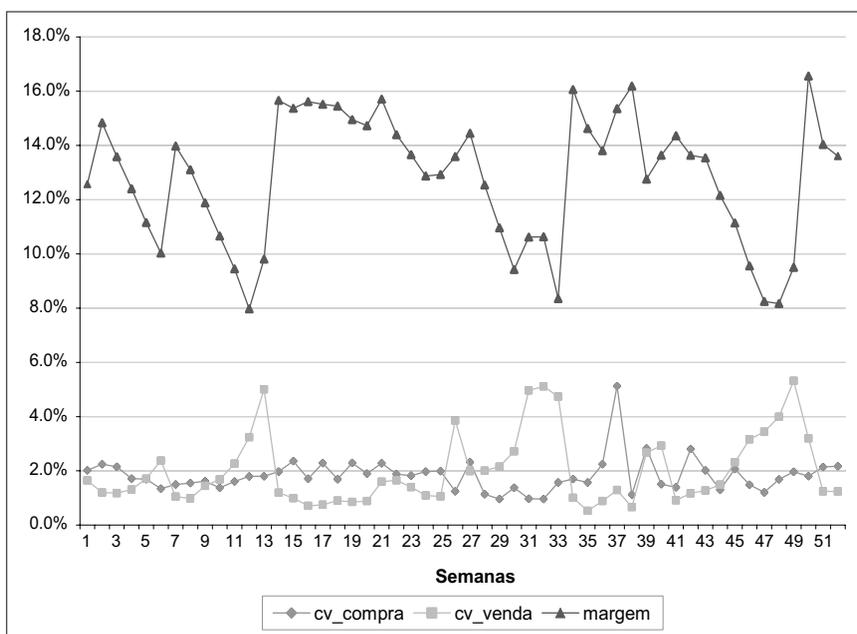
Fica claro que os postos do município, em termos relativos aos demais municípios pesquisados pela ANP no Rio Grande do Sul, operam, de forma geral, com uma margem média de lucro bruto menor. Isto por si só poderia ser suficiente para descartar uma investigação mais apurada?

Com certeza os demais municípios desejariam que os postos que os abastecem operassem com uma margem menor, mas as condições que envolvem Porto Alegre e os municípios do interior do Rio Grande do Sul são diferentes em muitos aspectos. Por exemplo, a demanda de consumidores de combustíveis, a quantidade de postos concorrentes, o volume consumido de combustível *per capita* e o deslocamento médio diário permitiriam aos postos de Porto Alegre trabalharem com margem menor, que seria compensada pela escala de consumo do combustível. Enfim, a resposta em termos relativos para um conjunto de municípios seria sim, mas para o comportamento do município em si não seria suficiente.

Partindo para a análise da evolução das variáveis em Porto Alegre, constata-se que a margem de revenda da gasolina apresentou uma leve tendência de queda no período. Pode-se notar, por meio do coeficiente de variação de venda, que o alinhamento de preços sofreu uma pequena elevação.

Podem-se também notar duas características no gráfico: a primeira, um comportamento temporal simétrico entre a margem e o coeficiente de variação de venda por uma presença cíclica em que a margem de lucro aumenta com o alinhamento de preços caindo e vice-versa. A segunda, por sua vez, é que, tendo como referência as menores margens registradas no período, verifica-se que são necessárias várias semanas para atingir as menores margens, mas que, passado esse mínimo de poucas semanas, no máximo duas, é possível atingir as maiores margens presentes na série.

Gráfico 1 – Margem média de lucro, coeficiente de variação de compra e coeficiente de variação de venda para o município de Porto Alegre (mar. 2007 a mar. 2008)



Fonte: Elaborado pelo autor.

Passando, agora, para o cálculo das três correlações: na primeira, entre margem e coeficiente de variação de revenda, obteve-se uma correlação negativa de -0,69077 estatisticamente significativa ao nível de 1%. Na segunda, envolvendo os coeficientes de variação entre os preços das distribuidoras e os coeficientes de variação entre os preços de revenda, obteve-se uma correlação

negativa de -0,28905 estatisticamente significativa ao nível de 5%, conforme mostra a Tabela 1. *Por fim, a correlação entre a margem em Porto Alegre e a margem estadual não foi calculada por não se ter disponível a série estadual. Com a ressalva da terceira correlação, em conjunto, esses critérios indicam indícios de cartel no mercado varejista do combustível gasolina comum em Porto Alegre.*

Tabela 1 – Resultado das correlações entre coeficiente de variação e margem de lucro

Cluster	Correlação cv venda e margem	Prob. Estatística t	Correlação cv de revenda e cv de compra	Prob. Estatística t
Porto Alegre	-0,69077	0,0000	-0,28905	0,0376

Fonte: Elaborado pelo autor.

Após aplicação do filtro do SBDC, pode-se concluir que Porto Alegre apresenta indício de cartel. Mas ainda não foi analisado como se dá o comportamento entre os clusters formados através do georreferenciamento, o que será feito na próxima seção.

4. A averiguação georreferenciada ao filtro do SBDC no município de Porto Alegre

A partir dos *clusters* e rotas formados para o município de Porto Alegre, promoveu-se a aplicação dos critérios para averiguar indícios de cartel entre os postos de combustíveis da amostra. Como já foi dito anteriormente, formaram-se 87 *clusters* e 13 rotas no município. Inicialmente foram calculadas as correlações do coeficiente de variação de revenda contra a margem de revenda e do coeficiente de variação de revenda contra o coeficiente de variação das distribuidoras. Os resultados mostraram-se significativos e significantes para os *clusters* e rotas dispostos na Tabela 2.

O passo seguinte foi a geração do terceiro critério: correlação entre a margem de revenda de cada *cluster* e rota com a margem de revenda média para todo o município. As correlações apresentaram-se positivas e significativas ao nível de 1% para todos os 87 *clusters* e 13 rotas, oscilando, respectivamente, entre 0,8611 e 0,9909 e entre 0,8103 e 0,9794.

A alta correlação existente entre a margem de Porto Alegre e a margem dos *clusters* pode indicar que tal critério não foi suficiente para gerar um equilíbrio separador de comportamento em relação ao conjunto como um todo.

A análise do SBDC suporia que, não havendo possibilidade de formar um cartel com um número tão grande de postos de combustíveis para a capital como um todo, uma correlação significativa entre o município e o *cluster* ou rota indicaria ausência de cartel. Mas qualquer cartel que se mantivesse estável no período da amostra tenderia a apresentar uma correlação positiva e significativa com a cidade, pois repercutiria aos choques exógenos da mesma forma que postos de combustíveis que não pertencessem ao cartel. A diferença é que o cartel estaria expropriando o excedente do consumidor.

Ademais, é importante lembrar que a amostra do SBDC é mensal, envolvendo em média 57 observações para um período de 5 anos. Já a amostra utilizada neste artigo usa 52 observações semanais para o período de março de 2007 a março de 2008.⁶ A vantagem da amostra do SBDC é que, por envolver um período maior, a probabilidade de um cartel já estar formado anteriormente a uma base de dados e se manter ao longo de 5 anos é menor do que a probabilidade de um cartel se manter ao longo de 1 ano. Contudo, se existe ao longo de qualquer período de tempo um movimento cíclico de tentativas de colusão de preços, não importa o número de períodos, correlações entre margens tenderiam a responder a choques exógenos comuns a qualquer grupo que pertença ou não a um cartel e, portanto, não produziria um equilíbrio separador entre concorrência e cartel. Mas continua a crítica ao fato de não haver necessidade de evitar trabalhar com dados semanais.

6. A base de dados utilizada aqui foi obtida por meio de uma coleta semanal junto à página da ANP na internet. Realizaram-se várias tentativas de obter uma base de dados mais ampla, mas a resposta foi negativa. Dada essa restrição, optou-se por uma base mínima de 1 ano, que estatisticamente não difere da análise do SBDC, pois utiliza em média 57 observações.

Tabela 2 – *Clusters* e rotas do município de Porto Alegre que apresentaram indícios de cartel com base na correlação entre coeficiente de variação de revenda e margem de revenda e na correlação entre coeficiente de variação de revenda e de compra

<i>Cluster</i> ou rota	Correl. cv de venda e margem	Correl. cv de revenda e cv de compra	<i>Cluster</i> ou rota	Correl. cv de venda e margem	Correl. cv de revenda e cv de compra
15	-0,6320	-0,4107	93	-0,4655	-0,2951
29	-0,4284	-0,2755	98	-0,4717	-0,3374
36	-0,4567	-0,3227	108	-0,5853	-0,3503
37	-0,5705	-0,2875	109	-0,5091	-0,3382
38	-0,6582	-0,4358	117	-0,5227	-0,2953
41	-0,5908	-0,2811	131	-0,5372	-0,2871
45	-0,5494	-0,2878	135	-0,5956	-0,3451
54	-0,5157	-0,2891	157	-0,6852	-0,2993
55	-0,5359	-0,4911	187	-0,5681	-0,5257
59	-0,4864	-0,5022	193	-0,4396	-0,4621
77	-0,3873	-0,3355	Guaíba	-0,5383	-0,2817
81	-0,5992	-0,3394	Cavanhada	-0,7145	-0,5216
85	-0,5465	-0,3256	Assis Brasil*	-0,4641	-0,4767
90	-0,6877	-0,5349			

Fonte: Elaborado pelo autor.

Nota: * Todas as probabilidades da Estatística t apresentaram-se significativas ao nível de até 5%.

Como exemplos de comportamentos exógenos citam-se alterações no preço internacional do barril de petróleo e de variações na política fiscal, fazendo que não somente os postos em cartel, mas os que estivessem em uma situação de concorrência agissem de forma sintonizada.

Uma pergunta que se poderia fazer é se somente cartéis que se perpetuam ao longo do tempo são foco de órgão de defesa da concorrência? Quando, como é o caso do SBDC, dá-se maior peso aos resultados das correlações entre

margens indicando ausência de cartel contra correlações entre coeficientes de variação e margem, e de coeficientes de variação de compra contra coeficientes de variação de venda, as duas indicando indício de cartel, a resposta para a pergunta parece indicar que sim.

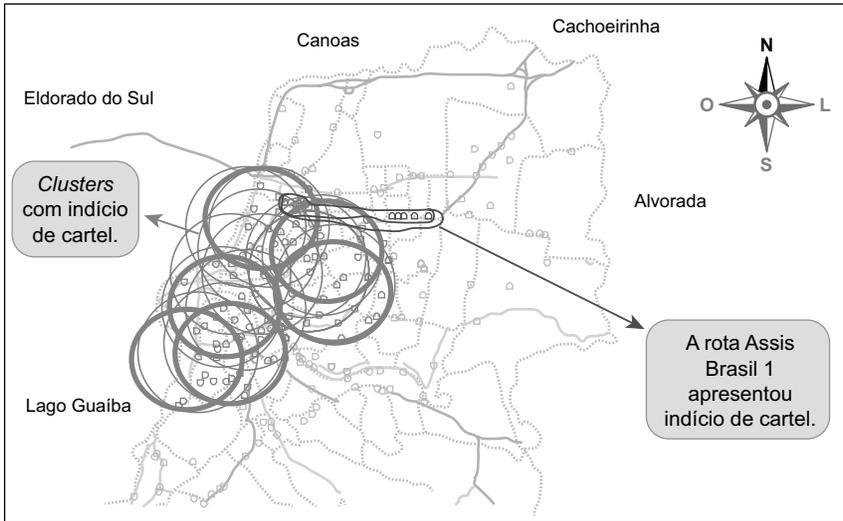
Voltando ao terceiro critério, mesmo não tendo oferecido, ao contrário dos outros dois critérios, indícios de cartel, desenvolveu-se uma metodologia em relação à variável margem – margens dos *clusters* – para auxiliar na formação do indício de cartel. O objetivo aqui é separar um grupo que possua margens médias que se mantiveram na maior parte do período acima da margem média de Porto Alegre. Para os *clusters* de raio de 2 quilômetros, a margem teria que ser superior a 70% e, para os *clusters* de rotas, 60%. Os *clusters* que apresentaram essa característica somada aos dois critérios de correlação anteriores formam o grupo final proposto como apresentando indícios de cartel (Tabela 3).

Tabela 3 – Clusters e rotas com margem acima da margem média de Porto Alegre

Cluster ou rota	% de semanas acima da média	Cluster ou rota	Cluster ou rota	% de semanas acima da média	% de semanas acima da média
15	71,15	85	78,85	157	80,77
38	84,62	90	80,77	187	88,46
41	80,77	98	76,92	193	73,08
54	84,62	108	82,69	Assis Brasil 1	63,04
77	71,15	109	71,15		

A visualização do grupo indício de cartel foi destacada na Figura 5 e pode-se notar que existe uma proximidade entre os *clusters*. No total tem-se 13 *clusters* que poderiam sofrer o passo adicional da investigação administrativa na busca de provas contundentes sobre a existência de cartel, como, por exemplo, a utilização de escutas telefônicas autorizadas pela justiça.

Figura 5 – *Clusters* de raio e de rotas que apresentaram indícios de cartel para o município de Porto Alegre



Fonte: Elaborado pelo autor.

Destaca-se também que os *clusters* que apresentaram indícios de cartel estão situados em Porto Alegre, na área de maior densidade demográfica.⁷ Isso pode sinalizar a importância da aplicação de um filtro por meio de *clusters* que incorporem essa característica.

Note-se que não se está afirmando que é errada a aplicação de um filtro na cidade como um todo, mas que a utilização de *clusters* permite uma aproximação mais acurada do comportamento concorrencial entre os postos. Os próprios *clusters* de rotas parecem corroborar essa afirmativa, pois incluem distância entre os postos que alcançam densidades demográficas de Porto Alegre de diferentes níveis. Apenas um dos *clusters* de rota apresentou indício de cartel.

Portanto, os resultados sugerem como sendo importante, quando da aplicação de um filtro em uma cidade, criar-se pelo menos um cluster que inclua a área de maior densidade demográfica ou de maior fluxo de veículos. Esse argumento vale também para análises até mesmo em cidades de porte médio.

7. O PMHIS (2010) também indica a mesma área como a mais populosa do município, denominada como Região de Planejamento 1 ou Centro, que corresponde a 20,16% da população de Porto Alegre.

5. Conclusão

Identificar indícios de práticas anticoncorrenciais nos mais diversos setores da economia tem sido objeto de estudos tanto dos órgãos de defesa da concorrência no mundo quanto das pesquisas acadêmicas. O presente trabalho buscou colaborar com a sociedade ao mostrar a viabilidade da implantação do georreferenciamento como ferramenta que aprimora a qualidade do filtro utilizado pelo SBDC na busca de tais indícios no mercado varejista de combustível líquido.

O georreferenciamento ao filtro do SBDC ocorreu através da incorporação de dois conjuntos de variáveis espaciais, ou seja, a localização dos revendedores varejistas e as vias em que eles estão inseridos. O objetivo de tal procedimento é capturar o nível de concorrência existente entre os revendedores próximos entre si, bem como o nível de concorrência existente entre as principais rotas de deslocamento de veículos. Denominaram-se *clusters* esses tipos de grupos, formados a partir de um município.

Os resultados dos *clusters* seriam semelhantes aos resultados do filtro aplicado ao município como um todo? Essa pergunta foi aplicada ao mercado de revenda varejista de gasolina comum no município de Porto Alegre.

Como variável de controle implementou-se o filtro do SBDC, o qual considera a cidade como um todo em sua análise. Esse filtro indicou indício de cartel para Porto Alegre. No entanto, o filtro georreferenciado que dividiu a cidade em 100 *clusters* mostrou dois tipos de resultados, ou seja, um grupo de *clusters* não apresentou indício de cartel. Para o grupo de 14 *clusters* que apresentou indício formou-se um *ranking*. Notou-se, ainda, que os *clusters* que apresentaram indícios de cartel situavam-se na área de maior densidade demográfica do município.

Como vantagens adicionais do filtro georreferenciado, destaca-se a obtenção dos efeitos da concorrência com os revendedores próximos entre si, os efeitos da concorrência ao longo de rotas de deslocamento dos consumidores e, por fim, a estratificação da informação de indício de cartel. Ou seja, ao obter indício com um filtro sem estratificação, no caso de Porto Alegre, a autoridade antitruste, para dar prosseguimento à apuração, teria 232 revendedores suspeitos e dificuldade em escolher, por exemplo, para qual revendedor solicitar interceptação telefônica autorizada pela justiça. Já com a formação de *clusters* no município a autoridade poderia, por exemplo, escolher entre os revendedores que apresentassem maior indício de cartel.

Como agenda para pesquisas futuras sugere-se a incorporação do georreferenciamento no filtro do SBDC em cidades de diversos portes, bem como em outros tipos de filtros existentes na literatura.

Bibliografia

- ABRANTES-METZ et al. A variance screen for collusion. *International Journal of Industrial Organization*, v. 24, 2006 (também aparece como 2005 em outras referências), p. 467-486.
- AZEVEDO, P. F.; POLITI, R. B. Na mesma língua: evidências em investigações de cartéis de postos de revenda de combustíveis. In: MATTOS, C. A. de (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2008. v. 2, p. 387-404.
- COOPERATIVA DOS REVENDEDORES DE COMBUSTÍVEIS (COOPETROL), 2010. Disponível em: <<http://www.coopetrol.com.br/novo/coopet/index.html>>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO, Prefeitura Municipal de Porto Alegre. *PMHIS – Plano Municipal de Habitação de Interesse Social*. Disponível em: <http://www.pmhis-poa.com.br/diagnostico/01_diagnostico.php>. Acesso em: 20 fev. 2010.
- FREITAS, T. A. de. *A defesa da concorrência no mercado varejista de combustíveis líquidos: teoria, evidências e o uso de filtros para detectar cartéis*, 2010. Tese de Doutorado apresentada à Pós-Graduação em Economia. Porto Alegre: UFRGS, 2010.
- HASTINGS, J. S. Vertical relationships and competition in retail gasoline markets: empirical evidence from contract changes in Southern California. *The American Economic Review*, v. 94, n. 1, p. 317-328, mar. 2004.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Estimativas das populações residentes em 1.º de julho de 2008*, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2008/POP_2008_TCU.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- SANTOS, S. M.; BARCELLOS, C.; CARVALHO, M. S.; FLORES, R. Detecção de aglomerados espaciais de óbitos por causas violentas em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, 1996. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 17(5): 1141-1151, set.-out. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v17n5/6322.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2009.
- VASCONCELOS, S. P.; VASCONCELOS, C. R. F. *Ferramentas de detecção dos acordos em preços no mercado de gasolina a varejo*. XXXVII Encontro Nacional de Economia – ANPEC. Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil, 8 e 9 de dezembro de 2009. *Anais*. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro_2009.htm#trabalhos>. Acesso em: 8 dez. 2009.

DEFESA COMERCIAL: UMA ANÁLISE ANTITRUSTE DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO À INDÚSTRIA

GABRIELA ADAMO

Resumo:

As barreiras tarifárias ou não tarifárias às importações são capazes de alterar a dinâmica concorrencial dos mercados, e sua aplicação poderá colidir com os princípios da legislação antitruste brasileira. A restrição da atuação de concorrentes e a adoção de políticas de preço colidem com o princípio da livre concorrência e podem levar à consolidação do poder de mercado. A baixa integração institucional entre as autoridades antitruste e de comércio exterior impede que tais facetas sejam reconhecidas e avaliadas, de sorte que se sugerem linhas gerais para a alteração dos mecanismos de cooperação existentes e a ampliação da integração entre essas autoridades.

1. Introdução

Este trabalho propõe-se a verificar quais dispositivos da legislação concorrencial colidem ou sofrem influência das medidas de proteção à indústria¹ e quais os principais efeitos dessas medidas sobre a dinâmica dos mercados e a concorrência. Pretende-se ainda destacar os eventuais prejuízos gerados pela ausência de consideração de questões concorrenciais durante o processo de aplicação de medidas de proteção à indústria. Por fim, há de se avaliar em que medida o atual modelo, que privilegia a completa independência entre as autoridades antitruste e de regulação do comércio exterior, poderá ser aprimorado

1. As medidas de proteção à indústria nacional, para o fim do presente trabalho, podem ser entendidas como todas as medidas capazes de gerar o aumento de barreiras tarifárias ou não tarifárias às importações com o objetivo real ou declarado de proteger a indústria nacional dos efeitos da concorrência internacional. É possível subdividi-las em duas classes: as medidas de defesa comercial previstas no âmbito do GATT, quais sejam as salvaguardas, as medidas compensatórias e as medidas antidumping; e as medidas não reguladas pelo mencionado acordo, mas que possuam como efeito potencial a imposição de restrições diretas ou indiretas ao livre comércio.

no intuito de criar ambiente de maior cooperação entre as agências e dirimir a dimensão dos conflitos atualmente existentes.

O recente aumento da adoção de medidas de proteção à indústria pelo Brasil torna indiscutível a atualidade do tema abordado. Como exemplo, pode-se mencionar que, entre outubro de 2012 e abril de 2013, o Brasil foi responsável pela abertura de um quarto das investigações mundiais para aplicação de medidas antidumping, tendo ocupado a primeira posição no ranking mundial.

No dizer de Tavares,² a interação entre as medidas de proteção à indústria e o antitruste é polêmica por razões tanto econômicas quanto jurídicas. Do ponto de vista jurídico, as medidas de proteção permitem que práticas usualmente classificadas como infração à legislação concorrencial, como a fixação de preços e restrição de quantidade, sejam adotadas como parte de uma política governamental. Por outro lado, as medidas de proteção impedem que seja concretizada a livre concorrência, fundamento da legislação antitruste, bem como reduz a possibilidade de acesso a produtos alternativos pelos consumidores. Do ponto de vista econômico, a proteção à indústria e a defesa da concorrência possuem objetivos distintos e, por vezes, conflitantes: enquanto as medidas de proteção são utilizadas para auxiliar indústrias que sofreram perdas em razão do aumento das importações, o antitruste pretende fomentar a eficiência dos mercados e o bem-estar dos consumidores.

2. Medidas de proteção à indústria e defesa da concorrência: dicotomias

2.1 Justificativas para a aplicação de medidas de proteção à indústria

A aplicação das medidas de proteção à indústria estará relacionada à noção de que a indústria doméstica sofreu ou poderia sofrer perdas decorrentes das importações. O objetivo das legislações que instituem medidas de defesa comercial não é outro senão a proteção da indústria nacional em face do crescimento da participação de mercado das empresas estrangeiras. Tal objetivo resta claro desde a promulgação das primeiras leis sobre o tema.³

2. ARAÚJO JR., José Tavares. *Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy*. Divisão de comércio internacional e integração comercial da Organização das Nações Unidas, dez. 2001, p. 7. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/9040/lcl1685i.pdf>>.

3. Embora a jurisprudência sobre o tema sustente que o *Antidumping Act* de 1916 estava vinculado à legislação antitruste, ao tornar-se um instrumento contra a prática de preço predatório nas importações, a doutrina aponta que a promulgação da

As medidas de proteção à indústria surgem, portanto, como formas de delimitar o alcance do comércio internacional. Gradativamente, essas medidas tornaram-se válvulas de escape ao processo de liberalização comercial, ao aliviar a pressão gerada por empresas estrangeiras mais competitivas sobre seus concorrentes nacionais. A utilização dessas válvulas de escape é justificada pela necessidade de proteção da indústria nacional incipiente, que poderá encontrar condições para o seu desenvolvimento, ou ainda, a continuidade de uma indústria nacional consolidada.

Castilho entende que a imposição de medidas antidumping, por exemplo, seria uma alternativa à redução das tarifas conduzidas pelas negociações multilaterais.⁴ Dessa forma, tal medida de defesa comercial seria uma forma de reduzir os efeitos das reformas liberalizantes negociadas em discussões multilaterais.

Entretanto, outros autores consideram que a proteção à indústria poderá ser essencial para o desenvolvimento de determinados setores. Nesse sentido, Carvalho aponta que o mercado apresenta falhas que podem comprometer a estratégia de desenvolvimento. Portanto, em alguns setores, por conta da intensidade da escala de produção, dos custos elevados de investimento, ou dos riscos e incertezas da atividade empresarial, os agentes necessitam de impulso governamental. A falta desses incentivos poderia reduzir o desempenho de atividades econômicas essenciais para promover o crescimento econômico e a sustentabilidade do país, de sorte que se fazem necessários mecanismos de correção e fomento dos mercados.⁵

A proteção governamental, portanto, corrigiria falhas de mercado, preveniria crises e auxiliaria empresas nacionais a suportarem a perda de mercado para competidores estrangeiros. Em retorno, essas empresas favoreceriam o desenvolvimento econômico ao atuarem em pesquisa e desenvolvimento, os quais seriam fatores capazes de aumentar a produtividade e reforçar setores estratégicos da economia.

lei foi fundada no temor de que a indústria alemã utilizasse as exportações como meio de se restabelecer das perdas sofridas durante a Primeira Guerra Mundial. DE KEYSER, Philip. *Exploring WTO dispute settlement in US Anti-dumping Act 1916: an easy case?*, New York. Disponível em: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013101-02.html#P28_4482>.

4. CASTILHO, Marta Reis. O impacto das medidas antidumping aplicadas pelos EUA sobre as exportações brasileiras. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro, Funcex, jul.-set. 2009.
5. CARVALHO, V. M. et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 104.

Como exemplo, pode-se mencionar que incentivos a setores de alta tecnologia seriam capazes de gerar benefícios como empregos para profissionais qualificados, aumento da segurança nacional, criação de fornecedores de insumos essenciais mais competitivos e difusão de tecnologias para outros setores da economia.⁶ Esses incentivos trariam, portanto, um retorno social, visto que outros setores da sociedade poderiam apropriar-se dos resultados gerados, que superariam, por vezes, o retorno financeiro privado obtido pela empresa desenvolvedora.⁷

Conclui-se que, de forma geral, a proteção justificar-se-ia pelos benefícios gerados não só à indústria-alvo da proteção governamental, mas também à economia do país como um todo.

2.2 Medidas de proteção à indústria e legislação concorrencial

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atua em duas frentes distintas: o controle de estruturas e o controle de condutas. Dessa forma, os efeitos gerados pelas medidas de proteção à indústria no ambiente concorrencial deverão ser analisados sob ambas as óticas.

Em relação ao controle de condutas, este estará relacionado à prática de determinadas operações empresariais, incluindo fusões, aquisições diretas e indiretas, incorporações, celebração de contratos associativos e *joint ventures*. As medidas de proteção à indústria não causam efeitos semelhantes àqueles gerados pelos atos de concentração, isto porque uma medida antidumping, por exemplo, não terá o condão de transferir ativos no mercado ou modificar suas condições estruturais.

Por outro lado, as medidas de defesa comercial podem ter impactos sobre a definição do mercado afetado por determinada operação societária. A Portaria Conjunta SEAE/SDE 50, de 1.º de agosto de 2001, estabeleceu princípios comuns para a sistematização da análise de atos de concentração econômica horizontal submetidos à aprovação do CADE, consolidados no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração (“Guia de Análise”).

O Guia de Análise prevê as hipóteses em que o papel das importações será considerado na análise das condições de mercado. A primeira delas diz respeito ao exercício de poder de mercado.⁸ O exercício do poder de mercado

6. TYSON, L. D. *Who's bashing Whom? Trade conflict in high-technology industries*. Washington: Peterson Institute, 1992, p. 30.

7. TYSON, op. cit., p. 32.

8. Nos termos do Guia de Análise, o poder de mercado poderá ser definido como o ato de uma empresa, unilateralmente, ou de um grupo de empresas, coordenada-

será menos provável conforme a expressividade das importações, que poderão constituir óbice ao possível aumento de preços ou demais atos previstos, posto que os consumidores podem optar por adquirir o produto em questão de produtores localizados fora do território nacional. Isso desestimularia a empresa detentora de poder de mercado a exercê-lo. Na mesma linha, o Guia de Análise considera que não existe probabilidade do exercício unilateral de poder de mercado caso as importações consistam em remédio efetivo contra o seu exercício.

O Guia de Análise também prevê que a possibilidade de importar também é fator inibidor do exercício do poder de mercado, de sorte que quanto maior for a possibilidade de importar, menor será a probabilidade de que o poder de mercado seja exercido. Considera-se que um pequeno volume de importações não é suficiente para permitir o exercício de poder de mercado, mas o será caso exista a possibilidade de que as importações aumentem, em quantidade e prazo razoáveis, em resposta a um pequeno mas significativo e não transitório aumento dos preços domésticos.⁹

A mencionada possibilidade de importar será mensurada a partir de certos critérios objetivos e da análise das eventuais barreiras à entrada,¹⁰ tais como custos de distribuição, existência de contratos de exclusividade entre importadores locais e empresas estrangeiras, e a capacidade dos importadores de aumentar a quantidade de importações sem a necessidade de investimentos em ativos físicos. Serão considerados, ainda, os demais fatores como a influência exercida pelos produtos importados sobre os preços domésticos, o grau de estabilidade cambial, as tarifas de importação, os custos de internação dos produtos importados, a existência de barreiras não tarifárias, a natureza dos produtos e a preferência dos consumidores.

Portanto, a existência de barreiras não tarifárias, entre as quais se incluem as medidas de defesa comercial, e as tarifas de importação serão fatores consi-

mente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou, ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.

9. A quantidade e prazo razoáveis para o aumento das importações serão considerados como aumento equivalente ao aumento de 30% do consumo aparente no período de 1 ano.
10. Barreiras à entrada, que podem ser definidas como a possibilidade de que firmas preestabelecidas elevem seus preços de venda acima dos custos médios mínimos de produção e distribuição sem induzir potenciais entrantes a atuar na indústria. BAIN, Jon. *Barriers to new competition*. Cambridge: Harvard University Press, 1956, p. 93.

derados relevantes para a apuração da possibilidade de que o produto importado será rival efetivo do produto doméstico, e que as importações são capazes de impedir o exercício de poder de mercado pelo produtor nacional. Ademais, o percentual do consumo nacional aparente do produto que é suprido pelas importações poderá contribuir para a determinação de que o mercado afetado pela operação possui dimensão internacional.

Já no que toca ao controle de condutas, há de se observar a possibilidade de que as medidas de proteção à indústria gerem efeitos análogos aos efeitos das condutas anticompetitivas, conforme previstos na legislação de defesa da concorrência.

A Lei 12.529/2011 prevê, em seu art. 36, que constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, quaisquer atos que objetivem ou tenham o condão de produzir algum dos quatro efeitos listados, quais sejam: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa, nos termos do inciso primeiro; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços, nos termos do inciso segundo; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros, nos termos do inciso terceiro; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante, nos termos do inciso quarto.

Longe de questionar a licitude dos atos governamentais de proteção à indústria, é possível verificar a eventual produção dos efeitos mencionados pelo texto de lei quando da aplicação de medidas de proteção à indústria.

As medidas de defesa comercial resultam em sobretaxa aplicável aos produtos importados, sendo irrelevante para a presente análise a natureza jurídica ou a origem destas sobretaxas. As demais medidas de proteção à indústria, usualmente resultam no aumento de tributos relacionados ao processo de importação. É bastante claro que a aplicação de sobretaxas ou de tributos implica o aumento dos preços finais dos produtos, que será repassado aos consumidores. Este efeito é, aliás, o principal objetivo das medidas de proteção à indústria.

Para analisar as consequências desse aumento de preços, há de se considerar que em todo o mercado existem duas formas de competição: os concorrentes existentes e os futuros entrantes.¹¹ A entrada de novos competidores internacionais, no entanto, poderá ser limitada pela existência de barreiras à entrada, que podem ser definidas como a possibilidade de que firmas preestabelecidas elevem seus preços de venda acima dos custos médios mínimos de produção e distribuição sem induzir potenciais entrantes a atuar naquele mercado.¹²

11. Voto da Conselheira Lúcia Helena Salgado no Ato de Concentração 027/1995, j. em 18/09/1996, p. 69.

12. BAIN, op. cit., p. 93.

O aumento dos preços finais dos produtos em razão da sobretaxa aplicada poderá, dessa forma, constituir barreira à entrada na medida em que limita a entrada de novos competidores internacionais, ainda que as firmas prestabelecidas pratiquem preços superiores àqueles esperados em uma situação de concorrência ideal. Desconsiderando-se as situações em que o novo entrante pratique preços inferiores aos da indústria nacional, a ponto de permanecerem competitivos ainda que seja aplicável sobretaxa, os novos entrantes serão obrigados a praticar, em sua maioria, preços idênticos ou superiores aos da indústria nacional.

Este cenário certamente poderá sofrer variações. A prática de preços inferiores àqueles utilizados para o cálculo da margem de proteção poderá incentivar a indústria doméstica a formular pedido de revisão da medida aplicada.

No caso específico das medidas antidumping, poderá, ainda, o novo entrante requerer a revisão da medida, visto não ter participado das investigações que originaram a imposição da sobretaxa.¹³ Essa disposição foi recentemente regulamentada, não existindo exemplos de sua utilização nos termos da nova legislação aplicável.¹⁴ De qualquer forma, o pedido de revisão de novo entrante representa dificuldades à entrada do produtor internacional ao acarretar custos adicionais com o início de um dispendioso processo administrativo cujas chances de sucesso serão, no mínimo, questionáveis. Talvez por esses fatores um pleito dessa natureza tenha sido formulado apenas uma vez e jamais concluído.¹⁵

É relevante ponderar, ainda, o eventual decréscimo na disposição de um novo entrante para atuar em um mercado que aplique medida de proteção à indústria: é bastante plausível que este novo entrante entenda que os ambientes negocial e político no país em questão são desfavoráveis ao seu estabelecimento via importações. Dessa forma, Leidy e Hoekman consideram que, em certa medida, a mera existência da legislação antidumping é capaz de restringir as importações e modificar o comportamento das firmas exportadoras.¹⁶

Tome-se como exemplo o Produtor A, localizado no exterior, que deseja comercializar o produto X para outro território. O produto X, no entanto,

13. Conforme art. 113 e ss. do Decreto 8.058/2013.

14. Embora a revisão de novo entrante já fosse prevista pelo Decreto 1.602/1995, a disposição jamais fora regulamentada. Os arts. 113 a 120 do Decreto 8.058/2013 trazem as disposições específicas relacionadas à revisão de novo entrante.

15. Conforme a Circular Secex 40/2013, publicada em 26 de julho de 2013.

16. LEIDY, M.; HOEKMAN, B. Production effects of price- and cost-based antidumping laws under flexible exchange rates. *Canadian Journal of Economics*, v. 23, p. 873-895, 1990.

está sujeito a direito antidumping recolhido no montante de 15% do valor do produto importado. O Produtor A poderia praticar o preço de 100 reais por tonelada do produto, caso inexistisse a medida antidumping. O preço médio de comercialização do produto X pela indústria doméstica é de 110 reais por tonelada.

Nesse caso hipotético, o Produtor A poderá comercializar o produto X ao valor de 100 reais, mas este será revendido a 115 reais, ou ainda, poderá diminuir o valor de exportação para patamar inferior a 95,65 reais, a fim de que o produto X seja revendido a 110 reais ou menos. Na primeira hipótese, em que o valor do produto X é de 115 reais, o Produtor A estará em desvantagem competitiva. Na segunda hipótese, em que o valor do produto X é igual ou inferior a 110 reais, o Produtor A terá sua margem de lucro diminuída, além de ensejar possível ação de revisão da medida aplicada. Ambos os fatores possivelmente diminuirão a disposição do Produtor A em prosseguir com seus planos de exportação. No mais, ainda que o Produtor A possa utilizar-se de pedido de revisão da medida aplicada sob a alegação de que não realizava exportações para dado território à época da aplicação do direito antidumping, é possível questionar a disposição do Produtor A em arcar com os custos processuais.

Passa-se à análise da situação dos concorrentes existentes. O aumento de preços possivelmente impactará no volume de negócios dos concorrentes sujeitos a medida de proteção aplicada, em grau variável conforme o percentual de aumento. Em situações nas quais o concorrente internacional originalmente praticava preços mais baixos que a indústria doméstica e a sobretaxa é superior à diferença entre os preços praticados, haverá a aniquilação de uma vantagem competitiva anteriormente detida pelo concorrente internacional. Em todo caso, sempre haverá a redução da vantagem competitiva ou o aumento da desvantagem competitiva quando os preços do concorrente internacional forem mais altos que os da indústria doméstica.

Interessante ainda é a hipótese de aplicação de medida antidumping sobre bens produzidos por agente internacional monopolista em seu país de origem. Reconhece-se que a posição de monopolista leva o agente a aumentar seus preços.¹⁷ Caso o Produtor A desfrutasse de posição monopolista no país de origem, é possível que o preço normal¹⁸ do produto fosse superior ao preço que poderia ser praticado em situações de concorrência. Quando este agente passa a exportar seus produtos, é possível que o faça a preços menores do que os praticados no país de origem, visto que nesta hipótese, o produtor não des-

17. SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133.

18. A Seção 2.3.1 apresenta maiores informações sobre o conceito de valor normal.

frutaria de posição monopolista para o país de exportação. Tal situação poderia ensejar, em tese, a aplicação de direito antidumping que tornasse a elevar os preços praticados a patamares semelhantes aos praticados em situação de monopólio.

Em todos os casos, como se vê, a aplicação de medidas de proteção à indústria poderá consistir em limitação à livre concorrência, seja por dificultar a entrada de novos competidores, seja por causar óbices à atuação dos competidores já existentes. Nesse sentido, as medidas antidumping afetam a concorrência ao modificarem a política de preços das firmas rivais.¹⁹

O segundo e o quarto incisos, por sua vez, preveem as ações que visam à *dominação do mercado relevante de bens ou serviços* ou ao exercício abusivo da posição dominante.²⁰ Novamente, não se pretende discutir a licitude das medidas de proteção à indústria, mas a proximidade dos efeitos gerados por essas medidas com aqueles produzidos pelas infrações a ordem econômica.

A Lei 12.529/2011 prevê, em seu art. 36, § 2.º, que uma empresa ou grupo de empresas deterá posição dominante sempre que for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar ao menos 20% do mercado relevante, percentual este que poderá ser alterado pelo CADE conforme as condições específicas do mercado. Considerando que o requerimento de abertura de investigação para a aplicação de medidas antidumping e compensatórias deverá ser feito por empresas que detenham participação de ao menos 50% do mercado doméstico, é possível concluir que em diversos casos tais empresas deterão posição dominante no mercado analisado, salvo a possibilidade de análise em contrário pelo CADE.

É relevante notar que as medidas de proteção à indústria são instrumentos hábeis para reduzir efetivamente as quantidades importadas do produto protegido. Em estudo elaborado com base em 77 medidas antidumping aplicadas pelo Brasil entre 1995 e 2005, constatou-se que as quantidades importadas de determinado produto decaíram em até 80% no período dos três anos sub-

19. ANDERSON, Simon; SCHMITT, Nicolas; THISSE, Jacques-François. Who benefits from antidumping legislation? *Journal of International Economics*, v. 38, p. 321-337, 1995.

20. Sobre tais incisos, a seguinte lição é bastante esclarecedora: o primeiro caso é aquele em que o agente econômico dotado de poder econômico pretende dominar o mercado por meio de práticas anticompetitivas, eliminando a concorrentes e causando prejuízo ao consumidor; o segundo caso é aquele em que o agente econômico já dominou o mercado (posição dominante) e abusa de sua posição, para prejudicar competidores ou evitar que novos agentes passem a atuar em seu mercado. CARVALHO et. al., op. cit., p. 104.

sequentes à aplicação de medida antidumping para o país exportador.²¹ Ainda que o mesmo estudo demonstre que parte do mercado passou a ser suprida por produtores exportadores localizados em países não sujeitos às medidas antidumping, houve aumento de participação da indústria doméstica em alguma medida.

Tais características permitem que tanto a hipótese de dominação do mercado relevante quanto de abuso de posição dominante sejam plausíveis. As medidas de proteção à indústria podem auxiliar determinados agentes econômicos a aumentar seu poder de mercado ao eliminar concorrentes efetivos ou diminuir a entrada de concorrentes potenciais. Podem ainda auxiliar na manutenção da posição dominante detida pelo agente econômico ao dificultar a entrada de novos competidores.

Por fim, o terceiro inciso prevê a conduta de aumento arbitrário dos lucros. Necessário destacar que após a década de 1990 passa-se a condenar a intervenção estatal na determinação de preços.²² Portanto, é de grande dificuldade a definição de “lucro arbitrário”, dada a ausência de parâmetros que permitam definir qual seria o lucro máximo aceitável e a partir de qual momento este se tornaria arbitrário. O terceiro inciso é, por tais razões, raramente utilizado pelas autoridades na definição de infrações à ordem econômica. Opta-se, assim, por não adentrar em maiores considerações a seu respeito ao longo deste trabalho.

Conclui-se, pois, que existe uma efetiva interação entre as medidas de proteção à indústria e os diversos aspectos da legislação concorrencial que usualmente resultarão em conflito. Note-se que essa interação não se dá apenas no âmbito da análise econômica, mas também no próprio texto legal seja quanto aos fatores analisados, seja quanto aos objetivos perseguidos.

3. Conclusão

Ao longo do presente trabalho buscou-se demonstrar que as medidas de proteção à indústria são capazes de influenciar de forma significativa a dinâmica da concorrência nos mercados.

Sobre os efeitos negativos das medidas antidumping sobre os mercados, um estudo formulado em 1995 pela International Trade Commission demonstrou que a remoção das medidas antidumping vigentes em 1991 permitiria um ganho de 1,6 bilhões de dólares americanos para a economia do país. Esta

21. SOUZA JÚNIOR, D. P. *Um estudo sobre os efeitos das ações antidumping nas importações brasileiras*. Dissertação de Mestrado. UnB: Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação, 2010.

22. CARVALHO, et. al., op. cit., p. 105.

conclusão, no entanto, não gerou quaisquer modificações na conduta do órgão nos anos subsequentes, sob a justificativa exposta nos comentários àquele estudo: o propósito das medidas antidumping e das medidas compensatórias não é a proteção aos consumidores, mas sim a proteção aos produtores e trabalhadores nacionais, em oposição ao quanto previsto pela legislação antitruste. Portanto, não deveria causar surpresa o fato de que os benefícios de tais medidas são destinados aos produtores, enquanto seus custos devam ser suportados pelos consumidores. A adoção de medidas de defesa comercial é uma opção governamental diante da inexistência de uma política de livre comércio com abrangência mundial.²³

Nesse sentido, resta inegável a relevância da questão para o Direito da Concorrência e para os órgãos de promoção e proteção da concorrência. Entende-se ainda que a atual postura adotada, de completa separação institucional entre os órgãos de comércio internacional e de promoção da concorrência acaba por prejudicar os consumidores ao impedir a análise das condições de mercado e das prováveis consequências da medida aplicada. Nesse sentido, cabe lembrar a exposição de Carvalho, formulada no caso Braskem: a separação de competências levaria à inversão da lógica do sistema, e a política de defesa da indústria nacional, que deveria considerar os interesses dos consumidores, acabaria por se tornar uma mera aplicação burocrática de normas jurídicas.²⁴

A adoção de parâmetros concorrenciais na aplicação de medidas de defesa comercial foi inclusive recomendada pela Organização para a *Cooperação e Desenvolvimento Econômico* (OCDE) no intuito de reduzir os efeitos deletérios dessas medidas. Entre os parâmetros sugeridos, incluíam-se a análise do possível impacto gerado pela medida sobre a estrutura dos mercados; competitividade; disponibilidade do bem sujeito à medida; investimento doméstico no mercado afetado; e efeitos sobre os consumidores.²⁵

A partir destas considerações, e diante da ineficácia dos mecanismos de cooperação utilizados nas últimas décadas, entende-se necessário que o tema seja rediscutido. O atual sistema desconsidera as diversas facetas que deve-

23. Relatório da International Trade Commission, 1995, p. VIII-IX apud ARAÚJO JR., op. cit., p. 11.

24. Voto proferido pelo Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no Ato de Concentração 08012.001205/2010-65 – Braskem S.A., Petróleo Brasileiro S.A., Petrobrás Química e Quattor Participações.

25. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Competition and trade policies: their interaction*. Paris: OCDE, 1984.

riam ser reconhecidas quando da intervenção governamental nos mercados, e baseia-se na lógica de competências institucionais estanques, o que impede, em grande medida, a troca de informações entre a autoridade governamental especializada e seus pares.

Para que não se incorra em lacunas, há de se mencionar que a análise antitruste também poderia ser feita, em tese, pelo Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP) vinculado à Camex.²⁶ Desde 2012, cabe ao GTIP avaliar os pleitos e petições relacionadas à existência de questões de interesse público que pudessem ensejar a suspensão ou extinção de medidas de defesa comercial. Embora fosse razoável supor que os efeitos sobre a concorrência pudessem ser entendidos como questão de interesse público, há de se considerar que o GTIP não é, a princípio, órgão destinado à promoção e defesa da concorrência.

Nesse sentido, cabe destacar que a Lei 12.529/2011 prevê que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) será formado pelo CADE e pela SEAE. Enquanto o CADE possui funções de caráter quase jurisdicional, a SEAE atua de forma consultiva no intuito de promover a política de defesa da concorrência junto a outros órgãos governamentais. A legislação prevê que, entre outras atribuições, a SEAE poderá: (i) elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo CADE, pela Camex ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; e (ii) 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, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos.²⁷

A análise do CADE, por sua vez, poderá ser requisitada por qualquer agente do mercado. Entre as atribuições do CADE, encontra-se a *análise de pleitos relacionados à infração à ordem econômica*, ainda que estes envolvam a aplicação de medidas de proteção à indústria. Nesse caso, caberá representação endereçada à Superintendência Geral do CADE. Entretanto, entende-se que ainda mais relevante é a análise pelo CADE dos casos em que as medidas de proteção à indústria sejam consideradas prejudiciais ao funcionamento do mercado, seja por restringirem a *opção de escolha dos consumidores*, seja por reforçarem a posição dominante detida por agente econômico. Tais casos podem não abranger discussões sobre a existência de infração à ordem econômi-

26. Conforme a Resolução CAMEX 13, de 29 de fevereiro de 2012, publicada no *DOU* de 1.º/03/ 2012.

27. Art. 19, IV e VII, da Lei 12.529/2011.

ca, mas tratar apenas da análise dos efeitos gerados pelas medidas de proteção à indústria sobre a concorrência. Para esses casos, no entanto, não há previsão legal ou regimental de procedimento administrativo que poderia ser utilizado pela parte interessada a fim de requerer que tal avaliação seja feita pelo CADE.

Conclui-se, pois, que a análise dos efeitos gerados pelas medidas de proteção à indústria poderá ser feita, em tese, tanto pelo CADE quanto pela SEAE, e em ambas as situações existirão limitações e vantagens específicas. A partir de tais considerações, passa-se ao traçado dos principais pontos que deveriam constar de um possível mecanismo de cooperação mais eficiente.

Nesse sentido, considera-se indispensável que a requisição de análise possa ser formulada por agentes privados e não apenas por órgãos governamentais. Como se percebe pela análise da jurisprudência do CADE,²⁸ questões concorrenciais são usualmente abordadas por agentes diretamente interessados na manutenção do nível das importações de determinado produto, de sorte que a impossibilidade de que tais agentes formulem requisições poderá reduzir substancialmente o número de casos analisados sob a ótica antitruste.

Note-se ainda que a análise prévia à aplicação de medida de proteção à indústria poderá ser mais produtiva do que a análise posterior. Eventual decisão exarada pelo CADE ou parecer apresentado pela SEAE poderiam ser considerados pela CAMEX quando da decisão pela aplicação ou não de medida de defesa comercial ou quando da determinação dos produtos que comporiam a lista de exceções à TEC, por exemplo. Entende-se que a cooperação ocorrida antes da aplicação de medida resultará em diálogo mais fácil do que a apresentação de considerações posteriores à sua implementação, até mesmo em razão dos limites legais para a revisão de medidas já aplicadas.

Acerca da impossibilidade de apreciação pelo CADE dos efeitos gerados por medida de defesa comercial ainda não aplicada, considera-se que a cooperação entre autoridades poderia ocorrer em momento posterior à investigação do Decom e anterior à apreciação do pleito pela Camex. Dessa forma, já seriam conhecidas as características que provavelmente comporiam uma medida de defesa comercial, como os países exportadores e a margem de aplicação, os quais poderiam subsidiar a análise dos possíveis efeitos da medida.

28. Conforme a análise dos seguintes casos: Processo Administrativo n08012.008088/2003-31 – Bérkel Chapas Acrílicas Ltda e Unigel Química S/A, Proquigel Química S/A e Resárbras da Bahia S/A.; Ato de Concentração 08012.001637/2007-71 – Hindalco Industries Ltd. e Novelis Inc.; Requerimento 08700.001571/2009-22 – Itap Bemis Ltda.; e Ato de Concentração 08012.001205/2010-65 – Braskem S.A., Petróleo Brasileiro S.A., Petrobrás Química e Quattor Participações.

Conclui-se, pois, que idealmente a cooperação entre as autoridades deveria ocorrer de forma prévia. Restaria mantida a competência do CADE para o julgamento de procedimentos administrativos envolvendo medidas de proteção à indústria já aplicadas, como atos de concentração e processos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica. A cooperação prévia poderia ocorrer tanto por meio do CADE quanto por meio da SEAE, sempre em caráter consultivo. O pedido de análise dos aspectos concorrenciais e das condições do mercado poderia ser formulado tanto por agentes privados quanto pelas autoridades de comércio exterior.

Entretanto, como já visto, não há previsão na legislação vigente que contemple os requisitos acima elencados. Faz-se necessário o desenvolvimento de novos instrumentos legais que permitam a maior presença de elementos da análise antitruste no procedimento de aplicação de medidas de defesa comercial e, quando possível, de outras medidas de proteção à indústria.

Por fim, entende-se salutar a assinatura de acordos de cooperação técnica entre o CADE, a Camex e o MDIC, à semelhança dos acordos já firmados entre o CADE e outras entidades, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)²⁹ e a Associação dos Juízes Federais (Ajufe).³⁰ Um acordo do gênero poderá prever hipóteses de cooperação mais abrangentes, para além da mera expedição de pareceres técnicos e trocas de informação. Como exemplo, outros acordos de cooperação firmados pelo CADE incluem previsões para o desenvolvimento conjunto de atividades de pesquisa, realização de seminários e capacitação de servidores. Um esforço conjunto nesse sentido poderia auxiliar na conscientização sobre a natureza complementar das políticas concorrencial e de proteção à indústria e na criação de bases para uma cooperação efetiva e bem-sucedida entre os órgãos.

Bibliografia

- ANDERSON, Simon; SCHMITT, Nicolas; THISSE, Jacques-Fraçois. Who benefits from antidumping legislation? *Journal of International Economics*, v. 38, 321-337, 1995.
- ARAÚJO JR., José Tavares. *Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy*. Divisão de Comércio Internacional e Integração Comercial da Organização das Nações Unidas, dez. 2001, p. 7. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/9040/lcl1685i.pdf>>.

29. A íntegra do acordo está disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Acordo%20da%20ANS%20\(2\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Acordo%20da%20ANS%20(2).pdf)>.

30. A íntegra do acordo está disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Acordo%20AJUFE.pdf>>.

- BAIN, Jon. *Barriers to new competition*. Cambridge: Harvard University Press, 1956.
- CARVALHO, Vinicius Marques et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- CASTILHO, Marta Reis. O impacto das medidas antidumping aplicadas pelos EUA sobre as exportações brasileiras. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro, Funcex, jul.-set. 2009.
- DE KEYSER, Philip. *Exploring WTO dispute settlement in US Anti-dumping Act 1916: an easy case?* New York. Disponível em: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013101-02.html#P28_4482>.
- LEIDY, M.; HOEKMAN, B. Production effects of price- and cost-based anti-dumping laws under flexible exchange rates. *Canadian Journal of Economics*, v. 23, p. 873-895, 1990.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Competition and trade policies: their interaction*. Paris: OCDE, 1984.
- SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOUZA JÚNIOR, D. P. *Um estudo sobre os efeitos das ações antidumping nas importações brasileiras*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília: Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação, 2010.
- TYSON, L. D. *Who's bashing whom? Trade conflict in high-technology industries*. Washington: Peterson Institute, 1992.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2013 – 1.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

**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

Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo analisar os limites e a aceitabilidade das restrições impostas por uma parte à outra até a data de fechamento em operações de aquisição ou investimento, tendo em vista os §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011. O enfoque do problema será feito à luz do dever de diligência do administrador e da alocação desigual de riscos entre as partes no período entre a data de assinatura dos instrumentos contratuais da operação e seu fechamento, fatores estes que geram a necessidade da adoção de medidas para a proteção do investimento.

1. Introdução

Embora a política de defesa da concorrência tenha sido efetivamente introduzida no Brasil na década de 1960,¹ foi apenas com a promulgação da Lei 8.884/1994 – que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal independente e criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)² – que o direito concorrencial passou a ser aplicado de forma consistente.³

1. Com a promulgação da Lei 4.137/1962.
2. Além do CADE, o SBDC era formado pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).
3. Até a promulgação da Lei 8.158/1991 e, subsequentemente, da Lei 8.884/1994, Forgioni relata “surto de vigência” da Lei 4.137/1962. Cf. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 119 e ss.

Não obstante os avanços da Lei 8.884/1994, a defesa da concorrência sofria de problemas crônicos relacionados principalmente ao desenho institucional do SBDC⁴ e ao processo de análise de operações *a posteriori*.⁵⁻⁶ Com o intuito de remediar tais imperfeições, foi promulgada a Lei 12.529/2011. Dentre as diversas mudanças introduzidas pelo diploma, destacam-se: (i) a incorporação da SDE pelo CADE e a transferência de parte das atribuições da SEAE⁷ para a autarquia; (ii) a reestruturação interna do CADE, atualmente composto pela Superintendência-Geral, pelo Departamento de Estudos Econômicos e pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (iii) a reformulação dos processos administrativos e procedimentos internos do CADE; e (iv) a notificação prévia de atos de concentração.

A notificação prévia de atos de concentração é uma das mudanças com maior impacto na política de defesa da concorrência. Desde 29 de maio de 2012, quando a nova lei entrou em vigor, operações e contratos notificados ao CADE não podem ser implementados antes da aprovação da autarquia,⁸ sob pena de aplicação de multa e declaração de nulidade dos atos praticados. Conclui-se, portanto, que a aprovação do CADE é, atualmente, condição sus-

4. A duplicação de trabalhos causada pela existência de dois órgãos de instrução – cujo trabalho era frequentemente revisitado pelo CADE – gerava atrasos na análise de processos. Parte do problema, entretanto, foi resolvida por meio da Portaria Conjunta SEAE/SDE 33/2006, que promoveu divisão de tarefas entre as duas secretarias.
5. Considerando que a análise de atos de concentração insere-se no contexto de atuação preventiva do CADE, a análise *a posteriori* causa diversas complicações, como a dificuldade em desfazer negócios potencialmente lesivos, mas que já haviam sido implementados, e a distorção gerada pela exercício de prever efeitos econômicos que, na realidade, já eram sentidos no mercado.
6. Outras imperfeições, como a falta de remédios para atos de concentração complexos e instrumentos para a repressão a cartéis e condutas anticompetitivas, foram corrigidos por regulamentação infralegal emitida pelas autoridades do SBDC e por alterações na lei.
7. Atualmente, a atuação da SEAE baseia-se apenas na advocacia da concorrência, sem participação na análise de operações ou em atos anticoncorrenciais submetidos ao conhecimento do CADE. Cf. art. 19 da Lei 12.529/2011.
8. Cf. art. 88, § 3.º, da Lei 12.529/2011: “Art. 88. [...] § 3.º 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”.

pensiva⁹ para os negócios jurídicos cuja notificação à autarquia seja obrigatória nos termos da Lei 12.529/2011.

Os atos de implementação prematura, isto é, aqueles adotados com o intuito de implementar a operação antes de sua aprovação pelo CADE, são denominados *gun-jumping*. De modo geral, atos de *gun-jumping* ocorrem na hipótese de troca de ativos ou interação entre as partes de uma operação sob análise do CADE, em prejuízo de sua independência empresarial e das condições de concorrência entre si,¹⁰ assim como no caso de troca de informações sensíveis, exceto quando estritamente necessário para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.¹¹

A Lei 12.529/2011 e a regulamentação infralegal do CADE não estabelecem critérios para determinar o nível de interação aceitável entre as partes de uma operação antes de sua aprovação, o que pode causar insegurança jurídica e dificuldades na negociação e celebração de negócios jurídicos. Nesse sentido, é prática corrente na dinâmica empresarial, principalmente em negócios envolvendo aquisições e investimentos, que a parte interessada conduza uma avaliação técnica e jurídica dos ativos a serem adquiridos ou investidos.¹² Além disso, em razão do lapso de tempo entre a assinatura dos instrumentos contratuais e a sua efetiva implementação em operações submetidas ao conhecimento do CADE, é natural que a parte interessada imponha restrições na condução de negócios ou utilização de ativos que serão adquiridos ou receberão investimentos, para assegurar que seu valor econômico será mantido até o fechamento da operação.

Diante desse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar a aceitabilidade das restrições contratuais impostas por uma parte à outra até o fecha-

9. Nos termos do art. 125 da Lei 10.406/2002: “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”.
10. Conforme disposto no art. 88, § 4.º, da Lei 12.529/2011: “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 § 3.º deste artigo”.
11. Cf. o art. 108, § 2.º, da Resolução do CADE 1/2012: “As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do CADE, sendo vedadas, inclusive, quaisquer 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 [sic] para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.”
12. Tal avaliação implicará a troca de informações sensíveis entre as partes. No entanto, é razoável supor que essa troca de informação é permitida pelo art. 108, § 2.º, da Resolução do CADE 1/2012 (não é punível a troca de informação “estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes”).

mento de operações de aquisição e investimento, tendo em vista: (i) a obrigação de manutenção das condições de concorrência entre as partes imposta pela Lei 12.529/2011; (ii) o dever de diligência do administrador¹³ imposto pela Lei 6.404/1976¹⁴ e, também, pela Lei 10.406/2002;¹⁵ e (iii) a necessária realocação de risco entre as partes de uma operação no período entre a assinatura dos instrumentos contratuais e o fechamento. Desse modo, buscar-se-á demonstrar que a proibição dos §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011 não pode ser entendida de forma absoluta com relação aos atos até o fechamento, devendo ser interpretada à luz do dever de diligência dos administradores e da necessidade de proteção do investimento até a aprovação do CADE.

2. O dever de diligência do administrador e a sistemática das operações de aquisição e investimento

2.1 *Classificação das operações submetidas ao CADE como negócios jurídicos complexos*

Uma das principais alterações na política de defesa da concorrência introduzida pela Lei 12.529/2011 foi a especificação de atos sujeitos à aprovação do

-
13. Para os fins do presente artigo, parte-se do pressuposto de que a maior parte das operações submetidas ao CADE são conduzidas por sociedades empresárias. Apesar de o presente trabalho não apresentar dados que comprovem essa afirmação, a premissa é razoável, tendo em vista que a própria racionalidade da Lei 12.529/2011 parte desse pressuposto (vide, por exemplo, as noções de faturamento e grupo econômico utilizadas pela lei). Não se despreza, entretanto, a importância que os fundos de investimento têm apresentado nos últimos anos na realização de operações, inclusive tendo merecido regras específicas pela regulamentação infralegal do CADE. Não obstante, o administrador de tais entidades (solidariamente com o gestor, se aplicável) também sujeita-se a regras estritas de cuidado e diligência na condução de negócios, conforme se extrai do art. 65 da Instrução Normativa 409/2004 da Comissão de Valores Mobiliários. Além disso, o termo administrador será aqui empregado em sentido amplo, compreendendo administradores de sociedades de responsabilidade limitada, empresárias ou não, diretores e membros do conselho de administração de companhias e, de forma geral, todos aqueles que ocupem posições dentro da estrutura de governança de sociedades que impliquem a existência de deveres fiduciários com relação a seus sócios, acionistas e investidores.
 14. “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.”
 15. “Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.”

CADE. Ao contrário do art. 54¹⁶ da Lei 8.884/1994, que previa hipótese abrangente para notificação de atos ao CADE, os arts. 88¹⁷ e 90¹⁸ da Lei 12.529/2011 estabelecem critérios mais claros para a obrigatoriedade de notificar. De modo geral, apenas operações de maior complexidade se enquadram nas hipóteses de notificação obrigatória da Lei 12.529/2011.¹⁹

Por esse motivo, os negócios jurídicos submetidos ao CADE caracterizam-se por alto grau de complexidade, sendo a obrigação principal adimplida me-

16. “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.[...] § 3.º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”
17. “Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).”
18. “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.”
19. Vale ressaltar que, de acordo com o § 7.º do art. 88 da Lei 12.529/2011, o CADE pode requerer a notificação de qualquer operação que não se enquadre nos critérios de submissão obrigatória em até um ano após sua consumação.

diante a execução de diversos atos e obrigações acessórias. No caso específico dos negócios jurídicos analisados no escopo do presente estudo, isto é, aquisições de ativos e investimentos, a implementação da operação é integrada por diversos atos, entre os quais se podem citar: (i) obrigações acessórias, como a cláusula penal, cláusula de não concorrência e não aliciamento e cláusula de indenização; e (ii) deveres anexos de conduta, como prestação de declarações e garantias, assinatura de documentos relacionados à implementação da obrigação principal²⁰ e dever de prestar informações e realizar determinados atos até a data de fechamento. Todas as obrigações acessórias e deveres anexos de conduta citados acima incidem sobre as prestações principais, que serão, conforme o caso, o pagamento do preço e a transferência de propriedade do ativo ou a realização do investimento mediante a respectiva transferência de participação no ativo, negócio ou empreendimento investido.

A obrigação acessória, “não tendo existência em si, depende de outra a que adere ou de cuja sorte depende”²¹. Portanto, enquanto não aprovada a operação pelo CADE, a eficácia das obrigações acessórias seguem a sorte da obrigação principal, que somente será válida e eficaz quando cumprida a condição suspensiva imposta pela Lei 12.529/2011. Os deveres anexos de conduta, por sua vez, são aqueles “que embora não interessem diretamente à prestação principal, e nem forneçam, num primeiro momento, ação autônoma de cumprimento, são todavia essenciais ao concreto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra”²²⁻²³.

Assim, como nota preliminar para a questão abordada neste estudo, deve-se mencionar que os negócios jurídicos apresentados ao conhecimento do CADE são complexos, sendo compostos por diversas obrigações acessórias e deveres anexos, que não se confundem com a obrigação principal da operação. Interpretar os §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011 como uma

20. Como, por exemplo, no caso de operações societárias, atas de assembleia, alterações contratuais, livros de transferência de ações, entre outros.

21. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 121.

22. GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 589.

23. Tais atos inserem-se no contexto da moderna abordagem da obrigação enquanto processo que, ao invés de enxergar a relação obrigacional como estática e polarizada, interpreta-a como um processo composto de diversos atos e prestações, no qual as partes interagem entre si, com base nos princípios da boa-fé, para obter o adimplemento da obrigação avençada.

proibição geral à realização de qualquer ato pelas partes antes da aprovação do CADE seria uma afronta aos princípios da boa-fé contratual – que exigem a colaboração das partes na negociação e execução de contratos –, além de poder inviabilizar a maior parte das operações que se enquadrem nos critérios legais de notificação obrigatória.

2.2 O dever de diligência do administrador

Os administradores²⁴ de sociedades têm, com relação aos sócios, acionistas e investidores em geral, deveres fiduciários, na medida em que atuam na gestão de seu patrimônio.²⁵ Nesse sentido, devem empregar, “no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.²⁶ A relação fiduciária estabelecida entre administradores e os detentores do patrimônio sob sua gestão também implica outras obrigações²⁷ além do dever de diligência, podendo-se citar: dever de lealdade,²⁸ dever de informar²⁹ e proibição da prática de determinados atos.³⁰ Não obstante, para os fins do presente estudo, basta a análise do dever de diligência.

O dever de diligência, conforme apontado pela doutrina, é um conceito abstrato e não implica necessariamente um determinado comportamento pelo administrador, mas sim um padrão de comportamento,³¹ que deve sempre observar a boa-fé objetiva.³² Nesse sentido, a conduta do administrador deve ser

-
24. Em razão da possibilidade de aplicação subsidiária da Lei 6.404/1976 com relação à Lei 10.406/2002 (cf. art. 1.053, parágrafo único) e a abrangência de suas normas, o presente estudo utilizará suas disposições como referência legal. No entanto, é importante ressaltar que a utilização, neste estudo, das normas dispostas na Lei 6.404/1976 acerca dos deveres do administrador como referência para os administradores de sociedades sujeitas à Lei 10.406/2002 tem caráter meramente didático, na medida em que a aplicação subsidiária estabelecida no art. 1.053, parágrafo único, da Lei 10.406/2002 só existirá caso expressamente acordado entre os sócios.
 25. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3: artigos 138 a 205, p. 314.
 26. Cf. redação do art. 153 da Lei 6.404/1976.
 27. Para estudo mais detalhado de tais obrigações, cf. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 413-417.
 28. Cf. arts. 154 e 155 da Lei 6.404/1976.
 29. Art. 157 da Lei 6.404/1976.
 30. Cf. § 2.º do art. 154, incisos I a III do art. 155 e art. 156, todos da Lei 6.404/1976.
 31. CARVALHOSA, op. cit., p. 325.
 32. Vide art. 113 da Lei 10.406/2002.

analisada tendo como referência “a conduta de outros administradores, em negócios semelhantes e submetidos às mesmas circunstâncias temporais e de lugar”.³³ Percebe-se, portanto, que o conteúdo do dever de diligência deve ser preenchido tendo em vista as circunstâncias específicas do caso, razão pela qual o administrador de negócios de pequeno porte não pode ser comparado, no que diz respeito ao seu padrão de conduta, ao administrador de sociedades de grande porte. Assim, o padrão de comportamento esperado do administrador deve ter em conta o “respectivo nível de cuidado e diligência devido em cada caso específico”.³⁴

Desse modo, o dever de diligência, sendo conceito abstrato e de difícil sistematização, terá seu conteúdo revelado com maior clareza no caso concreto. Por essa razão, nos Estados Unidos, sua análise é pautada principalmente na ideia do *business judgment rule*, que estabelece a presunção de que, ao realizar determinado negócio, os administradores agiram de boa-fé e devidamente informados, convictos de que suas decisões estavam alinhadas com os interesses da companhia.³⁵ Assim, cabe ao administrador a mesma observação feita por Comparato com relação aos detentores do poder de controle na sociedade anônima: “a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um direito-função, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas”.³⁶

Portanto, o poder conferido ao administrador pelos acionistas, sócios e investidores em geral é condicionado ao atendimento dos interesses da sociedade e da implementação de seu objeto social, razão pela qual Modesto Carvalhosa classifica as obrigações do administrador como “obrigações de meio” e não “de resultado”.³⁷ Consequentemente, o administrador não será responsabilizado pelo insucesso de sua gestão, desde que ela tenha sido conduzida em consonância com os deveres de diligência e cuidado. No entanto, o administrador responderá perante a sociedade pelos danos que causar em razão de imperícia, imprudência ou negligência, desde que, obviamente, haja nexos causal entre a quebra do dever de diligência e as perdas sofridas pela sociedade.³⁸

33. CARVALHOSA, op. cit., p. 321.

34. CARVALHOSA, op. cit., p. 327.

35. PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 171 apud CARVALHOSA, op. cit., p. 318.

36. COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. RT, 1976, p. 307.

37. CARVALHOSA, op. cit., p. 322.

38. CARVALHOSA, op. cit., p. 326.

2.3 O dever de diligência do administrador no contexto dos negócios jurídicos complexos submetidos ao conhecimento do CADE

Conforme demonstrado até aqui, os negócios jurídicos submetidos ao conhecimento do CADE podem ser classificados como complexos, implicando, na maior parte das vezes, um feixe de obrigações, atos e compromissos assumidos pelas partes. Além disso, o dever de diligência do administrador é conceito amplo e abstrato, devendo seu conteúdo ser preenchido no caso concreto, à luz do princípio da boa-fé objetiva e dos padrões de conduta de administradores em negócios semelhantes e submetidos às mesmas circunstâncias temporais e de lugar.

Ao conduzir uma operação societária de aquisição ou investimento, as motivações de um agente econômico podem ser as mais diversas. No contexto da aquisição de controle societário, Eduardo Munhoz destaca três motivações principais:³⁹ (i) substituição de gestores ineficientes; (ii) ganhos de sinergia; e (iii) adaptação a modificações do ambiente econômico.

A motivação de substituição de gestores ineficientes parte do pressuposto de que determinada sociedade, cujos resultados não são satisfatórios, poderia tornar-se lucrativa com uma gestão mais eficiente. Os ganhos de sinergia, por sua vez, referem-se à concepção de que, uma vez integradas, a sociedade alvo e a adquirente terão valor maior do que a simples soma de seus valores considerados isoladamente. Ou seja, a integração das partes será eficiente e terá a capacidade de criar valor a partir da integração entre comprador e alvo.⁴⁰ Por fim, operações de aquisição podem ser uma resposta a transformações ocorridas no mercado, como novas descobertas tecnológicas, expansão de crédito, crises econômicas, entre outras.

Nesse contexto, é possível concluir que operações de aquisição – e acredita-se que a mesma premissa será aplicável a operações de investimento – têm caráter estratégico para os agentes econômicos. Assim, a identificação de ativos que tenham capacidade de gerar valor é essencial para a sobrevivência dos agentes econômicos no ambiente competitivo. A oportunidade não aproveitada por um agente econômico poderá ser explorada pelo seu concorrente, que obterá, portanto, uma vantagem competitiva.

Desse modo, o dever de diligência de administradores compreende não só o cuidado na condução das operações da sociedade, mas também na iden-

39. MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 135 e ss.

40. Pode-se afirmar que tal criação de valor seria relacionada à geração de eficiências, como as eficiências dinâmicas e estáticas.

tificação de ativos que tenham capacidade de agregar valor e aumentar a competitividade. Além disso, uma vez identificada uma oportunidade de aquisição ou investimento, caberá ao administrador, na condução e negociação da operação, tomar todos os cuidados e precauções com relação (a) à adequada avaliação econômica, técnica e legal do ativo e (b) à adoção de medidas necessárias para proteger o valor estratégico do ativo em questão, impedindo que sofra qualquer depreciação ou perda no período entre a assinatura dos instrumentos contratuais relativos à operação e a sua efetiva implementação.

3. Atos até o fechamento da operação e *gun-jumping*

3.1 O conceito de *gun-jumping* em suas duas vertentes essenciais

Conforme já apontado, a Lei 12.529/2011 introduziu no ordenamento brasileiro o sistema de notificação prévia, por meio do qual as partes devem aguardar a aprovação do CADE para implementar sua operação. Na sistemática da nova legislação e da regulamentação infralegal do CADE, o dever de não implementação prematura de uma operação é imposto às partes sob duas vertentes essenciais: (i) manutenção das condições concorrenciais entre as partes;⁴¹ e (ii) proibição de troca de informações sensíveis.⁴² Até o momento, o CADE julgou apenas um caso envolvendo a prática de *gun-jumping*. Assim, antes de abordar a experiência brasileira, analisar-se-á o tratamento do assunto nos Estados Unidos, onde a discussão é mais desenvolvida.

No tratamento do *gun-jumping* com relação à manutenção das condições concorrenciais entre as partes, a análise das autoridades norte-americanas é focada principalmente nos conceitos de *beneficial ownership* e *operational control*.

A ideia de *beneficial ownership* refere-se, de forma geral, a quatro fatores que são identificados como consequência da propriedade do ativo-alvo: (i) benefício de obter ganho advindo do ativo; (ii) risco de assumir prejuízos gerados pelo ativo; (iii) assunção de direitos de voto relacionados ao ativo; e (iv) direito de dispor do ativo adquirido.⁴³ Embora tais fatores tenham sido elaborados tendo em mente a aquisição de valores mobiliários, eles também têm sido utilizados como referência em operações envolvendo outros tipos

41. Cf. art. 88, § 4.º, da Lei 12.529/2011.

42. Vide art. 108, § 2.º, da Resolução do CADE 1/2012.

43. Tais fatores estão dispostos no *Statement of Basis and Purpose Implementing Title II of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976*.

de ativos.⁴⁴ Assim, as partes de uma operação incorrerão na infração de *gun-jumping* sempre que transferirem qualquer tipo de *beneficial ownership* antes da aprovação da operação pela autoridade concorrencial.⁴⁵

A questão foi abordada pelos órgãos norte-americanos em dois casos envolvendo a Atlantic Richfield Co. (ARCO).⁴⁶ O primeiro caso relaciona-se com a venda de uma das subsidiárias da ARCO, que atuava na produção de sementes. A ARCO transferiu à compradora, antes da aprovação concorrencial, ações equivalentes a 49% do capital social de sua subsidiária, tendo transferido os 51% restantes a um agente depositante. O comprador, por sua vez, pagou diretamente à ARCO o preço referente à parcela do capital social da subsidiária efetivamente transferida (49%) e depositou o restante do preço em conta depósito. O segundo caso refere-se à aquisição pela ARCO de determinados ativos, em que a sociedade pagou o preço acordado com a vendedora antes da aprovação da operação. A vendedora comprometeu-se a seguir no curso ordinário de seus negócios e as partes acordaram que, caso a ARCO fosse proibida de adquirir os ativos em razão de decisão desfavorável das autoridades concorrenciais, um terceiro (*trustee*) os venderia a outro comprador, transferindo os valores da venda à ARCO. O desfecho do caso foi alvo de críticas em razão de, dada a complexidade da operação, não ter deixado claro exatamente qual fator ocasionou a infração de *gun-jumping*. No entanto, diante das críticas, as autoridades norte-americanas declararam que a análise do *gun-jumping* é feita *casuísticamente e, portanto, importa em certo grau de indefinição*.⁴⁷ Não obstante, em ambos os casos, as autoridades americanas entenderam que houve transferência de *beneficial ownership* antes da aprovação da operação.

44. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Premier Coordination: the emerging law of gun jumping and information exchange*. Chicago, Illinois, 2006, p. 15.

45. Nesse contexto: “Under Section 7A the merging firms are not permitted to engage in conduct that effectively transfers beneficial ownership of the acquired business until the Hart-Scott-Rodino waiting period has ended”. BLUMENTHAL, William. *The rhetoric of gun-jumping* [discurso de 10 de novembro de 2005]. Annual Antitrust Seminar of Greater New York. Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate Counsel, New York, p. 7.

46. Os detalhes dos casos aqui expostos foram relatados em: MORSE, M. Howard. Mergers and acquisitions: antitrust limitations on conduct before closing. *The Business Lawyer*, Washington, v. 57, n. 4, p. 1469 e ss., ago. 2002; e AMERICAN BAR ASSOCIATION, op. cit., p. 123 e ss.

47. Cf. MORSE, op. cit., p. 1470.

As autoridades norte-americanas também punem o *gun-jumping* utilizando o conceito de transferência de *operational control*,⁴⁸ entendido como a implementação por meio da integração prematura dos negócios das partes envolvidas ou a assunção pelo comprador de controle significativo sobre a administração, operação ou tomada de decisões do ativo-alvo.⁴⁹ Atos geralmente considerados como transferência de *operational control* incluem “substituição da gestão do vendedor pela gestão do comprador, concessão ao vendedor de autoridade para tomada de decisão sobre ativos concorrencialmente sensíveis do vendedor, direito do comprador de negociar em nome do vendedor, concordância das partes em agir no seu interesse em comum e apresentação das partes como uma só”.⁵⁰

Em um dos principais casos relacionados à transferência prematura de *operational control*,⁵¹ as autoridades americanas consideraram que as partes de uma operação incorreram em *gun-jumping* em razão dos seguintes fatores: (i) a compradora fez circular um memorando interno anunciando imediata reorganização, indicando funcionários da sociedade adquirida para posições em suas equipes; (ii) funcionários da vendedora mudaram-se para escritórios da compradora e receberam novos cartões de visitas, que foram distribuídos a clientes; (iii) ligações telefônicas foram atendidas na vendedora sob o nome da compradora; e (iv) o presidente da vendedora viajou e resolveu assuntos comerciais em nome da compradora.

Além da obrigação de manterem-se independentes até a aprovação concorrencial, as partes também têm a obrigação de não trocar informações concorrencialmente sensíveis. No entanto, essa obrigação não pode ser entendida de forma absoluta, tendo em vista que, durante o processo de avaliação do ativo-alvo (*due diligence*) e negociação dos instrumentos contratuais da operação, algumas informações são compartilhadas pelas partes.

A troca de informações durante as negociações, quando efetuada com o intuito de viabilizar a operação, é usual e insere-se no contexto da boa-fé contratual. Nesse sentido, as autoridades de defesa da concorrência norte-

48. “A firm that takes ‘possession’ or ‘control’ or has ‘influence over the direction of the business’ to be acquired in a transaction or holds itself out to customers and the public as having combined before the expiration of the applicable waiting period may be alleged to violate the HSR Act”. Cf MORSE, op. cit., p. 1470.

49. AMERICAN BAR ASSOCIATION, op. cit., p. 43.

50. Traduzido do original em inglês em: AMERICAN BAR ASSOCIATION, op. cit., p. 43-44.

51. Para um resumo deste e outros casos relacionados à transferência de *operational control*, cf. MORSE, op. cit., p. 1472.

-americanas diferenciam atos necessários para manter a essência da operação (*ancillary*), daqueles que não são essenciais.⁵² Assim, a troca de informações somente seria considerada *gun-jumping* quando seu escopo “transbordasse” (*spill over effect*) a esfera da boa-fé, isto é, quando medidas legítimas para facilitar a transição ou para avaliar questões pendentes pudessem resultar no acesso a informações concorrenciais sensíveis.⁵³

No Brasil, o CADE analisou a questão do *gun-jumping* no Ato de Concentração 08700.005775/2013-19,⁵⁴ referente à aquisição, pela OGX Petróleo e Gás S.A., de 40% de participação no Bloco BS-4,⁵⁵ detida pela Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras (Caso OGX). No caso, o CADE entendeu que o instrumento contratual que formalizou a operação permitiu o compartilhamento de informações sensíveis entre as partes e a influência de uma parte sobre a outra,⁵⁶ além de não ter previsto a aprovação do CADE como condição suspensiva para implementação da aquisição.⁵⁷ Apesar de ter omitido as disposições contratuais que levaram à configuração do *gun-jumping*, o CADE determinou que as infrações relacionavam-se a atos meramente administrativos e que, portanto, não tinham potencial anticompetitivo.⁵⁸ Por essa razão,

52. “Where premerger coordination is reasonably necessary to protect the core transaction, the conduct is assessed under the rule of reason”. Cf. BLUMENTHAL, op. cit., p. 8.
53. Segundo BLUMENTHAL, op. cit., p. 10: “It refers to situations where competitors are engaging in conduct (in this instance, information exchange and related planning discussions) for legitimate purposes, but where the conduct cannot be strictly contained and instead spills over into competitive activities, where it may have adverse effects”.
54. Ato de Concentração 08700.005775/2013-19, Conselheira relatora Ana de Oliveira Frazão, aprovado mediante celebração de acordo em controle de concentração em 28/08/2013.
55. Apesar de controversa, não será discutida neste estudo – por situar-se fora de seu escopo – a questão do enquadramento da operação como ato de concentração, tendo em vista a possível isenção para este tipo de aquisição prevista no parágrafo único do art. 90 da Lei 12.529/2011.
56. Nesse sentido, vide p. 2 e 3 do voto proferido pela Conselheira relatora Ana de Oliveira Frazão, p. 4, 5 e 6 do Parecer técnico 205 da Superintendência-Geral do CADE e p. 7 a 10 do Parecer 182/2013 da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE.
57. Cf. parágrafo 22 do Parecer técnico 205 da Superintendência-Geral do CADE.
58. Cf. p. 10 do voto proferido pela Conselheira relatora Ana de Oliveira Frazão.

a autarquia decidiu pela imposição de multa, sem declaração de nulidade dos atos praticados.⁵⁹

3.2 *Atos até o fechamento de operações*

Como já mencionado, os negócios jurídicos apresentados ao CADE para aprovação são complexos e geralmente envolvem um feixe de atos e obrigações assumidos pelas partes. Ademais, em operações sujeitas à aprovação concorrencial, o período entre a data de assinatura e o fechamento (i.e., efetiva implementação do negócio jurídico) pode durar semanas ou até meses. Durante tal período, embora o comprador/investidor já tenha se comprometido a adquirir ou investir em determinado ativo mediante a implementação de certas condições suspensivas, a propriedade do ativo em questão permanece com o vendedor/investido para todos os efeitos. Por essa razão, o comprador/investidor geralmente estabelece as seguintes precauções nos instrumentos contratuais da operação para garantir a integridade do ativo até a data de fechamento: (i) exigência da execução de determinados atos pelo vendedor/investido até a data de fechamento; e (ii) inexistência de efeitos adversos materiais na data de fechamento.⁶⁰ Enquanto os atos até o fechamento impostos pelo comprador têm o intuito de diminuir os riscos da operação ao estabelecer certo grau de

59. A decisão do CADE corrobora o entendimento de Roberto Taufick, que em seus comentários à Lei 12.529/2011 afirmou que a penalidade disposta no § 3.º do art. 88 “em verdade, não se trata de nulidade, mas de anulabilidade”. Vide TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 439.

60. A cláusula de efeito adverso relevante, na realidade, possui uma dupla função, conforme exposto a seguir: “In the first, the MAC or MAE definition serves as a qualifier for various representations and a carve-out for covenants, defining a threshold for determining the scope of disclosure or compliance. For example: ‘The Company’s contracts are in full force and effect, except as would not have a Material Adverse Effect.’ In the second, the MAC provision is used to delineate the circumstances that, upon their occurrence, permit a buyer to withdraw from the transaction without penalty. This latter use is known in common parlance as the ‘MAC out’ and appears in the buyer’s conditions precedent to close, i.e., ‘there shall not have occurred a Material Adverse Change in the Company.’ The effects of the MAC out are then tempered by a listing of specific events, the ‘MAC exceptions,’ that preclude a buyer from backing out of a deal or renegotiating even if a MAC has occurred. Together, the MAC out and the MAC exceptions serve to allocate and fine tune the risk of loss between buyer and seller resulting from adverse changes, if any, in the seller’s business between signing and closing”. NIXON PEABODY. *2010 Nixon Peabody MAC Survey*. Disponível em: <http://www.nixonpeabody.com/files/MAC_Survey_2010.pdf>. Acesso em: 15 set. 2013.

controle sobre o ativo, as cláusulas de efeito adverso material servem como mecanismo de realocação de risco, mantendo o incentivo do vendedor em preservar o ativo até a implementação da operação.⁶¹⁻⁶²

Nesse contexto, em operações de aquisição ou investimento, o vendedor/ investido geralmente compromete-se, até a data de fechamento:⁶³ (i) a continuar a operar no curso ordinário dos negócios, em consonância com práticas passadas; (ii) a não adotar medidas que possam causar efeito adverso material nos negócios; (iii) a não celebrar contratos com compras volumosas ou de longo prazo; e (iv) a adotar (ou deixar de adotar) outras condutas com o intuito de preservar o valor do ativo a ser adquirido ou investido.⁶⁴

Na medida em que impõe restrições à condução dos negócios pelo vendedor ou investido, a cláusula de atos até o fechamento pode conferir certo grau de controle ao comprador ou investidor sobre o ativo-alvo antes da aprovação concorrencial. No entanto, tais restrições não devem ser consideradas como ilegais de forma absoluta à luz dos §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011. Nesse sentido, devem ser interpretadas tendo em vista a proteção do investimento, no âmbito do dever de diligência do administrador.

61. DENIS, David J.; MACIAS, Antonio J. *Material adverse change clauses and acquisition dynamics*. Disponível em: <<http://krannert.purdue.edu/programs/phd/working-papers-series/2010/1242.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.
62. Não há nenhum empecilho – na perspectiva do *gun-jumping* – para o estabelecimento de cláusulas de efeito adverso material, independentemente do seu conteúdo. Esse aspecto contratual insere-se no âmbito da autonomia privada das partes. No entanto, o conceito de efeito adverso material é, por vezes, utilizado para qualificar atos que o vendedor ou investido não pode adotar. Por exemplo, uma parte pode proibir a outra de realizar operações que possam causar um efeito adverso material.
63. Cf. LIEBESKIND, Richard. *Gun-jumping: antitrust issues before closing the merger* [discurso de 8 de agosto de 2003]. San Francisco: ABA Annual Meeting, p. 8-9.
64. A extensão da lista de restrições impostas ao vendedor pelo comprador dependerá da complexidade da operação. Assim, as partes podem negociar uma lista de itens que serão sujeitas ao compromisso de seguir no curso ordinário dos negócios: “An ordinary course of business clause is a merger agreement provision that requires the seller to operate its business in the ordinary course consistent with past practices and is often accompanied by an itemized list or schedule of contracts, expenditures, or other conduct identifying particular aspects of what will be deemed to be the ordinary course”. AMERICAN BAR ASSOCIATION, op. cit., p. 234.

3.3 Gun-jumping e a proteção do investimento

Conforme demonstrado até aqui, o administrador possui um dever de diligência, proveniente de sua relação fiduciária com sócios, acionistas ou investidores que lhe impõe determinado padrão de conduta, alinhado com o interesse social da sociedade sob sua gestão. Assim, além de conduzir atividades operacionais, o administrador deve identificar ativos que sejam estratégicos para a sociedade. Adicionalmente, uma vez que tal ativo seja identificado, é obrigação do administrador adotar medidas e precauções para protegê-lo entre a data de assinatura dos instrumentos contratuais da operação e a data de fechamento.

As mesmas premissas aplicam-se às operações submetidas ao CADE, com a exceção de que a extensão das medidas para a proteção do investimento até o fechamento encontra limites na obrigação legal de manutenção das condições de competição até a aprovação concorrencial, à qual a efetividade do negócio jurídico é condicionada.

Desse modo, considerando a concepção da obrigação como um processo – no qual incidem deveres anexos, obrigações principais e acessórias – e o dever de diligência e cuidado do administrador, a proibição disposta nos §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011 não deve ser interpretada de forma absoluta. As restrições impostas ao vendedor ou investido até a data de fechamento em operações de aquisição ou investimento devem ser consideradas lícitas na medida em que tiverem o intuito de proteger o ativo-alvo e, conseqüentemente, o investimento.

Tal flexibilidade é benéfica não só no contexto do dever de diligência do administrador, como também no âmbito do bem-estar social. Conforme relatado por Eduardo Munhoz,⁶⁵ as operações de aquisição (e acredita-se que o mesmo seja aplicável a investimentos) têm como motivação a correção de ineficiências e a criação de sinergias a partir da identificação de ativos estratégicos. Assim, é socialmente aceitável e benéfico que o comprador/investidor imponha restrições sobre o vendedor/investido para proteger o ativo-alvo e seu caráter estratégico durante o período entre a assinatura dos instrumentos contratuais da operação e o seu fechamento.

Uma proibição inflexível e absoluta à imposição de atos e a restrição à condução de negócios até o fechamento de operações negociada entre as partes é irrazoável e poderá causar prejuízos ao bem-estar social, diminuindo os incentivos para que agentes econômicos adquiram ou invistam em ativos estratégicos. A proibição somente deveria ser aplicável nos casos em que a cláu-

65. MUNHOZ, op. cit., p. 135 e ss.

sula de atos até o fechamento fuja ao intuito de proteção do investimento, entrando no âmbito de coordenação efetiva entre as partes.⁶⁶

4. Conclusão

As operações submetidas ao CADE caracterizam-se pelo alto nível de complexidade, envolvendo um feixe de obrigações e atos assumidos pelas partes. Além disso, devido à exigência de as partes manterem-se independentes até a aprovação do CADE, existe um longo período entre a data de assinatura dos instrumentos contratuais que formalizam a operação e a data de seu fechamento (i.e., efetiva implementação do negócio jurídico).

No caso específico das operações de aquisição e investimento, há uma alocação desigual de riscos durante o período entre a assinatura dos instrumentos contratuais e o fechamento da operação. Por este motivo, o comprador/investidor estabelece restrições aos atos do vendedor ou investido na condução de suas operações, com o objetivo de promover uma alocação mais justa dos riscos e proteger o valor estratégico do ativo-alvo.

Embora os §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011 proíbam a coordenação entre as partes de uma operação antes de sua aprovação pelo CADE, tal proibição não pode ser interpretada de maneira absoluta. Desse modo, considerando o dever de diligência do administrador e o bem-estar social, devem ser aceitas as restrições aos atos do vendedor ou investido até o fechamento de uma operação, quando o seu intuito for a proteção do ativo-alvo e, consequentemente, do investimento.

Bibliografia

- AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Premerger coordination: the emerging law of gun jumping and information exchange*. Chicago, Illinois, 2006.
- BLUMENTHAL, William. *The rhetoric of gun-jumping* [discurso de 10 de novembro de 2005]. Annual Antitrust Seminar of Greater New York. Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate Counsel, New York.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

66. Um exemplo de restrições que extrapolam o intuito de proteção do ativo-alvo pode ser encontrado no caso *United States v. Computer Associates Int'l, Inc.*, no qual as autoridades concorrenciais norte-americanas entenderam que algumas restrições impostas pela Computer Associates nos instrumentos contratuais de uma operação lhes fornecia o poder para aprovar termos, condições e preços, assim como para controlar os tipos de contratos que a outra parte poderia celebrar. Cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION, op. cit., p. 38-39.

- BRASIL. Lei 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1.º de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. RT, 1976.
- DENIS, David J.; MACIAS, Antonio J. *Material adverse change clauses and acquisition dynamics*. Disponível em: <<http://krannert.purdue.edu/programs/phd/working-papers-series/2010/1242.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Rio de Janeiro: Ed. RT, 2011. v. 1.
- LIEBESKIND, Richard. *Gun-jumping: antitrust issues before closing the merger* [discurso de 8 de agosto de 2003]. San Francisco: ABA Annual Meeting.
- MORSE, M. Howard. Mergers and acquisitions: antitrust limitations on conduct before closing. *The Business Lawyer*, Washington, v. 57, n. 4, p. 1463-1486, ago. 2002.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NIXON PEABODY. *2010 Nixon Peabody MAC Survey*. Disponível em: <http://www.nixonpeabody.com/files/MAC_Survey_2010.pdf>. Acesso em: 15 set. 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2013 – 2.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

CARTÉIS DE EXPORTAÇÃO: UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO DAS ISENÇÕES NO CONTEXTO INTERNACIONAL

JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES

Resumo:

O presente estudo teve como objetivo abordar a prática dos cartéis de exportação. Os cartéis de exportação são tratados como isenções antitruste em grande parte das jurisdições. Os estudos apontam que os cartéis de exportação podem gerar distorções ao comércio internacional, especialmente aos países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento. Contudo, o tema tem sido pouco debatido em razão de suas particularidades, uma vez que, muitas vezes, conta com o apoio governamental. Por fim, observa-se que o tema precisa de tratamento adequado, considerando seus possíveis reflexos no comércio internacional.

1. Cartel de exportação

De acordo com a OCDE, cartel de exportação é um acordo ou arranjo entre empresas que combinam cobrar um preço específico de exportação e/ou dividir mercados de exportação.¹ A OCDE explica que muitas leis de concorrência dão isenção a esse tipo de conduta, desde que o cartel não produza efeitos prejudiciais à concorrência no mercado doméstico, como, por exemplo, a redução das exportações. A anuência aos cartéis de exportação reside no fato de estes supostamente facilitarem a penetração nos mercados estrangeiros, além de possibilitar a transferência de renda dos consumidores estrangeiros aos produtores nacionais, favorecendo a balança comercial dos exportadores.²

1. OCDE. *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, p. 43. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2013.
2. “A justificativa para a permissibilidade do cartel de exportação é que ele pode facilitar uma penetração cooperativa nos mercados externos, a transferência de renda dos consumidores estrangeiros aos produtores nacionais e resultar em um saldo

Nem sempre é uma tarefa trivial separar, entre as condutas, aquelas que caracterizam um cartel de exportação. Na tentativa de explicar as características dos cartéis de exportação – e até mesmo indicar uma classificação – a OCDE destacou a necessidade de se fazer uma distinção entre cartéis públicos e privados.³ De acordo com Amato, os cartéis de exportação domésticos (nacionais) são acordos entre empresas estabelecidas em um país que operam no mesmo mercado de produto, e que combinam não competir entre elas quando exportam seus produtos (que são substituíveis entre si).⁴

A OCDE também tem conhecimento de que muitas leis de defesa da concorrência isentam esses acordos das disposições geralmente aplicáveis aos cartéis, desde que esse tipo de cartel não produza efeitos prejudiciais à concorrência no mercado interno, tais como dar origem a acordos de fixação de preços ou resultar na redução das exportações.⁵ As típicas atividades dos cartéis de exportação instituídos por associações podem englobar as seguintes atividades: (i) acordos exclusivos de exportação, (ii) recusa da associação para exportações de não membros, (iii) fixação dos preços de revenda, (iv) fixação de quotas dos distribuidores internacionais, (v) acordos de fixação de preços.⁶

Os cartéis de exportação podem ser formados por produtores de um único país ou podem ser cartéis internacionais formados por produtores de diversos países, mas com um mercado alvo que não é mercado doméstico dos membros. De acordo com Becker, se os cartéis de exportação também pro-

comercial favorável” (tradução livre). OCDE. *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, cit., p. 43-44.

3. “Uma distinção deve ser feita entre os cartéis públicos e privados. No caso de cartéis públicos, o governo pode estabelecer e fazer cumprir as normas relativas a preços, produção e outras questões. Cartéis de exportação e associações marítimas são exemplos de cartéis públicos. Em muitos países, cartéis de depressão têm sido autorizados em indústrias consideradas a exigir preço e estabilidade de produção e/ou para permitir a racionalização da estrutura da indústria e do excesso de capacidade. No Japão, por exemplo, esses acordos foram permitidos no caso do aço, fundição de alumínio, construção naval e várias indústrias químicas”. OCDE. *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, cit., p. 19.
4. AMATO, Filippo. International antitrust: what future? *Journal of World Competition*, v. 24, n. 4, 2001, p. 455.
5. OCDE. *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, cit., p. 43.
6. Nesse sentido, veja-se a decisão: *US v. Minnesota Mining & Manufacturing Co*, 92 F. Supp. 947 (D. Mass. 1950).

duzem efeitos no mercado doméstico, são chamados de “cartéis mistos”.⁷ No mesmo sentido, Kroll explica que os cartéis de exportação podem ser considerados internacionais quando seus membros estão localizados em diferentes países. Além disso, podem ser considerados “puros” se apenas mercados internacionais são afetados, ou “mistos” se os mercados domésticos também são afetados.⁸

Considerando a perspectiva de um participante (membro do cartel), a estratégia objetivada por meio dos cartéis de exportação pode ser uma tentativa: (i) de captura de novos mercados externos; (ii) de resposta aos monopólios estrangeiros; ou (iii) de resposta às restrições governamentais estrangeiras ao comércio.⁹ Conforme explica Wins, para sustentar um cartel de exportação pressupõe-se que seus membros tenham *market power*, uma vez que, sem isso, seria difícil um controle eficiente das exportações.¹⁰ De fato, a presença de poder de mercado é analisada também nos casos dos cartéis internacionais chamados *hard-core*, tratando-se de variável comum na análise das condutas supostamente anticompetitivas.¹¹

7. BECKER, Florian. The case of export cartel exemptions: between competition and protectionism. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 97, 2007, p. 101.
8. KROLL, Daniela. *Toward multilateral competition law? – after Cancún: reevaluating the case for additional international competition rules under special consideration of the WTO agreement*. Frankfurt am Main/New York: Peter Lang, 2007. p. 67.
9. KROLL, op. cit., p. 67.
10. WINS, Henning. *Eine internationale Wettbewerbsordnung als Ergänzung zum GATT*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p. 52.
11. Veja-se documento da OMC que defende que o conceito de cartel internacional *hard-core* deve também ser diferenciado do conceito de cartéis de exportação e importação: “Os cartéis de exportação fixam preços ou quantidades produzidas nos mercados exportadores das firmas participantes, mas não nos seus mercados domésticos. Os cartéis de importação objetivam a regulação dos preços ou outras condições dos bens e serviços que são importados nos mercados domésticos das firmas participantes. Em contraste, os cartéis internacionais geralmente fixam preços, produção, ou outras dimensões competitivas em vários mercados nacionais, que frequentemente incluem mas não se limitam aos países domésticos das firmas participantes. Outro traço diferenciado é que os cartéis de exportação possuem isenção nas leis nacionais de concorrência em muitos mercados, em alguns casos sob a condição de registro público, enquanto os cartéis internacionais frequentemente são ilegais e são tipicamente mantidos sob sigilo até que sejam investigados e tornados públicos. WT/WGTCP/W/191, p. 2 (tradução livre). WTO. WT/WGTCP/W/191, p. 2.

Na perspectiva da política de concorrência, as práticas restritivas ao comércio com dimensão internacional merecem bastante atenção. Vale observar que, geralmente, as restrições aos mercados de exportação não afetam diretamente a concorrência nos países exportadores, ao mesmo tempo em que há pouca ação contra essas práticas nesses países justamente pela ausência de efeitos sentidos internamente.

Como os cartéis de exportação afetam principalmente a concorrência no mercado de destino (mercado de exportação), o país de origem não tem interesse em sancionar esses cartéis, sendo que, como já mencionado, pode até apoiar tais práticas. Para que os efeitos e o potencial lesivo sejam analisados, os cartéis de exportação necessitam ser pesquisados também no que se refere ao mercado geográfico afetado e à nacionalidade de seus membros (veja-se, por exemplo, que esses dados poderiam diferenciá-los entre “puros” ou “mistos”). Isto porque, a depender da situação e de eventuais acordos comerciais firmados (bilaterais ou multilaterais), o resultado de tal análise levará a medidas de repressão a tais práticas por parte das autoridades de concorrência dos países de origem, ou legitimará a utilização de mecanismos de retaliação comercial por parte dos países de destino.

Não se pode ignorar que, considerando seus efeitos econômicos, os cartéis de exportação podem estar ligados aos subsídios à exportação ou outras ajudas nesse sentido.¹² Os cartéis de exportação até poderiam ser comparados aos subsídios na medida em que, ao deixarem de aplicar a legislação antitruste, os Estados acabam também por revesti-los de uma vantagem comparativa artificial que impactará diretamente em seu desempenho no plano internacional. Por meio de uma conduta muitas vezes omissa, os Estados acabam por atribuir a um dado setor da economia, ou a um dado grupo de agentes econômicos, vantagens sobre outros agentes econômicos concorrentes situados em outras jurisdições.

Assim, se de um lado os subsídios muitas vezes distorcem o comércio internacional, os cartéis de exportação podem, igualmente, gerar distorções que precisam ser mais bem investigadas para que se identifiquem os problemas principais gerados por essas condutas e, também, as possíveis alternativas de mitigá-los em um contexto internacional.

Apesar de os cartéis de exportação e os subsídios terem o potencial de distorcer a concorrência em prejuízo dos mercados e competidores externos, apenas os subsídios são regulados internacionalmente pela OMC por meio do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC). Portanto, até o momento, não há nenhuma regulação no GATT/OMC que explicitamente proíba

12. No mesmo sentido, veja-se BECKER, op. cit., p. 101.

os membros ou os condene por permitir a conduta concertada dos exportadores que se organizam em cartéis de exportações.

O documento WT/WGTCP/W/191 da OMC aponta também que as vítimas dos cartéis de exportação incluem países em desenvolvimento que importam bens ou produtos de consumo. Há mais efeitos deletérios que podem ser observados, mas ainda não existe clareza sobre todos os efeitos ou a extensão desses efeitos ou danos potenciais da conduta.¹³

Em análise voltada aos países em desenvolvimento, Bhattacharjea indicou os seguintes fatores como necessários à avaliação de se um cartel de exportação é benéfico ou maléfico ao país importador: a) se (o cartel) representa um novo entrante, b) a natureza das “possíveis” eficiências; c) a estrutura de mercado, d) a elasticidade da demanda, e) o grau de penetração das importações e f) o nível das tarifas vigentes no país importador.¹⁴

Vale esclarecer também que o cartel de exportação não se confunde com a prática de *dumping*:¹⁵ trata-se de fenômenos distintos, embora possam até ocorrer simultaneamente. Há um caso interessante levado à OMC pela Comunidade Europeia que envolveu o *Anti-Dumping Act of 1916* dos

13. O ponto também destacado é que a extensão de tais cartéis e seus efeitos deletérios sobre o comércio e desenvolvimento podem ser maiores que os amplamente conhecidos, já que alguns países insistem em não registrar tais cartéis; eles simplesmente fecham os olhos em relação a eles. Por outro lado, o ponto de vista que tem sido expresso é de que a extensão do dano causado pelos cartéis de exportação é menor do que às vezes se pensa, que nem todos os consórcios relacionados à exportação ou arranjos similares fixam preços ou exercem poder de mercado. Em todo caso, estes parecem causar menos preocupação que outras situações em que tanto os mercados domésticos quanto de exportação estão sujeitos à cartelização. [...] cartéis estritamente relativos a mercado de exportação podem estar fora da jurisdição dos “países de origem” na medida em que seus efeitos podem ser mais sentidos no exterior do que nos mercados dos países de origem. (tradução livre). WTO. WT/WGTCP/W/191, p. 5.
14. BHATTACHARJEA, Aditya. *Export cartels – a developing country perspective*. Working Paper n. 120. Centre for Development Economics, p. 34, Jan. 2004.
15. O *dumping* é definido pelo GATT 1994, em seu artigo 6.1, quando os produtos são exportados abaixo do valor normal, isto significa: (i) valor abaixo de valor do produto similar (*like product*) destinado ao consumo no país exportador; (ii) valor menor do que o maior preço comparado com produto similar para exportação; ou (iii) valor abaixo do valor de produção no país de origem adicionando os custos de venda e lucros (i.e., custos de frete e tributos). O cartel de exportação “puro”, não necessariamente implica a prática de preços inferiores ao chamado “valor normal”.

EUA.¹⁶ Apesar de não haver registro de uma aplicação exitosa dessa lei, a Comunidade Europeia questionou na OMC a legalidade de se processar produtores europeus com base nessa lei.¹⁷ Interessante também observar que o próprio CADE já mencionou que o *Anti-Dumping Act of 1916* possuía uma interface com o direito antitruste na conceituação do que seria o “dumping predatório”.¹⁸

No caso analisado referente ao *Antidumping Act*, a Comunidade Europeia defendeu que os procedimentos para impor medidas *antidumping* com base no artigo VI do GATT e do Acordo Antidumping da OMC eram os únicos remédios que poderiam ser aplicados às violações de dumping.¹⁹ Essa decisão mostra como regras multilaterais específicas limitam ações isoladas dos membros da OMC (o que não ocorre com os cartéis de exportação).

A ação de um cartel de exportação “puro” pode culminar em preços mais baixos no mercado de destino. Nesse caso, se os preços praticados pelo cartel de exportação no mercado de destino forem inferiores aos preços praticados pelos membros do cartel (individualmente considerados) no mercado doméstico, poderá ser aventada a hipótese de dumping, desde que preenchidos os demais requisitos legais (i.e., dano e nexa causal).

16. Tratava-se de uma extensão da legislação antitruste que em 1921 foi alterada (*US Antidumping Act*), trazendo como inovação à apuração de direitos antidumping um caráter mais administrativo e esclarecendo alguns conceitos como “dano à indústria”.
17. WALLER, Spencer Weber; KESSLER, Jeffrey L. *International Trade and U.S. anti-trust law*. Eagan, MN: Thomson/West, 2004-2005. p. 170.
18. A prática de dumping predatório, consistente na redução dos preços com o objetivo de eliminar a concorrência no mercado importador e impedir o ingresso de novos concorrentes pelo estabelecimento de barreiras à entrada, é condenável sob o aspecto econômico por trazer sérios prejuízos a longo prazo, eliminando a concorrência e favorecendo o estabelecimento de monopólio. Contudo, raramente o dumping predatório se verifica na prática, pois são inúmeros os requisitos para que esta conduta seja sustentável. [...] O dumping logo se dissociou da conotação de predação, e seu significado jurídico se tornou mais abrangente. CADE. Declaração de Voto do Presidente Arthur Badin. Medida Inominada 08700.001571/2009-22. Requerente: Itap Bemis Ltda., 2009, p. 308-309.
19. WTO. Panel Report, *United States – Anti-Dumping Act of 1916 – Complaint by the European Communities*, WT/DS136/R and Corr.1, adopted 26 September 2000, as upheld by the Appellate Body Report, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R.

2. As isenções aos cartéis de exportação

Sobre as isenções dadas aos cartéis de exportação, cabe mencionar estudo realizado por Levenstein e Suslow, que pesquisaram os dados referentes a esse assunto em 56 países. As isenções aos cartéis de exportação foram classificadas em: isenções explícitas, isenções implícitas e isenções não oficiais (ou não previstas em lei).

Os países selecionados englobam todos os países-membros da OCDE, os países da CE e alguns países em desenvolvimento (conforme classificação do Banco Mundial). A pesquisa identificou que, dos 56 países pesquisados, 17 ofereciam aos exportadores envolvidos em cartéis de exportação isenção nas leis nacionais de concorrência,²⁰ enquanto 33 países isentavam essas atividades de forma implícita.²¹

As isenções explícitas são criadas quando uma lei explicitamente exclui os cartéis de exportação.²² Existem dois tipos de isenções explícitas: a primeira requer notificação ou autorização, enquanto a segunda dispensa essa formalidade. A notificação geralmente requer uma permissão do governo para que as empresas participem da prática, pois sem essa permissão haveria uma violação da lei nacional antitruste.²³

Os países desenvolvidos estão cada vez menos tendentes a conceder essas isenções de forma explícita. Contudo, isto não deve ser interpretado como uma aceitação de que as isenções aplicadas aos cartéis exportadores constituem práticas desleais, mas sim que a concessão implícita é mais vantajosa estrategicamente.²⁴

A isenção explícita tem com vantagem principal a transparência, pois não apenas o público em geral, mas também os concorrentes e os “alvos” das condutas podem ter acesso a essa informação (e eventualmente preparar medidas compensatórias). Da mesma forma, a autoridade nacional pode supervisionar

20. Na década de 1990 cerca de um terço dos países que possuíam isenções explícitas tinham exigência de notificação. Waller e Kessler observaram, em 1988, que países como o Japão, a Alemanha e o Reino Unido possuíam mecanismos de registro dos acordos, sem contar os EUA. Cf. WALLER e Kessler, op. cit., p. 109-110.

21. A pesquisa indicou ainda que três países não possuíam qualquer menção na legislação sobre isenções e três não possuíam sequer legislação antitruste. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *The changing international status of export cartels exemptions*. Ross School of Business Working Paper Series. Working Paper Series n. 879. University of Michigan, p. 1, Nov. 2004.

22. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 13.

23. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 13.

24. Cf. BECKER, op. cit., p. 112-113.

as atividades dos membros do cartel para ter certeza de que referido o cartel de exportação não produz seus efeitos no mercado doméstico.²⁵

Assim, o governo dos EUA, por exemplo, explica que as isenções “oficiais, principalmente as denominadas “explícitas” supostamente não teriam uma das características do que seria tradicionalmente considerado como um cartel *hard-core*.”²⁶

2.1 Estudo comparado – tratamento das isenções em diferentes jurisdições

No Canadá, a lei de concorrência traz um bom exemplo de isenção explícita sem a necessidade de notificação. De acordo com a lei canadense, conluíus relacionados apenas à exportação de produtos provenientes do Canadá estão fora do escopo da Lei Antitruste.²⁷ Os exportadores podem perder o benefício se o acordo resultar, ou tiver o potencial de resultar, em redução ou limitação “do valor real das exportações de um produto”.²⁸ Como não há necessidade de notificação, pela pesquisa realizada por Levenstein e Suslow não foi possível avaliar quantos exportadores obtiveram a vantagem dessa isenção antitruste.²⁹

Ocorre algo similar na Islândia, uma vez que também não é necessária a notificação de cartéis de exportação. Trata-se de uma isenção explícita, conforme expresso na lei.³⁰ Outro exemplo interessante é o da Austrália, que, assim como os EUA, permite isenção explícita para cartéis de exportação, mas requer que as empresas completem um requerimento para notificação seguindo o que está disposto no *Export and Trade Practices Act 1974*.³¹

25. A necessidade de consentimento ou permissão pelo menos altera o ônus da prova para a administração ou qualquer autor privado, porque a agência aceita ativamente o comportamento como legal. Cf. BECKER op. cit., p. 113.

26. Essa opinião foi dada pelo governo dos EUA em reunião na OMC. Cf. WGTCP. Report on the Meeting of 20-21 February 2003 – Note by the Secretariat, WT/WGTCP/M/21. May, 2003, p. 15.

27. CANADÁ. *Competition Act*, § 45 (5), 1986.

28. Idem, ibidem. O valor real (*real value*) é diferenciado do volume de exportações.

29. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 14.

30. “Esta lei não deve se aplicar aos acordos, termos ou ações os quais somente tenham intenção de gerar efeito fora da Islândia”. ISLÂNDIA. *Competition Law. The Law Gazette A.*, n. 8/1993, as amended by Law n. 24/1994, 83/1997, 82/1998, and 107/2-0 – (Ice.), Ch. I, Article 3.

31. “To obtain an exemption, section 51(2) (g) of the Act requires that: – the provisions of the contract, arrangement or understanding relate exclusively to the export of goods from, or the supply of services outside Australia. A provision in the same agreement between the exporter and overseas buyer, that covers other aspects of export or supply (for example, a clause in the contract providing

Na Austrália, a lei de concorrência permite a isenção automática das exportações, numa análise caso a caso, de acordo com o preenchimento do requerimento (i.e., os critérios para a permissão devem ser preenchidos conforme disposto na própria lei³²). A Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) exclui das isenções explicitamente qualquer acordo relacionado ao fornecimento ou precificação no mercado doméstico.

Em Israel, também é necessário apresentar um requerimento, mas há critérios diferenciados para obter uma isenção. Vale mencionar que o governo israelense já apresentou documento à OCDE explicando que as autoridades constantemente se esforçam para restringir e cancelar as isenções.³³ Quando há revisão do pedido de isenção, o Tribunal Antitruste de Israel leva também em consideração questões de interesse público.³⁴

that the exporter will transport the goods from the point of manufacture to the point of departure in Australia) could be regarded by a court as being part of the export contract, – full and accurate details of the provisions be provided to the ACCC, – these details be submitted to the ACCC within 14 days of the contract, arrangement or understanding being made Exporters must give details of export agreements to the ACCC by providing: – a full copy of the export agreement – a copy of the actual relevant provision(s) of the export agreement or – details of the relevant provision(s) which may involve conduct prohibited by the Act.” AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. *Export agreements and the Trade Practices Act: guide to the export agreement exemption in the Trade Practices Act*, p. 3-4, Apr. 2009.

32. A Lei dispõe sobre “qualquer disposição de um contrato, acordo, ou entendimento relacionado exclusivamente à exportação de bens da Austrália, ou ao fornecimento de serviços fora da Austrália [...]”. Cf. AUSTRÁLIA. *Exports and the Trade Practices Act Guidelines to the Commission’s approach to mergers, acquisitions and other collaborative arrangements that aim to enhance exports and the international competitiveness of Australian industry*, Sept. 1997.
33. “In Israel, the existence of specific laws applicable to a particular sector does not exclude that sector from the application of the competition Laws (*see* the discussion above regarding the ‘implied immunity doctrine’). In addition, the IAA regularly advises government agencies and the Knesset on competition and regulation issues and constantly strives to restrict and cancel exemptions from competition laws. Thus, the recommended balance between the activity of the competition authority and the activity of the regulatory authorities exists, in practice, in Israel.” OCDE. State of Israel. *Position of Israel Regarding OECD Instruments*. Initial Memorandum, p. 24, Jul. 2008.
34. “10. Considerations of the Public Interest. When considering the public interest for the purposes of this Chapter, the Tribunal shall take into consideration, *inter alia*, the contribution of the restrictive arrangement to the issues listed below, and

De acordo com o estudo de Levenstein e Suslow, a África do Sul e a Tailândia, apesar de terem isenções explícitas, não chegaram a utilizar efetivamente essas isenções.³⁵ As autoras identificaram que até julho de 2004, não havia isenção em vigor. Contudo, no que diz respeito à Tailândia, a situação mostra-se diferente entre 2005 e 2010, conforme é possível observar na tabela a seguir:

Tabela 1 – Application for concerted action approval³⁶

Ano	Total – pedidos	Total – aprovado
2005	6	5
2006	10	9
2007	4	4
2008	5	5
2009	6	6
2010*	1	1

* Notificação realizada em janeiro de 2010.

whether the arrangement's expected utility to the public is substantially greater than the damage to the public or to any part thereof, or to anyone who is not party to the arrangement; the issues are: (1) Efficiency in the production and marketing of assets or services, assurance of their quality, or reduction in their price to the consumer; (2) Assurance of a sufficient supply of assets or services to the public; (3) Prevention of unfair competition by a person not party to the arrangement, which may result in a reduction in competition for the supply of the assets or services in which the parties to the arrangement are engaged; (4) Enabling the parties to the arrangement to obtain the supply of assets or services on reasonable terms from a person who controls a considerable share of the supply of such assets or services, or to supply assets or services on reasonable terms to a person Who controls the purchase of a considerable share of the supply of such assets or services; (5) Prevention of severe damage to an industry which is important to the national economy; (6) Safeguarding the continued existence of factories as a source of employment in areas in which substantial unemployment may be created as the result of their closure or a reduction in their production; (7) Improving the balance of payments of the State by reducing imports or reducing the price of imports or by increasing exports and their feasibility". ISRAEL. *Restrictive Trade Practices Act*, 1998, n. 5748, § 10.

35. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 15.

36. Tabela elaborada com base nas informações da autoridade de Taiwan. TAIWAN. *Fair Trade Law. Statistics: applications for concerted actions approval.*

A lei de concorrência na Irlanda traz um exemplo típico de isenção implícita para os cartéis de exportação. O *Irish Competition Act of 2002* estabelece que aqueles acordos entre empresas, ou decisões de associações de empresas e práticas combinadas que tenham como objeto, ou efeito, impedir, restringir ou distorcer a concorrência no comércio de bens e serviços “dentro do país, ou em qualquer parte do país” são proibidas e nulas.³⁷ A isenção da Irlanda é considerada implícita, já que a lei não faz referência aos acordos que tenham potencial de restringir ou distorcer a concorrência em outros países.

Vale lembrar que existem países que não possuem isenções previstas em lei (chamados então de “não oficiais”). Esses casos são observados nas leis de concorrência que consideram a fixação de preço como ilegal, mas não há definição exata do escopo geográfico do mercado ou não há isenção explícita permitindo a fixação de preços nas atividades de exportação. Nessa categoria podem ser incluídas as leis de Luxemburgo, da Rússia e da Tailândia.³⁸ Há ainda a situação de países que sequer possuem legislação antitruste.

Tabela 2 – Isenções (países selecionados)

País (ano de constituição da lei em vigor)	Classificação da isenção	Necessidade de notificação
África do Sul* (1998)	explícita	sim
Alemanha (1999)	implícita	não
Argentina* (1980)	implícita	não
Austrália (1974)	explícita	sim
Áustria (1988)	implícita	não
Bélgica (1991)	implícita	não
Brasil* (1994)	implícita	não
Canadá (1986)	explícita	não
Chile* (1973)	implícita	não
China*	implícita	não
Chipre	implícita	não

(continua)

37. IRLANDA. *Competition Act*, 2002, n. 14 of 2002, Part 2, § 4 (1).

38. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 17.

(continuação)

País (ano de constituição da lei em vigor)	Classificação da isenção	Necessidade de notificação
Cingapura ³⁹	não há leis	–
Coreia do Sul (1980)	implícita	não
Dinamarca (2002)	implícita	não
Egito*	não há leis	–
Espanha (1989)	implícita	não
Estados Unidos (1890)	explícita	sim
Estônia*	implícita	não
Finlândia (1992)	explícita (<i>vis-à-vis</i> , não observados os Estados membros da União Européia)	não
França (1986, alterada em 1996)	explícita	não

39. Quando elaborada a tabela pelas autoras Levenstein e Suslow, não havia lei de concorrência em Cingapura. Entretanto desde outubro de 2004 há lei antitruste: “27.1.1 The Competition Act 2004 (‘the Act’) was passed by Parliament on 19 October 2004. It is largely modeled on the UK Competition Act 1998. The objective of the Act is to promote the efficient functioning of Singapore’s markets and hence enhance the competitiveness of the economy”. Sobre as isenções aos cartéis de exportação, verifica-se que se trata de uma isenção “implícita”. A Lei estabelece o seguinte: “Exclusions under the Third Schedule: 27.2.13 The following matters are specified in the Third Schedule as being excluded from the Section 34 and 47 Prohibitions: (a) activities relating to services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly; (b) activities needed to comply with legal requirements or to avoid conflict with international obligations; (c) activities which arise from exceptional and compelling reasons of public policy such as national security, defence and other strategic interests; (d) activities which already have sector-specific competition frameworks; and (e) specified activities, some of which are carried out by persons licensed and regulated under various Acts. The specified activities are (i) the supply of ordinary letter and postcard services; (ii) the supply of piped potable water; (iii) the supply of wastewater management services; (iv) the supply of scheduled bus services; (v) the supply of rail services; (vi) cargo terminal operations; (vii) the clearing and exchanging of articles undertaken by the Automated Clearing House established under the Banking (Clearing House) Regulations; and (viii) any activity of the Singapore Clearing Houses Association in relation to its activities regarding the Automated Clearing House” (*grifos do original*).

País (ano de constituição da lei em vigor)	Classificação da isenção	Necessidade de notificação
Grécia (2000)	implícita	não
Hong Kong ⁴⁰	não há leis	–
Hungria* (1996)	implícita	não
Índia* (2002)	explícita	não
Indonésia*	explícita	não
Irlanda (2002)	implícita	não
Islândia	explícita	não
Israel (1988)	explícita	sim
Itália (1990)	implícita	não
Japão (1947, alterada em 1997)	implícita	não
Letônia*	implícita	não
Lituânia*	explícita	não
Luxemburgo	não há lei de isenção	–
Malta	implícita	não
México* (1993)	explícita	não
Holanda (1998)	implícita	não
Noruega (1993)	explícita	não
Nova Zelândia (1986)	explícita	sim
Paquistão* (1970)	implícita	não
Polônia*(1990)	implícita	não
Portugal (1993)	implícita	não
Quênia* (1988)	implícita	não
Reino Unido (1998)	implícita	não

(continua)

40. A lei de concorrência foi aprovada pelo poder legislativo em 14 de junho de 2012 e ainda está passando por um período de transição.

(continuação)

País (ano de constituição da lei em vigor)	Classificação da isenção	Necessidade de notificação
República da Eslováquia* (2001)	explícita	não
República Tcheca* (2001)	explícita	não
Rússia*	não há lei de isenção	–
Suécia (1994)	implícita	não
Suíça (1995)	implícita	não
Sri Lanka* (1987, 2003)	implícita	não
Tailândia*	não há lei de isenção	–
Taiwan (1992)	explícita	sim
Tanzânia* (1994)	implícita	não
Turquia* (1994)	implícita	não
Uruguai* (2000)	implícita	–
Venezuela* (1992)	implícita	não
Zâmbia* (1994)	implícita	não

* Países em Desenvolvimento.

A tabela ilustra bem o fato de que não existe um padrão na adoção de isenções aos cartéis de exportação, ou seja: ora elas são implícitas, ora são explícitas, ora não há nada previsto. Ao mesmo tempo, a maior parte dos países não tem um levantamento de informações consistente sobre essas atividades, o que dificulta uma análise mais profunda das condutas.

Becker entende que, ao abandonar as isenções explícitas sem ajustar o alcance da legislação concorrencial doméstica, não se está fazendo nenhuma declaração pró-competitiva sólida em favor dos mercados-alvos potenciais.⁴¹ De fato, ao abandonar procedimentos de notificação ou registro das isenções dos cartéis exportadores, há menor grau de transparência, o que prejudica as autoridades concorrenciais dos países “alvo”, que poderiam se beneficiar dessa informação para monitorar as atividades. Assim, Becker defende que seria desejável que, no caso de um país oferecer tais isenções (caso não haja uma

41. BECKER, op. cit., p. 113.

norma internacional que o impeça de assim agir), que estas sejam explícitas em prol da transparência.⁴²

É importante dizer que nos últimos dez anos alguns países modificaram suas leis de concorrência e acabaram eliminando as isenções explícitas aos cartéis de exportação, tais como: Alemanha, Coreia do Sul, Holanda, Hungria, Japão, Suécia, Suíça e Reino Unido.⁴³ Por trás dessas alterações, obviamente, existe uma questão de convergência em relação aos países-membros da Comunidade Europeia. Na Comunidade Europeia, de acordo com o novo regime estabelecido pelo Regulamento do Conselho 1/2003,⁴⁴ as isenções explícitas não se enquadram no sistema de aplicabilidade direta do artigo 81(3) do Tratado da Comunidade Europeia.⁴⁵ Observa-se que até a Turquia, que sequer possuía lei antitruste até 1994, adotou lei nos termos da Comunidade Europeia (i.e., isenção implícita).⁴⁶

42. BECKER, op. cit., p. 113

43. Nesse sentido veja-se: LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 18.

44. "In particular, there is a need to rethink the arrangements for applying the exception from the prohibition on agreements, which restrict competition, laid down in Article 81(3) of the Treaty. Under Article 83(2)(b) of the Treaty, account must be taken in this regard of the need to ensure effective supervision, on the one hand, and to simplify administration to the greatest possible extent, on the other. The centralised scheme set up by Regulation N. 17 no longer secures a balance between those two objectives. It hampers application of the Community competition rules by the courts and competition authorities of the Member States, and the system of notification it involves prevents the Commission from concentrating its resources on curbing the most serious infringements. It also imposes considerable costs on undertakings. (4) The present system should therefore be replaced by a directly applicable exception system in which the competition authorities and courts of the Member States have the power to apply not only Article 81(1) and Article 82 of the Treaty, which have direct applicability by virtue of the case-law of the Court of Justice of the European Communities, but also Article 81(3) of the Treaty." COMUNIDADE EUROPEIA. Council Regulation (EC) N. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. *Official Journal of the European Communities*. L 1/1, 4.1.2003.

45. Além disso, vale dizer que, em 1.º de maio de 2004, a Comunidade Europeia passou a ter novos Estados-membros que também estão procurando adequar suas legislações às leis da Comunidade Europeia. Veja-se também: BARCHARD, David. Turkey and the European Union. *Working Draft of a future pamphlet from the CER (Center for European Reform)*, 1994.

46. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 18.

Na Alemanha, antes de 1999, havia permissão aos cartéis de exportação puros depois de satisfeito o requerimento de notificação. Também eram permitidos cartéis de exportação mistos em circunstâncias limitadas.⁴⁷ Assim, entre 1958 e 1999, 130 exportadores receberam isenção com base no procedimento estabelecido na Alemanha. Em 1999 houve uma alteração da GWB para afastar as isenções explícitas dos cartéis de exportação, “considerando os esforços mundiais para combater restrições transfronteiriças à concorrência”.⁴⁸ Veja-se que a Alemanha não excluiu todas as isenções, uma vez que acordos para uniformizar a aplicação de padrões, cartéis especializados, cartéis estruturais de crise continuaram tendo isenções.⁴⁹

No Reino Unido, até 1998, os cartéis de exportação eram permitidos após notificação à autoridade responsável (o Director General of Fair Trading), contudo essa isenção foi eliminada em 2004, quando houve emendas para criminalizar os cartéis *hard-core* que afetavam o mercado.⁵⁰ Uma das razões para as alterações era o número de isenções para cartéis por meio do *Restrictive Trade Practices Act of 1973*.⁵¹ Havia também uma preocupação com relação à antiga lei antitruste, pois esta orientava o registro dos cartéis, mas não trabalhava para a sua prevenção.⁵² Na Holanda e na Suécia, assim como na Suíça, as adequações ocorreram no sentido de haver convergência dentro da Europa.⁵³

É interessante observar que o Japão também adotou alterações seguindo orientações similares ao que ocorria na Europa, apesar de não ter qualquer relação direta com as alterações propostas na Europa. Assim como a Alemanha, o Japão teve bastante experiência ao longo da história no sentido de encorajar

47. ALEMANHA. The Bundeskartellamt. *Act Against Restraints of Competition*, § 1.º, 6th Amendment, 1999.

48. RUDO, Joachim. *The 1999 Amendments to the German Act Against Restraints of Competition*, 1999.

49. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 19.

50. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 19.

51. PRATT, John H. Changes in UK competition law: a wasted opportunity. *European Competition Law Review*, v. 15, n. 2, p. 89-90, 1994.

52. PARKER, David. The competition act of 1998: change and continuity in UK competition policy. *Journal of Business Law*, p. 285-286, Jul. 2000. Veja-se que as leis anteriores no Reino Unido não traziam métodos relevantes (significativos) de execução de penalidades, e a última lei não exigia o registro de um cartel de exportação se apenas uma empresa (membro do cartel) concordasse em restringir a sua conduta. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., nota 74, p. 19.

53. OCDE. *Export cartels: report of the committee of experts on restrictive business practices*, 1974, p. 36-42.

a cooperação entre as empresas exportadoras.⁵⁴ Até 1997, a lei de concorrência do Japão permitia que os cartéis de exportação puros entrassem em acordo sobre preços, quantidade, qualidade, ou *design*, desde que notificados ao Ministry of International Trade and Industry (MITI). Essa notificação deveria ocorrer entre os dez dias da conclusão de referido acordo.⁵⁵ Entre 1992 e 1995, 17 dos 28 cartéis de exportação no Japão foram abolidos, enquanto muitos também tiveram redução do seu escopo.⁵⁶ Apenas três anos depois, o número de isenções de cartéis de exportação caiu apenas para 2, ou seja, 9 dos 11 cartéis de exportação foram abolidos desde 1995.⁵⁷

Tanto o Japão (*Omnibus Act to Repeal and Reform Cartels and Other Systems Exempted from the Application of the Antimonopoly Act under Various Laws – “Omnibus Act”*) quanto a Coreia do Sul (*Omnibus Cartel Repeal Act – the Act on Regulating Undue Concerted Activities from the Application of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act*) criaram leis abrangentes para evitar inúmeras isenções explícitas aos cartéis de exportação.⁵⁸ Na Coreia do Sul, em 1999, houve a exclusão da permissão para a maioria dos cartéis de exportação.⁵⁹

Tabela 3 – Isenções para cartéis de exportação em vigor entre 1980 e 2003⁶⁰

Ano	Austrália ⁶¹	Alemanha	Japão	EUA (ETC)	EUA (WPA)
1980	4	266			36
1981	7				

54. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 19.

55. JAPÃO. *Export and Import Trading Act*, Law n. 299, 1952.

56. WTO. Trade Policy Review of Japan PRESS/TPRB/5, 29/03/1995.

57. WTO. Trade Policy Review – Japan – Report by the Secretariat, WT/TPR/S/32, 05/01/1998, p. 17.

58. Aliás, vale ressaltar que em documento da OMC o Japão manifestou sua simpatia com a ideia de regras multilaterais que tratem dos cartéis de exportação, por entender que trata-se de clara distorção ao comércio internacional. WTO. WG-TCP. *Report on the Meeting of 2-3 October 2000 – Note by the Secretariat*, WT/WGTCP/M/12, 08 Nov. 2000, p. 3. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org/>>. Acesso em: 14 ago. 2010.

59. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 21.

60. Tabela preparada com base nos dados pesquisados por LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 28.

61. Os números referentes à Austrália não são comparáveis aos outros países, pois isenções são concedidas em casos individuais. Dessa forma, esses números representam casos isentos de cada ano (um fluxo), mas não o número de cartéis de exportação em vigor (número consolidado).

Ano	Austrália ⁶¹	Alemanha	Japão	EUA (ETC)	EUA (WPA)
1982	6				
1983	8			11	
1984	13			40	
1985	4			59	
1986	0			69	
1987	6			83	
1988	3			96	
1989	2			109	
1990	1			120	22
1991	1			123	
1992	1	190	28	132	
1993	12			135	
1994	5			144	
1995	7		11	150	15
1996	2	234		153	
1997	2			151	
1998	2	36	2	149	
1999	0	36	0	148	
2000	6			152	11
2001	4			154	12
2002	4			155	13
2003	4				12

Os exemplos citados acima indicam um esforço para eliminar as isenções explícitas, assim como para reduzir o número de isenções dadas aos cartéis de exportação, de modo a tornar a lei política de concorrência mais consistente.⁶² De acordo com Waller:

A ideia de notificação e registro de cartéis de exportação numa base internacional é igualmente tentadora, mas imperfeita. Transparência é um objetivo valoroso, mas fora de uso, primeiro e principalmente, como um

62. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 21.

instrumento de detecção e erradicação de restrições anticompetitivas e não deve ser usado como uma justificativa para suas perpetuações.⁶³

Waller é mais rigoroso ao reforçar que o melhor seria que os cartéis de exportação fossem considerados como cartel internacional tradicional, uma vez que uma distorção imprópria da concorrência no comércio internacional deveria ter uma condenação e proibição universal.⁶⁴ Veja-se que Waller fez essas ponderações há mais de 20 anos. Atualmente, alguns países estão, de fato, tomando medidas mais agressivas tanto em relação aos cartéis nacionais quanto aos cartéis internacionais, mas principalmente aos denominados *hard-core*.

Para Levenstein e Suslow, circunstâncias e políticas que promovam cartéis fora dos respectivos países que condenam cartéis nacionalmente seriam inconsistentes e contrárias ao espírito de cooperação internacional.⁶⁵ As autoras consideram que a elaboração de leis nacionais de concorrência que apenas banem as atividades que prejudicam a concorrência em âmbito nacional, deixando um vácuo em relação aos cartéis de exportação, não resolvem o problema. Com a eliminação de notificações há, ao mesmo tempo, a redução de informações sobre as atividades dessas cooperações entre empresas que podem afetar diversos mercados.⁶⁶

3. Cartéis de exportação no contexto internacional – Considerações finais

A situação jurídica dos cartéis de exportação está ficando cada vez mais ambígua, ao mesmo tempo em que existem poucas informações sobre essas condutas, tais como: quem participa delas, quais são suas atividades, onde agem e quais são seus objetivos.

Assim, algumas questões precisariam ter o mínimo de clareza para que a conduta fosse avaliada. Há uma questão que precisa ser respondida, no sentido de qual seria a melhor política de concorrência e quais seriam os melhores mecanismos que viabilizariam efetiva regulação dessas condutas. Alguns autores indicam que a adoção de políticas extraterritoriais pelos governos nacionais seria um caminho, outros apostam na cooperação internacional.

63. WALLER, Spencer Weber. The ambivalence of United States Antitrust Policy towards single-country export cartels. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 98, p. 111-112, 1989.

64. WALLER, op. cit., p. 113.

65. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 21. Veja-se nesse mesmo sentido: KROLL, op. cit., p. 185.

66. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 24-25.

A adoção de políticas extraterritoriais costuma ser utilizada como uma resolução mais óbvia porque qualquer país que proíba cartéis em seu mercado doméstico poderia combater cartéis de exportação que tenham efeito em seu território. Entretanto, existem problemas na aplicação de soluções extraterritoriais.

Levenstein e Suslow acreditam que o aumento da cooperação internacional seria uma solução preferível e mais efetiva.⁶⁷ No entanto, o meio mais forte de cooperação internacional seria com uma autoridade antitruste internacional com jurisdição sobre atividades colusivas direcionadas aos mercados exteriores.⁶⁸

De forma complementar, Hoekman e Mavroidis entendem que em um mercado mais integrado e global não haveria necessidade de distinção entre as atividades nacionais e o mesmo tipo de atividade direcionada ao mercado de exportação.⁶⁹

De fato, se há consenso de que a prática de fixação de preços prejudica os consumidores, a conclusão seria de que as isenções à exportação, ao beneficiarem a nação exportadora, ao mesmo tempo prejudicam os consumidores estrangeiros. Ou seja, essa política praticamente motiva o enriquecimento de determinadas nações à custa de seus parceiros comerciais.

Becker entende que é no mínimo questionável, senão imoral, que um país permita ou apoie um determinado comportamento que é proibido no mercado doméstico, em detrimento dos estados estrangeiros.⁷⁰ Contudo, parece haver consenso de que os cartéis internacionais impõem severos custos aos países importadores, na medida em que transferem os ganhos dos consumidores para o exportador.⁷¹

67. As autoras defendem, inclusive, que essa cooperação poderia se dar por meio da ICN com o compartilhamento de informações entre as autoridades de concorrência. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 22.

68. LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., p. 22.

69. HOEKMAN N, Bernard; MAVROIDIS, P. C. Economic development, competition policy and the World Trade Organization. *Journal of World Trade*, v. 3, n. 1, p. 19, 2003.

70. O autor ainda explica que a alegação mais óbvia contra os cartéis de exportação é que seus membros buscam ganhos monopolísticos que precisam ser satisfeitos pelos consumidores estrangeiros que pagam preços acima do nível competitivo. Cf. BECKER, op. cit., p. 115.

71. TREBILCOCK, M. J.; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. 3. ed. London: Routledge, 2005, p. 602.

Há também um argumento que é política e economicamente questionável de que os cartéis exportadores estimulam a circulação das importações, mas os defensores das isenções concordam que esses cartéis não são mais do que uma simples tentativa de aumentar o bem-estar social doméstico a expensas do bem-estar dos consumidores no mercado-alvo.

Como consequência, os governos, assim como os doutrinadores, têm tentado desenvolver argumentos sofisticados para tratar da permissibilidade relacionada aos cartéis de exportação, mas basicamente esses argumentos estão concentrados em torno da promoção da eficiência e do bem-estar.⁷²

Com relação a esses aspectos, os EUA em particular alegam que os cartéis de exportação teriam efeitos pró-competitivos ao facilitar a entrada de novos concorrentes estrangeiros no mercado “alvo”. Contudo, é preciso questionar se uma abordagem excessivamente generosa de apoio aos cartéis de exportação não teria como resultado o desenvolvimento do aumento das posições dominantes ou outras de estruturas anticompetitivas dentro do mercado “alvo”, afetando principalmente os consumidores do mercado de exportação.

Veja-se que como todos os cartéis, os cartéis de exportação têm outros efeitos tipicamente negativos, tais como o atraso do progresso técnico e o aumento dos custos para os consumidores.⁷³ A possibilidade de isenções referentes aos cartéis de exportação em um país pode incentivar outros países a também permitirem a formação de cartéis de exportação. Isso significa uma desvantagem para os países que não possuem a correspondente vantagem.⁷⁴

Assim, Becker defende que as isenções dos cartéis de exportação levam a uma espiral descendente de medidas anticompetitivas e incentivam a aplicação de medidas compensatórias dos governos e participantes do mercado. O autor entende ainda que:

72. BATTACHARJEA, op. cit., p. 347, e também: LEVENSTEIN e SUSLOW, op. cit., passim. De acordo com uma publicação do governo norte-americano, as empresas cooperadoras podem se beneficiar de pesquisas de mercados conjuntas, exposições comerciais, propaganda, financiamento e juros, além de atividades de treinamento. Nesse aspecto, as isenções dos cartéis de exportação têm o potencial de ajudar empresas que tipicamente carecem dos recursos para se engajar em uma atividade de exportação efetiva quando agem sozinhas. Cf. BECKER, op. cit., p. 115.

73. Cf. IMMENGA, Ulrich. *Comment: the failure of present institutions and rules to respond to the globalization of competition*. 49(II/III), *Aussenwirtschaft*, 1994, p. 126.

74. IMMENGA, op. cit., p. 96.

as isenções explícitas referentes apenas à extraterritorialidade dos efeitos causados pela conduta não podem satisfazer a necessidade de analisar os possíveis efeitos da eficiência. Assim, a sugestão de remover as isenções dos cartéis de exportação remedia unicamente a existência das isenções explícitas dos cartéis de exportação.⁷⁵

Em um contexto internacional, deixar a regulação dos cartéis de exportação apenas para as leis nacionais não evitaria eventuais distorções ao comércio em todos os casos. Talvez um acordo multilateral seja o modo ideal para melhorar o bem-estar dos consumidores por meio de uma política global que proteja também países que não possuem legislação antitruste e que podem ser as maiores vítimas dos cartéis de exportação. Portanto, entende-se que as informações sobre cartéis de exportação devem ser divulgadas para que se conclua pela melhor forma de controle e para que não haja distorção no comércio internacional.

Bibliografia

- ALEMANHA. The Bundeskartellamt. *Act Against Restraints of Competition*, § 1.º, 6th Amendment, 1999.
- AMATO, Filippo. International antitrust: what future? *Journal of World Competition*, v. 24, n. 4, 2001.
- AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. *Export agreements and the Trade Practices Act: guide to the export agreement exemption in the Trade Practices Act*, Apr. 2009.
- _____. *Exports and the Trade Practices Act Guidelines to the Commission's approach to mergers, acquisitions and other collaborative arrangements that aim to enhance exports and the international competitiveness of Australian industry*, Sept. 1997.
- BARCHARD, David. Turkey and the European Union. *Working Draft of a future pamphlet from the CER (Center for European Reform)*, 1994.
- BECKER, Florian. The case of export cartel exemptions: between competition and protectionism. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 97, 2007.
- BHATTACHARJEA, Aditya. *Export cartels – a developing country perspective*. Working Paper n. 120. Centre for Development Economics, Jan. 2004.
- CADE. Declaração de Voto do Presidente Arthur Badin. Medida Inominada 08700.001571/2009-22. Requerente: Itap Bemis Ltda., 2009.

75. BECKER, op. cit., p. 118.

- HOEKMAN, Bernard; HOLMES, Peter Martin. *Competition policy, developing countries and the WTO* (September 1999). FEEM Working Paper n. 66-99. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=200621>>. Acesso em: 22 jan. 2013.
- HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, P. C. Economic development, competition policy and the World Trade Organization. *Journal of World Trade*, v. 3, n. 1, 2003.
- HOEKMAN, Bernard; Martin, William J.; Braga Carlos A. Primo. *Preference erosion: the terms of the debate*. World Bank, 2006. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/Preferences_Intro_Terms_of_the_Debate.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2013.
- IMMENGA, Ulrich. *Comment: the failure of present institutions and rules to respond to the globalization of competition*. 49(II/III), *Aussenwirtschaft*, 1994.
- IRLANDA. *Competition Act*, 2002, n. 14 of 2002.
- ISLÂNDIA. Competition Law. *The Law Gazette A.*, n. 8, 1993, as amended by Law n. 24/1994, 83/1997, 82/1998, and 107/2-0 – (Ice.).
- JAPÃO. *Export and Import Trading Act*, Law n. 299, 1952.
- KROLL, Daniela. *Toward multilateral competition law? – after Cancún: reevaluating the case for additional international competition rules under special consideration of the WTO agreement*. Frankfurt am Main/New York: Peter Lang, 2007.
- LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *The changing international status of export cartels exemptions*. Ross School of Business Working Paper Series. Working Paper Series n. 879. University of Michigan, Nov. 2004.
- OCDE. *Glossary of industrial organisation economics and competition law*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2013.
- _____. State of Israel. *Position of Israel regarding OECD instruments*. Initial Memorandum, Jul. 2008.
- PARKER, David. The competition act of 1998: change and continuity in UK competition policy. *Journal of Business Law*, p. 283-302, Jul. 2000.
- PRATT, John H. Changes in UK competition law: a wasted opportunity. *European Competition Law Review*, v. 15, n. 2, 1994.
- RUDO, Joachim. *The 1999 Amendments to the German Act Against Restraints of Competition*, 1999.

- TREBILCOCK, M. J.; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. 3 ed. London: Routledge, 2005.
- WALLER, Spencer Weber. The ambivalence of United States Antitrust Policy towards single-country export cartels. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 98, 1989.
- WALLER, Spencer Weber; KESSLER, Jeffrey L. *International Trade and U.S. antitrust law*. Eagan, MN: Thomson/West, 2004-2005.
- WINS, Henning. *Eine internationale Wettbewerbsordnung als Ergänzung zum GATT*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.
- WTO. Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council. *Communication from the European Community and its Member States to the Competition Policy*. WT/WGTCP/W/193. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 20 ago. 2013.
- _____. WGTCP. *A multilateral framework agreement on competition policy*, WT/WGTCP/W/152, 25 Sept. 2000. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org/>>. Acesso em: 29 ago. 2013.
- _____. WGTCP. *A WTO competition agreement and development*, WT/WGTCP/W140, 26 Jul. 2001. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org/>>. Acesso em: 29 ago. 2013.
- _____. WGTCP. *Communication from UNCTAD – closer multilateral cooperation on competition policy: the development dimension*. WT/WGTCP/W/197, 15 Aug. 2002. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 13 jul. 2013.
- _____. WGTCP. *Report on the Meeting of 2-3 October 2000 – Note by the Secretariat*, WT/WGTCP/M/12, 08 Nov. 2000, p. 3. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org/>>. Acesso em: 14 ago. 2010.
- _____. Panel Report. *United States – Anti-Dumping Act of 1916 – Complaint by the European Communities*, WT/DS136/R and Corr.1, adopted 26 Sept. 2000, as upheld by the Appellate Body Report, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R.
- _____. Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council. WT/WGTCP/W/191. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 30 ago. 2013.
- _____. Trade Policy Review of Japan PRESS/TPRB/5, 29/03/1995.
- _____. Trade Policy Review – Japan – Report by the Secretariat, WT/TPR/S/32, 05/01/1998.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2013 – 3.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

O “E” ESCARLATE DA NOVA LEI DE DEFESA
DA CONCORRÊNCIA: NOTAS
INTERPRETATIVAS SOBRE O ART. 36
DA LEI 12.529/2011

TOMÁS FILIPE SCHOELLER BORGES RIBEIRO PAIVA

Resumo:

Trata-se de estudo sobre a disciplina introduzida no Ordenamento Jurídico brasileiro em matéria de controle de condutas, a partir da aprovação da Lei 12.529/2011. Sustenta-se que *vis-à-vis* o art. 20 da Lei 8.884/1994, o art. 36 da nova lei tornou cumulativa a sequência de incisos que elencam os efeitos que caracterizam as práticas de infração à ordem econômica. Fazendo referência às regras e técnicas de hermenêutica jurídica, o artigo se debruça sobre a controvérsia que cerca a questão, apresentando as implicações práticas que decorrem da repercussão jurídica da partícula “e” que consta do dispositivo normativo analisado.

1. Apresentação do problema

A Lei 12.529/2011, conhecida nos bastidores como a “nova Lei de Defesa da Concorrência”, representou um inegável avanço na consolidação da política antitruste brasileira, com assento no inciso IV do art. 170 da Constituição Federal. Referida lei, se de um lado estruturou um novo desenho institucional para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), bem alinhado com as melhores experiências internacionais¹ e mais eficiente, de outro veiculou importantes alterações em matéria de controle estrutural.²

1. Cf. CARVALHO, Vinícius Marques de. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 31 e ss.
2. Entre as quais merecem destaque a nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a exigência notificação prévia de “atos de concentração econômica em que, cumulativamente, pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$

A doutrina formada pós-edição da Lei 12.529/2011, lastreada pelas discussões havidas no Congresso Nacional, foi uníssona em afirmar que a nova lei não trouxe significativas modificações na configuração de hipóteses de infração à ordem econômica, mas, antes, primou por reproduzir na literalidade “o coração da ação repressiva da Lei 8.884/1994”,³ notadamente o seu art. 20, com modificações de pormenor.

E nada obstante a nova lei tenha completado mais de um ano desde sua publicação, com a já consolidação da nova estrutura do SBDC, é com surpresa que se constata que até o presente momento tem passado despercebida importante modificação legislativa no controle de condutas, alteração esta que vem acompanhando a nova lei desde os tempos de anteprojeto⁴ e que até os dias atuais, aparentemente, resta ignorada por autoridades, advogados e pela doutrina, mas que tem o condão de impor um ônus argumentativo não negligenciável na aplicação da Lei 12.529/2011.

De fato, quando se colocam lado a lado a lei revogadora e a lei revogada, constata-se a inclusão de *conjunção* de natureza coordenativa, que tem por fim ligar os elementos semelhantes de um dispositivo, estabelecendo uma relação entre eles:

Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
<p>Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:</p> <p>I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa;</p> <p>II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;</p> <p>III – aumentar arbitrariamente os lucros;</p>	<p>Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:</p> <p>I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa;</p> <p>II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;</p> <p>III – aumentar arbitrariamente os lucros;</p> <p>e</p>

400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)” e “pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)”.

3. Cf. CORDOVIL, Leonor. In: CORDOVIL, Leonor et al., op. cit., p. 101, por todos.

4. Cf. art. 31 do Projeto de Lei 5.877/2005, de autoria do Poder Executivo.

Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
<p>IV – exercer de forma abusiva posição dominante.</p> <p>§ 1.º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.</p> <p>§ 2.º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.</p> <p>§ 3.º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. <i>(Redação dada pela Lei 9.069, de 29.06.1995.)</i></p>	<p>IV – exercer de forma abusiva posição dominante.</p> <p>§ 1.º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do <i>caput</i> deste artigo.</p> <p>§ 2.º 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.</p> <p>§ 3.º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no <i>caput</i> deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...]</p>

O fato de tal modificação não ter até o presente momento vindo à luz – ou ter sido ignorada por aqueles que, a percebendo, acreditaram não se tratar de questão de maior importância – em nada altera a repercussão que o “e” constante no inciso III do art. 36 pode causar nas decisões atuais e futuras do CADE, abrindo-se, inclusive, a via judicial para o controle objetivo da subsunção do fato à hipótese legal.

2. O papel do “e” na boa técnica legislativa

O problema da hermenêutica jurídica é o da composição entre o texto da norma e a norma propriamente dita, que nem sempre corresponde a um teor literal. Nesse sentido, a boa redação legislativa é um dos requisitos para que se alcance a máxima normatividade, que está orientada (porém não restringida) linguisticamente.⁵

O legislador constituinte de 1988 estabeleceu a importância de uma boa técnica legislativa na elaboração normativa, dispondo no parágrafo único do

5. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005, p. 38.

art. 59 da Constituição Federal que “lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”.

Em cumprimento à norma constitucional, o Congresso Nacional aprovou, em 26 de fevereiro de 1998, a Lei Complementar 95, que estabelece os padrões para elaboração da legislação federal. Referida lei complementar foi regulamentada em 2002 pelo Decreto 4.176, que “estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências”.

Do art. 23 do Decreto 4.176/2002, que baliza a elaboração normativa e a propositura de projetos de lei pelo Poder Executivo, extrai-se que “as disposições normativas (...) [devem ser] redigidas com clareza, precisão e ordem lógica”, observado, dentre outros aspectos, o seguinte: “II – para a obtenção de precisão: (...) g) utilizar as conjunções “e” ou “ou” no penúltimo inciso, alínea ou item, conforme a seqüência de dispositivos seja, respectivamente, cumulativa ou disjuntiva”⁶.

Por cumulação, deve-se entender o ato ou a função de cumular, isto é, formar um todo, um conjunto. A disjunção é o antônimo de cumulação, implicando separação ou, gramaticalmente, “a supressão de conjunção copulativa, entre várias frases”⁷.

A propositura de projetos de lei pelo Poder Executivo, como no caso do anteprojeto que deu origem à nova lei, deve observar a obrigação legal de clareza, distinguindo, nas hipóteses normativas, as situações em que haja cumulação ou disjunção de uma seqüência de dispositivos. É o caso, por exemplo, de hipóteses trazidas pela própria Lei 12.529/2011, em que o “e” reforça a cumulação da seqüência de incisos e o “ou” afasta o todo normativo, dando independência para cada uma das hipóteses referidas no dispositivo:

Hipótese Cumulativa	Hipótese Disjuntiva
Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I – a gravidade da infração; II – a boa-fé do infrator;	Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

6. “Art. 23. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observado o seguinte: [...] II – para a obtenção da precisão: [...] g) utilizar as conjunções ‘e’ ou ‘ou’ no penúltimo inciso, alínea ou item, conforme a seqüência de dispositivos seja, respectivamente, cumulativa ou disjuntiva.”

7. Cf. o vocábulo “disjunção” no *Dicionário Priberam da língua portuguesa*.

Hipótese Cumulativa	Hipótese Disjuntiva
III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV – a consumação ou não da infração; V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII – a situação econômica do infrator; e VIII – a reincidência.	II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou <i>joint venture</i> .

Não tendo o “e” sozinho,⁸ portanto, na boa técnica legislativa, função de “ou”, pode-se acreditar (e até advogar) que o anteprojeto da Lei 12.529/2011 propunha um quadro normativo diferenciado do da legislação anterior, o que foi acatado com a promulgação da nova lei.

3. A hipótese de um defeito legislativo e suas implicações

A identificação de um erro material no texto normativo é procedimento que se situa no âmbito da existência da norma jurídica e da crítica à lei. Nesse contexto, é bastante comum que normas sejam editadas com erros materiais, isto é, incorreções de pontuação, impressão, numeração etc., que podem (e devem) ser corrigidos quando da aplicação da lei por uma autoridade.

Deve-se distinguir tal hipótese, no entanto, de outras duas que, por causarem substancial divergência de pensamento do legislador com o texto da norma, dificultam a aplicação normativa no seu fim maior.

A primeira hipótese a ser considerada é a do erro material que ocasiona um equívoco sobre o sentido da lei, circunstância que, embora permita o exercício de uma crítica ao texto legal, não pode ser superada por métodos interpretativos. Nessa situação, apenas uma nova lei (ou uma retificação oficial) pode remediar o erro, fazendo-o de forma retroativa.⁹

Uma situação diferente é a do erro conceitual, isto é, um erro na manifestação de vontade do legislador, que é a hipótese a ser analisada no caso da nova

8. Diferente seria a conjugação do “e” com um *disclaimer* no *caput* como, por exemplo, “qualquer dos efeitos” ou “um dos seguintes efeitos”: “I, II, III e IV”.

9. Nesse sentido: FERRARA, Francesco. *Como aplicar a interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 15.

lei. Trata-se, com efeito, de uma inadvertência que acompanhou a propositura do anteprojeto até a aprovação exto definitivo da Lei 12.529/2011, e que resistiu a mais de seis anos de debates parlamentares.

De fato, do que se pode extrair dos pareceres legislativos apresentados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o Congresso Nacional partiu da premissa (aparentemente equivocada) de que “a proposta não altera as principais regras acerca das infrações à ordem econômica, que se transforma no art. 31 do Projeto de Lei [...] (que torna) claro que os efeitos que caracterizam tais infrações são alternativos”.¹⁰ Referida premissa foi considerada tão apenas no Relatório dos referidos pareceres, isto é, na descrição dos fatos, não tendo havido qualquer julgamento de mérito sobre a norma em questão.

Tem-se, então, que referido erro (o “e” escarlata) integra a nova lei e dela não pode ser dissociado, sob pena de admissão de uma competência atípica de revisão (e modificação) de atos legislativos pela Administração (ou pelo Juiz). Cabe ao aplicador, portanto, das duas, uma: ou (i) superar o erro conceitual por meio de mecanismos hermenêuticos no momento da aplicação da norma, respeitando a moldura do comando normativo e assumindo o respectivo ônus argumentativo; ou, na impossibilidade, (ii) reconhecer força vinculante ao texto legal, que somente poderá ser retificada por via legislativa.¹¹

4. A moldura que conforma a interpretação do art. 36 da nova lei

Não é de hoje que se tem assistido ao desenvolvimento de uma complexa Teoria da Interpretação, que abandona as bases de uma simples subsunção mecânica (que equipara o fato à norma). A norma jurídica existe para ser aplicada, situando-se no mundo do dever-ser, que em algum momento há de encontrar o universo dos fatos, isto é, o mundo do ser.

É dizer, o intérprete (e aplicador da norma) não é mais “um mero núncio da vontade do legislador”, mas, antes, exerce um papel criativo na construção de uma “norma de decisão”.¹² A norma, como diz Kelsen, é apenas uma “moldura” que comporta uma variedade de interpretações, não exclusivamente

10. Parecer apresentado pelo Deputado Ciro Gomes na Comissão Especial de Defesa da Concorrência da Câmara dos Deputados. No mesmo sentido são os pareceres dos Senadores Romero Jucá e Wellington Salgado, apresentados nas Comissões temáticas do Senado Federal.

11. As lições de Ferrara (op. cit., p. 14 e ss.) e Baptista (*Compêndio de hermenêutica jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 28 e ss.) caminham nesse sentido.

12. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305.

guiadas pelo emprego exclusivo dos métodos gramatical e histórico.¹³ O fenômeno interpretativo é, em verdade, complexo e dinâmico, possibilitando, ao fim, o alcance de uma justa medida entre o “dever-ser” e o “ser”.

Mas se é verdade que a aplicação de uma norma possibilita uma variedade de interpretações (válidas), o ponto de partida e o limite do processo hermenêutico são sempre o texto legal. Nesse sentido, qualquer interpretação de um dispositivo normativo obedece à “moldura” aludida por Kelsen, sendo certo que dentro dessa moldura o intérprete-aplicador tem uma margem de liberdade para definir a melhor interpretação da norma, mesmo que provenha de fatores externos ao Direito.¹⁴

No caso do art. 36 da nova lei, a compreensão do texto normativo principia com a busca de um significado linguístico, que não pode ignorar a presença de uma partícula que torna cumulativa a hipótese de infração à ordem econômica. É por força da conjunção “e” que os incisos I, II, III e IV do art. 36 integram um único conjunto e devem ser lidos não como espécies autônomas, mas sim dentro de um todo (“constituem infração da ordem econômica *apenas* os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos I, II, III e IV”).

Não há na língua portuguesa significado técnico-jurídico que dê ao “e” isolado outra conotação que não a aditiva. “E” não é “ou”. “E” não é disjunção; é junção, *adição*.

Partindo desse ponto – e ainda que a tarefa do aplicador não se limite a verificar o teor literal da norma, mas, antes, a dar-lhe um sentido, uma finalidade –, ignorar a presença do “e” implica reconhecer que a conjunção tem um sentido inútil na interpretação do dispositivo e, logo, não integra a “moldura”.

De fato, o brocardo “não se presumem na lei palavras inúteis” não é absoluto, como ensina Carlos Maximiliano. Bem ao contrário, como ensina o autor, “se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma”¹⁵

13. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 192.

14. Fatores econômicos, políticos, sociológicos etc. É bem por isso que partidários de uma concepção puramente positivista do Direito advogam que a interpretação não é parte integrante da dogmática jurídica.

15. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 204 e 205.

Reconhecer o uso inútil do “e” no art. 36 da nova lei traz, no entanto, o ônus de sustentar se não uma superfetação, um desperdício de palavras por parte do legislador, o que até poderia ser fácil caso não se tratasse de norma (i) de teor semelhante ao da lei revogada, mas que traz uma modificação explícita (i.e., a inclusão da conjunção, que não existia na legislação anterior), (ii) originada de um projeto de lei de autoria do Poder Executivo, cuja elaboração deve se balizar pelo Decreto 4.176/2002, que na alínea “g” do inciso II do art. 23 estabelece a função do “e” quando da proposta de uma sequência de dispositivo, e (iii) que admite uma função ao “e”, que se encaixa de forma lógica no dispositivo em questão.

Longe de ser inútil, o “e” tem uma razão de ser e é justamente essa razão que deve ser considerada como integrante da “moldura” que contorna a interpretação a ser promovida pelo CADE – órgão primeiro na aplicação da legislação antitruste. A discricionariedade administrativa, tal como a judicial, abre uma liberdade de escolha que se defere ao aplicador diante de possibilidades exegéticas existentes, florescendo “no espaço que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar”.¹⁶

5. A busca por um elemento racional do art. 36 da Lei 12.529/2011

Definido o balizamento normativo que enquadra a aplicação do art. 36 da nova lei, deve-se analisar a possibilidade de uma interpretação do dispositivo que equilibre a vontade do legislador e o enunciado normativo por ele definido, com utilização de mecanismos mais refinados de indagação, como, por exemplo, a busca de seu fundamento racional.

Nesse contexto, é inquestionável que o art. 36 da Lei 12.529/2011, assim como qualquer outra disposição normativa, tem por finalidade o cumprimento de uma certa função, devendo ser entendido da forma mais racional possível e apta a responder aos resultados que se pretende obter.¹⁷

16. RAMOS, op. cit., p. 308.

17. Sobre o art. 36 da nova lei, Juliana Oliveira Domingues anota que a disposição “representa a intenção do legislador em elencar as condutas que podem ser consideradas como infrações contrárias à ordem econômica”. E continua: “Tais infrações se revelam em função do resultado potencial ou efetivo em prejuízo à livre concorrência, que importe em ‘dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros’ nos termos do dispositivo constitucional que prevê a repressão ao abuso do poder econômico, conforme exposto pelo § 4.º do art. 173 da CF de 1988”. Cf. DOMINGUES, Juliana de Oliveira. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. São Paulo: Método, 2012, p. 119.

Nesse sentido, cabe desde logo afastar o entendimento – como se fosse uma verdade absoluta – de que o legislador pretendeu expressamente emprestar a mesma engenharia do art. 20 da lei revogada ao art. 36 da nova lei, i.e., que os efeitos que caracterizam as infrações da ordem econômica são alternativos – e não cumulativos. Isto porque não se identifica dos documentos que compuseram o processo legislativo qualquer análise detida sobre o art. 36 da Lei 12.529/2011, tendo-se, em verdade, a constatação de que legislador partiu de uma premissa equivocada (a de que a disciplina legal permanece a mesma),¹⁸ que viciou a análise do projeto de lei durante todo seu íter. Assim, afirmar que o legislador *quis* que a disciplina do art. 36 fosse a mesma da lei revogada é ignorar a verdade de que o Congresso Nacional não analisou a questão.

Tal constatação, contudo, não impede que se busque o elemento teleológico da norma, que é justamente aquele que pretende dar uma satisfação às “exigências econômicas e sociais que brotam das relações”.¹⁹ Estando-se diante de uma norma cujo fundamento direto de validade é a Constituição Federal²⁰ e que tem por finalidade a coibição de condutas anticompetitivas,²¹ restaria aparentemente incompatível uma interpretação que reduza a aptidão do dispositivo de gerar os efeitos pretendidos.

É dizer, a finalidade do art. 36 seria a de assegurar uma economia de mercado que se desenvolva em livre concorrência, restringindo, portanto, qualquer conduta privada capaz de lesar o alcance desse objetivo maior.²² Assim, uma suposta aplicação do art. 36 da nova lei, em que a verificação dos efeitos

18. Cf. pareceres legislativos referidos na nota de rodapé 10.

19. FERRARA, op. cit., p. 36.

20. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência.”

21. Que sabidamente têm o potencial de gerar consequências adversas para o bem-estar agregado. Nesse sentido, por todos: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 152 e ss. No mesmo passo, MATEUS, Abel M. *A teoria econômica e as concentração na perspectiva da política da concorrência*. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/cedipre/licoes_inaugurais/CEDIPRE_LicaoInauguralProfDrAMateus.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2013.

22. Nos termos do art. 1.º da Lei 12.529/2011, “esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

listados, ainda que potencial, tenha que ser cumulativa, teria o condão de se desconectar do fim maior da norma.

Essa finalidade da norma, aliás, não existiria isoladamente, estando antes ligada ao todo normativo, entendido como um sistema coordenado de regras jurídicas. É justamente esse elemento sistemático que denotaria o isolamento do art. 36 da nova lei, que interpretado a “ferro e fogo” afastar-se-ia da finalidade (i) da Lei 12.529/2011 e (ii) da própria Constituição Federal ao dispor sobre a ordem econômica constitucional.

Tal leitura, no entanto, representa uma discordância entre a lógica da norma e a sua literalidade, e uma solução hermenêutica partindo da mesma finalidade poderia ser alcançada prestigiando a moldura normativa.

6. A necessária compatibilização da interpretação finalística e da moldura legislativa

Como verificado, a finalidade do art. 36 da Lei 12.529/2011 é possibilitar ao SBDC a efetiva coibição de práticas lesivas à ordem econômica. Tal fim, quando considerado numa análise sistemática, assume ainda maior relevância justamente pela nova lei racionalizar o controle de estruturas, de forma que a autoridade possa se debruçar, com maior eficiência, sobre o controle de condutas.

Nada obstante, uma leitura do art. 36 da nova lei tendente a ignorar o “e”, com fundamento na finalidade da norma e resgatando a disciplina da lei revogada, extrapola a “moldura” e faz do aplicador um verdadeiro legislador positivo.

De fato, é o Poder Legislativo que possui o mandato outorgado pela representação popular para criação do direito positivo, nos limites estabelecidos pela Constituição. Obedecendo à Constituição Federal, o legislador goza de uma liberdade de escolhas para atingir a finalidade constitucionalmente estabelecida, qual seja a preservação da ordem econômica.

Nesse sentido, optou-se por uma modalidade “cumulativa”, “disjuntiva” ou “alternativa”, certamente o legislador o fez tendo presente a norma constitucional e entendendo que mediante aquela escolha, estaria coibindo infrações da ordem econômica.

Logo, o fim do art. 36, seja isoladamente, seja de uma forma sistemática, não é modificado com a presença do “e”: as infrações da ordem econômica continuam a ser coibidas, modificando-se apenas as hipóteses em que se configura o comportamento ilícito. Em última instância, o que se tem é uma modificação em termos de intensidade e alcance da nova lei em matéria de controle de condutas, o que não impede reconhecer que o “e” (i) integra a

moldura legislativa e (ii) se compatibiliza com os fins da Lei 12.529/2011 e da Constituição Federal.

Ou seja, de uma interpretação do art. 36 que seja finalística e conforme à Constituição²³ e à Lei 12.529/2011 não pode decorrer a criação de uma norma jurídica diversa daquela instituída pelo Poder Legislativo, sendo, portanto, a única interpretação possível aquela que se mostre capaz de compatibilizar a finalidade com o sentido inequívoco da disposição, tal como pretendeu dar o legislador,²⁴ ainda que não declaradamente. Entre ignorar ou admitir a presença da cumulação no art. 36 da nova lei (isto é, do “e”), parece acertada *apenas* a segunda opção.

7. A discordância entre o resultado da interpretação lógica e o da interpretação gramatical: a necessidade de preponderância de uma interpretação restritiva

Ainda que se constatasse que a finalidade do art. 36 da nova lei fosse incompatível com a conjunção “e”, tal interpretação lógica extrapolaria a interpretação gramatical do referido dispositivo e se pautaria por uma leitura extensiva da norma, o que é conflitante com os princípios que orientam o Direito Administrativo sancionador.

De fato, ao adentrar na seara do Direito Punitivo, um dos princípios que deve informar a atuação do Estado – titular exclusivo do *ius puniendi* – é o da tipicidade, que proporciona desdobramentos necessários e “densidade normativa detalhada” à legalidade.²⁵

A vagueza semântica é um traço comum nas normas de Direito Administrativo sancionador, e o art. 36 da Lei 12.529/2011 não escapa a esta lógica, caracterizando-se como uma “cláusula geral” que possibilita uma mar-

23. E no que se refere à conformidade à Constituição, não se pode perder de vista que por se tratar de norma que intervém em um Direito Fundamental de liberdade (liberdade econômica), sua interpretação deve ser restritiva, promovendo, ao máximo, o exercício do Direito Fundamental restringido. Nesse sentido, Carlos Maximiliano, anotando que “estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade, ou afetam a propriedade”. Op. cit., p. 263.

24. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal se manifestou na ADI 1.417-7-DF: “[...] não se pode aplicar a interpretação conforme à Constituição, por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica”. Cf. RT – CDC e CP, 1:314, Rep. 1.417-7, rel. Ministro Moreira Alves.

25. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 209.

gem de manobra à autoridade, para que busque a máxima efetividade da norma quando da aplicação no caso concreto.²⁶ Exemplo clássico é o inciso I do art. 36 da nova lei, que replicando o inciso I do art. 20 da lei revogada, se apresenta de maneira indiscutivelmente ampla, “abrangendo toda forma de limitação ou prejuízo à livre concorrência ou livre-iniciativa”.²⁷

A técnica legislativa utilizada pelo legislador no art. 36 da nova lei, se de um lado possui força sistematizadora e permite que a norma se individualize na aplicação ao caso concreto, de outro se junte aos estreitos ditames legais, já que a “discricionariedade administrativa” não pode descambar pelos caminhos da incerteza tolerável.²⁸

À discricionariedade administrativa não se pode emprestar uma extensão avantajada,²⁹ que permita ao aplicador escapar dos elementos normativos do tipo. Por se estar diante de norma de conduta de natureza punitiva, em que se encontram em jogo direitos fundamentais de particulares, não se permite interpretação extensiva que possibilite ao julgador escapar do texto da norma.

O Estado Democrático de Direito se caracteriza, sobretudo, pelo respeito à lei, de forma que entendimento diverso, no sentido de que o “e” poderia ser descartado, leva ao absurdo de admitir que particulares possam vir a ser condenados por infrações sem previsão legal, nascidas do imaginário do julgador.³⁰

Assim, tendo que a norma do inciso II do art. 5.º da Constituição Federal não excepciona, em nenhuma hipótese, a legalidade, a Administração não pode escorregar para o arbitrário, devendo, antes, mover-se restritivamente, sobretudo em matéria de Direito Administrativo sancionador.

26. “A técnica de cláusulas gerais, fundamentalmente, enseja a possibilidade de ‘circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal’, abrindo a possibilidade, também, em alguns casos, de que os próprios efeitos sejam determinados por decisões jurisprudenciais”. OSÓRIO, op. cit., p. 217.

27. CORDOVIL, Leonor. In: CORDOVIL, Leonor et al., op. cit., p. 103.

28. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 120. Disponível em: <<http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/29.-%20Derecho%20Y%20Razon%20Teoria%20Del%20Garantismo%20Penal%20-%20Ferrajoli%20-%20Copy.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

29. Cf. OSÓRIO, op. cit. No mesmo sentido: FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

30. É como diz um adágio popular: “o pau que bate em Chico é o mesmo pau que bate em Francisco”. O argumento para descartar o “e” é o mesmo daquele necessário para se “descobrir” norma não escrita.

Logo, outra não pode ser a conclusão, senão a de que uma interpretação extensiva do art. 36 da Lei 12.529/2011 fere as garantias fundamentais dos administrados, justamente por escapar da legalidade que orienta os atos da Administração.

8. O problema na prática

Acreditando não ser possível ignorar a presença da partícula “e” que altera o sentido do art. 36 da nova lei, tornando a sequência de incisos cumulativa – e não mais alternativa, como tem afirmado a doutrina e a jurisprudência do CADE –, resta evidente uma modificação no panorama antitruste brasileiro, que gera repercussões práticas que não podem ser negligenciadas.

Nos termos da Lei 12.529/2011, *somente* constitui infração à ordem econômica aqueles atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir, *cumulativamente*, os efeitos previstos nos incisos I, II, III e IV, ainda que não sejam alcançados.

Compete ao aplicador da norma justificar, por força do princípio da motivação dos atos administrativos, as razões de fato e de direito que subsumem o fato à hipótese normativa. Isto é, sendo a imputação objetiva um dos caracteres da tipicidade material (incontornável no caso do Direito Administrativo sancionador, por força do princípio da legalidade), compete ao CADE, na qualidade de aplicador da norma antitruste, demonstrar o porquê de os atos investigados incorrerem na produção ou na potencial produção dos efeitos listados na sequência de incisos do art. 36.

Logo, uma implicação da alteração legislativa veiculada no art. 36 da nova lei refere-se à exigência de que, ao condenar um agente econômico, o CADE encontre a devida interseção entre os diferentes incisos do dispositivo, que embora não antagônicos e mutuamente excludentes, não caminham necessariamente no mesmo sentido.

Assim, uma primeira dificuldade relaciona-se à necessidade de conjugação da sequência de incisos do art. 36, que passam a formar, no todo, apenas uma conduta infrativa.

Nesse sentido, cumpre anotar, desde logo, que não há na jurisprudência recente do Conselho (i.e., pós-edição da nova lei) decisão que tenha condenado administrados com fundamento no conjunto de incisos do art. 36. Ao contrário, a praxe tem sido a condenação com fundamento nos incisos I e II, I e IV ou eventualmente I, II e IV do hoje art. 36, outrora art. 20.

Como anota Paula Forgioni, sob a égide da lei antiga o intérprete brasileiro era poupado de grandes esforços hermenêuticos para caracterização de

uma determinada prática como atentatória à ordem econômica.³¹ Bastava, para tanto, socorrer-se de um dos incisos do art. 20 da Lei 8.884/1994, entre os quais o inciso I (“limitar falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa”), que, de tão amplo, admite a subsunção de qualquer potencial lesão aos bens constitucionalmente estabelecidos à norma, desde práticas de destruição de matéria-prima para impedir que concorrentes a ela tenham acesso³² ou mesmo de formação de cartel.

No mesmo sentido é (e já era na lei anterior) o inciso III, que, embora exija prova complexa quanto ao aumento arbitrário de lucros – de difícil constatação pela Autoridade Concorrencial, uma vez que o aumento de lucros decorrente de eficiência produtiva ou de outra causa natural não pode ser imputado como infrativo –, é amplo, sendo certo que, no fim, com maior ou menor intensidade, uma prática anticompetitiva, seja unilateral seja colusiva, horizontal ou vertical, de forma declarada ou não, direta ou indiretamente, tem o potencial (algo já condenável pela lei) de incrementar arbitrariamente os lucros (imediatamente ou em longo prazo) de um agente econômico, o que, na prática, facilita a aplicação da norma pelo julgador, eis que há um espaço “criativo” considerável, decorrente da abertura do “tipo”.

Uma outra questão que emerge da nova disciplina trazida pela Lei 12.529/2011 refere-se ao inciso II e, sobretudo, ao IV. Isto porque, aparentemente, tais incisos caminham em sentidos diferentes, uma vez que o inciso II refere-se à prática que tenha por efeito (ainda que potencial) a *dominação* de um mercado, ao passo que o inciso IV descreve o efeito relativo àquele que, *tendo uma posição dominante*, dela abusa.

Essa possível contradição não tem contaminado a jurisprudência do CADE, que vem se manifestando, ainda que tacitamente, pela possibilidade de conjugação dos incisos II e IV. De fato, essa possibilidade é lógica quando se entende que uma prática anticompetitiva pode ser perpetuada no tempo e que por meio de um comportamento voltado à dominação de mercado, um *player*, tendo já dominado o segmento, venha a abusar dessa sua posição.

Nada obstante a necessidade de conjugação dos incisos do art. 36, compatibilizando, inclusive, os incisos II e IV do referido dispositivo, a grande inovação trazida pela Lei 12.529/2011 é a exigência, como requisito para configuração da hipótese de infração à ordem econômica, de posição dominante do agente econômico.

31. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 132.

32. O exemplo não é original. Ver, nesse sentido: CORDOVIL, Leonor. In: CORDOVIL, op. cit., p. 104.

De fato, sendo o abuso da posição dominante (inciso IV) um dos efeitos que deve ser conjugado aos demais – devido ao “e” –, não haverá infração à ordem econômica se o agente (i) não detiver posição dominante e (ii) dela não abusar. E a própria Lei 12.529/2011 esclarece o que é posição dominante, trazendo uma disciplina que, embora não seja imune a críticas, permite a identificação de um critério aparentemente objetivo, diferente da abertura semântica que caracteriza os incisos do art. 36 da nova lei.

A posição dominante, nos termos do § 2.º do art. 36, será presumida sempre que uma empresa ou um grupo de empresas for capaz de alterar unilateralmente ou de forma coordenada as condições de mercado, como nos casos de cartel, ou quando se alcance 20% de *market share* de um determinado mercado relevante.

No fim, o que se verifica é a aproximação da legislação brasileira daquilo que já ocorre nos Estados Unidos e na Europa, e que o fato de não ocorrer no Brasil foi, durante anos, motivo de orgulho:³³ o CADE deve primeiramente se preocupar em caracterizar a posição econômica do(s) agente(s) investigado(s), nos termos do § 2.º do art. 36, para, então, poder condená-los por infração da ordem econômica.

Ainda que o Conselho possa se furtar a motivar, de forma objetiva, o enquadramento nos incisos I, II, III e IV do art. 36, dada a abertura semântica dos efeitos ali descritos, não há escapatória, na nova disciplina legal, para a subsunção dos fatos ao critério (de certa forma) objetivo traçado pelo § 2.º do art. 36 c/c o inciso IV do mesmo dispositivo, o que, na prática, reduz o poder de alcance da nova lei.

9. Conclusão

A nova Lei de Defesa da Concorrência veiculou uma alteração expressa na disciplina do controle de condutas anticompetitivas: há um “e” onde antes não havia. A Lei 12.529/2011 tornou cumulativa a sequência de incisos do art. 36, cumulação esta que acompanhou a norma desde seus tempos de anteprojeto, quando ainda em discussão no âmbito do Poder Executivo, até sua aprovação pelo Congresso Nacional.

O fato de não ter sido percebido (ou, tendo sido percebido, ter sido ignorado) até o presente momento não faz do “e” um detalhe de menor importância. Por força do princípio da legalidade e das regras hermenêuticas que devem balizar a interpretação normativa pela Administração Pública, resta impossí-

33. Por todos: FORGIONI, op. cit., p. 133.

vel fechar os olhos à realidade que está posta; ao “e”, que de tão vermelho não pode ser apagado pelo intérprete-aplicador.

Resta, portanto, a obrigação de com ele conviver, aceitando que, na prática, a conjunção impõe ao CADE o dever de apurar se no caso concreto (i) há posição dominante, nos termos definidos pelo § 2.º do art. 36 da Lei 12.529/2011 e, havendo, se (ii) há abuso desse poder.

Caso assim não seja feito – e, de fato, o “e” continue a ser ignorado, como atualmente tem sido –, abre-se um novo flanco de discussão, possibilitando que a matéria seja levada ao Poder Judiciário, inclusive no que se refere à reavaliação do próprio mérito da condenação, eis que a norma fixa um parâmetro (mais ou menos) objetivo quanto à presença da posição dominante.

Há, na prática, uma aproximação à realidade já presente em outras jurisdições, como a europeia. Se tal aproximação foi desejada ou não pelo legislador, se é boa ou não, trata-se de outra questão, que foge do âmbito da hermenêutica e da aplicação da norma, posicionando-se no mundo da conveniência política.

Logo, a conclusão do presente estudo é muito mais uma constatação do que um raciocínio: a nova Lei de Defesa da Concorrência, bastante desejada por todos aqueles que, direta ou indiretamente, atuam na questão antitruste, nasceu já manchada e, ainda que recente, demanda uma alteração de seus termos, pelo Legislador (única autoridade competente para tanto), caso se deseje esclarecer que a disciplina do art. 36 é disjuntiva e não uma cumulação, escrita com um “e” escarlate.

Bibliografia

- ANDERS, Eduardo Caminati et al. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. São Paulo: Método, 2012, p. 119.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Disponível em: <<http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/29.-%20Derecho%20Y%20Razon%20Teoria%20Del%20Garantismo%20Penal%20-%20Ferrajoli%20-%20Copy.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013.
- FERRARA, Francesco. *Como aplicar a interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MATEUS, Abel M. *A teoria econômica e as concentrações na perspectiva da política da concorrência*. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/cedipre/licoes_inaugurais/CEDIPRE_LicaoInauguralProfDrAMateus.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2013.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PROPAGANDA *ONLINE* E PRIVACIDADE: O VAREJO DE DADOS PESSOAIS NA PERSPECTIVA ANTITRUSTE

MARCELA MATTIUZZO

Resumo:

Alguns dos mais relevantes mercados da internet costumam ser descritos como mercados de dois lados. Este trabalho filia-se a uma minoria de autores que entende que grande parte desses mercados não pode ser corretamente compreendida por meio das regras desse modelo. Procura-se demonstrar (i) de que modo plataformas de propaganda online, que fornecem aos seus usuários serviços gratuitos como ferramentas de busca e redes sociais, são na verdade mais bem descritas sob um modelo de varejo de dados pessoais e (ii) de que forma essa abordagem modifica a análise antitruste.

Introdução

O argumento deste trabalho será apresentado da seguinte forma: o item 1 traz uma breve descrição dos mercados de dois lados e aponta suas principais características. O item 2 esclarece de que maneira as plataformas de propaganda *online* (PPOs) têm sido descritas sob esse modelo econômico, ressaltando os motivos pelos quais este não é o mais adequado para abordá-las. O item 3 apresenta o modelo alternativo de mercado, o “varejo de dados pessoais”. O item 4 busca responder quais seriam as consequências de inserir a privacidade, e mais especificamente os dados pessoais, sob jurisdição concorrencial. Para tanto, explora como o modelo alternativo de varejo de informação seria útil na análise antitruste, voltando-se em especial à coleta de dados pessoais e à maneira pela qual o assunto tem sido inserido nas decisões de autoridades concorrenciais, apontando para a necessidade de inclusão da privacidade como mais uma das preocupações do direito da concorrência.

1. Mercados de dois lados – o modelo econômico tradicional

A doutrina e a jurisprudência concorrenciais são praticamente unânimes em afirmar que vários dos mercados *online* mais importantes devem ser compreendidos como mercados de dois lados. De acordo com tal literatura,¹ plataformas como a ferramenta de busca Google e a rede social Facebook podem ser inseridas na categoria de mercados de dois lados, pois reúnem dois grupos distintos de consumidores, a saber: usuários e anunciantes. O modelo é também compatível com outros negócios, os quais igualmente apresentam características suficientes para inseri-los nesse tipo.² O que todos eles têm em comum, segundo a doutrina, é (i) a presença de dois grupos de consumidores e (ii) a necessidade de uma plataforma para conectá-los.³ Essa peculiaridade surge por ser a plataforma, e *somente* a plataforma, capaz de internalizar os benefícios advindos da presença simultânea dos dois grupos, o que gera interdependência entre eles e, ao mesmo tempo, dependência da plataforma. Três consequências advêm dessa estrutura. Primeiramente, o problema “do ovo e da galinha”; em segundo lugar, a necessidade de construção de uma estrutura de preços diferenciada dos mercados tradicionais; por último, os efeitos de rede.

1.1 O problema “do ovo e da galinha”

Qualquer mercado de dois lados é caracterizado pela presença de dois grupos distintos de consumidores. O mercado deixaria de existir se esses dois grupos não se apresentassem concomitantemente. No entanto, se um grupo A somente pode extrair os benefícios da plataforma se o outro grupo B já for parte dela, e o grupo B, por sua vez, enfrenta o mesmo dilema, sua adesão à plataforma só ocorrerá se de maneira simultânea.⁴

1. Rochet e Tirole (2003), Evans (2002), Shapiro e Varian (1999), Katz e Shapiro (1994), entre outros.
2. Alguns exemplos clássicos desses mercados são as empresas de cartão de crédito, de videogames, de sistemas operacionais, as corretoras de imóveis e os shopping centers.
3. O modelo econômico é obviamente muito mais detalhado que essa breve explicação. Não pretendemos, no entanto, engajar-nos em extensa análise econométrica das proposições e especificidades dos mercados de dois lados, a qual pode ser encontrada em Rochet e Tirole (2004).
4. Daí se referir a doutrina ao problema “do ovo e da galinha”. A questão se torna mais clara pela análise de um clássico mercado de dois lados, o das bandeiras de cartão de crédito. Aqui, as empresas coordenam a relação entre lojistas e compradores. Os compradores só estarão interessados em ser parte do mercado se

1.2 Estrutura de preços e nível de preços

Se as plataformas de dois lados funcionam como intermediárias numa transação única, elas devem estabelecer, diferentemente do que ocorre em mercados tradicionais, não só o nível de preços para seus produtos, como também a estrutura de alocação desses preços que demonstre ser a mais adequada para a maximização dos lucros.⁵ O modelo dos mercados de dois lados sempre conta com um *loss leader*, ou seja, um grupo de consumidores que subsidiará o negócio, não sendo responsável por nenhum ganho monetário substancial, servindo apenas de atração de clientes para o mercado.

1.3 Efeitos de rede

O modelo de mercado de dois lados não pode ser reduzido às considerações sobre efeitos de rede, mas essa é uma de suas características mais marcantes e que, portanto, mais contribuições recebeu por parte da doutrina.⁶ Um mercado apresenta efeitos de rede quando os consumidores se beneficiam seja (i) de um maior número de agentes no lado oposto da plataforma – efeitos indiretos; ou (ii) de um maior número de agentes do mesmo lado da plataforma – efeitos diretos. Ainda que nem todos os autores distingam efeitos diretos e indiretos, as consequências de cada tipo, como aponta Clements (2004), são diametralmente opostas. Quando a utilidade da plataforma para um dado usuário aumenta paralelamente ao número de consumidores no outro espectro do mercado (isto é, no lado oposto da plataforma), os efeitos são chamados indiretos. Contrariamente, se a maior utilidade advém de um aumento de agentes no mesmo grupo de consumidores, os efeitos são diretos,⁷ observáveis quando

um número suficiente de lojistas aceitar o cartão de crédito como forma de pagamento. Os lojistas, por sua vez, só aceitarão os cartões se um número suficiente de compradores optar por esse método de pagamento. Sendo assim, a plataforma precisa trazer ambos os grupos ao mercado *ao mesmo tempo*.

5. Os mercados de videogames e sistemas operacionais, por exemplo, fornecem duas opções distintas de alocação de preços: os produtores de consoles de videogames coordenam a relação entre jogadores e desenvolvedores, os quais estão inseridos na relação de compra e venda de jogos adaptados para um determinado console. A opção é por fazer da principal fonte de lucro do mercado não o jogador, mas o desenvolvedor de games, o qual paga por uma licença a fim de ter acesso ao código do console. Mercados como o de sistemas operacionais, por outro lado, optaram por alocações distintas, tendo no usuário final sua fonte de lucro.
6. Katz e Shapiro (1994), Evans (2002 e 2009), Shapiro e Varian (1999), Evans e Schmalensee (2007) etc.
7. Autores têm denominações diversas para os efeitos diretos. Shapiro e Varian (1999) dizem que: “(...) the value of connection to a network depends on the

o tamanho da rede em si é de alguma relevância para o usuário. Qualquer mercado de dois lados apresenta alguma forma de efeito de rede indireto, enquanto efeitos diretos estão ausentes em vários deles.

2. Plataformas de propaganda *online* como mercados de dois lados

Boa parte da doutrina que fundou a teoria dos mercados de dois lados também foi responsável por incluir as PPOs como parte desse modelo econômico.⁸ Buscarei mostrar por que os mercados de PPOs não se adequam a essa proposta.⁹

2.1 Interdependência entre usuários e anunciantes

Apesar de usuários claramente trazerem benefícios para anunciantes (quanto maior o número de usuários, maior a audiência, maior a notoriedade da marca e a chance de vender produtos), *os anunciantes são, no melhor dos casos, irrelevantes para os usuários*. A propaganda é um preço que os usuários devem pagar a fim de ter acesso à plataforma, mas não é de modo algum valiosa para eles. Isso se dá porque, diferentemente do que ocorre nos exemplos seminais de mercados de dois lados, a PPO tem todas as condições de funcionar sem a presença dos anunciantes. Tal afirmação de que a propaganda não é útil para os usuários de plataformas *online* pode ser contestada por três argumentos: (i) os usuários estão sempre procurando por oportunidades de compra, (ii) a propaganda é sempre útil para os usuários, ou (iii) a plataforma não existiria sem os anunciantes. Cada um deles é rebatido a seguir.

2.1.1 Oportunidades de compra

Alguns autores parecem entender que o valor que a propaganda fornece a usuários em PPOs é evidente, pois eles estão determinados a adquirir bens.¹⁰

number of other people already connected to it. This fundamental value proposition goes under many names: network effects, network externalities, and demand-side economies of scale. They all refer to essentially the same point: other things being equal, it's better to be connected to a bigger network than a smaller one".

8. Rochet e Tirole (2003) classificam as plataformas *online* como “portais”, colocando “consumidores” e “anunciantes” nos dois polos complementares; Evans (2002) faz referência aos portais de mídia como “criadores de audiência e não de mercado” e inclui “sites de internet que constituem plataformas de mídia” como parte desse conjunto.
9. No item 3.3.1 esclarecerei porque uso o termo PPO para fazer referência a essas plataformas.
10. Varian (2006, p. 179) sugere tal conclusão ao chamar o Google de “yenta” (ou *match-maker*), afirmando que essa plataforma combina “pessoas que buscam

No entanto, a maioria dos internautas não está interessada em comprar bens quando acessa PPOs, mas deseja, isso sim, *adquirir conteúdo*, seja na forma de resultados de busca (os quais podem incluir, mas não são restritos a, buscas por produtos), de interação com outros usuários, de acesso a suas contas de e-mail etc.¹¹ Dessa maneira, há razão para afirmar que a maioria dos usuários, quando conduzindo buscas na internet, não está procurando por oportunidades de compra.

Como reconciliar o *e-commerce* e as ferramentas de busca vertical¹² especializadas em shopping com a irrelevância da propaganda para usuários de PPOs? O argumento não é, por óbvio, o de que a propaganda é irrelevante para aqueles que buscam por oportunidades de compra, mas sim de que tanto o *e-commerce* quanto as ferramentas de busca verticais especializadas em shopping são parte de um mercado distinto. Sobre o *e-commerce*, é suficiente dizer,

informação” com “pessoas que fornecem informação”, assim como “pessoas que querem comprar coisas” com “pessoas que querem vender coisas”.

11. Rose e Levinson (2004) classificam os resultados de busca com base no objetivo que o usuário busca atingir com a pesquisa em: (i) busca de informação – aquela conduzida quando o usuário deseja localizar *conteúdo*, seja por meio de uma chave de busca bastante restrita ou extremamente ampla, incluindo desde conselhos [*advice*s] até pesquisas para trabalhos escolares, (ii) busca de navegação – usuários que procuram por uma *organização, instituição ou pessoa específica*, e que têm como objetivo encontrar sua *homepage*, e (iii) busca de transação – os usuários estão interessados num *produto* ulterior. Buscas por produtos fariam parte do último grupo, visto que os usuários estão interessados em adquirir um artigo ou serviço fornecido não pela ferramenta de busca ela mesma, mas por uma outra empresa. Os autores concluíram que “cerca de 40% das buscas eram não-informacionais em todos os casos, e uma grande parcela das buscas informacionais pareciam ser tentativas de localizar um produto ou serviço, ao invés de adquirir conteúdo”. Tais resultados dariam razão aos que afirmam que buscas de informação são de fato muito menos dominantes do que pretendemos afirmar. No entanto, pesquisas posteriores conduzidas por Jansen, Booth e Spink (2008), baseadas na mesma tipologia tripla, concluíram que mais de 80% das chaves de busca analisadas eram informacionais. Eles afirmam que “a variação na porcentagem de chaves navegacionais e transacionais [em relação à pesquisa de Rose e Levinson] pode estar relacionada ao número de amostras utilizadas nas pesquisas previamente conduzidas (muito menores que as usadas nesse caso) e a distribuição via *power log* dessas chaves”.
12. Ferramenta de busca vertical é aquela focada num setor específico, em contraposição às ferramentas horizontais, cujo objetivo é buscar em toda a web. Exemplos de ferramentas verticais são TripAdvisor, BuscaPé, Decolar.com, Shopping UOL, entre outros.

no momento, que não há um mercado baseado na venda de propaganda, e sim na venda de bens e serviços, o que altera substancialmente os modelos de negócio e de mercado.¹³ Quanto às ferramentas de busca verticais, ainda que tenham por base de lucro a venda de propaganda, elas *fornecem informação na forma de anúncios*.¹⁴ Se o que a maioria dos usuários deseja é conteúdo, e este, no caso das ferramentas verticais, é fornecido via anúncio, a propaganda torna-se relevante. A existência de ferramentas de busca vertical não prejudica o argumento aqui apresentado. Trata-se de plataformas distintas, com funcionalidades diferentes, direcionadas especificamente a usuários que buscam por oportunidades de venda e conseqüentemente valorizam a propaganda, o que indica que tais oportunidades *não são o que o usuário padrão está buscando*. Não se nega a utilidade dos anúncios para um grupo específicos de usuários, mas não se pode daí concluir que a propaganda é útil e relevante para todos eles.¹⁵

2.1.2 A (ir)relevância da propaganda

Anúncios não são sempre úteis para quaisquer usuários, independentemente de suas razões para acessar uma plataforma, pois a propaganda não é apenas mais um meio de fornecer informação. Ela pode ser enganosa,¹⁶ além de apresentar ao usuário um número muito maior de oportunidades do que

-
13. As razões pelas quais tais *sites* não são parte do mercado de PPOs aqui proposto serão delineadas com maior clareza no item 3.
 14. Resultados de busca em ferramentas de busca vertical especializadas em shopping são determinados não exclusivamente pelo critério de relevância, mas também pelo modelo de lances em leilão. Assim, o que a plataforma exhibe como conteúdo já é aquilo que fornece seu retorno financeiro. Esse arranjo é substancialmente distinto do que ocorre nas PPOs e pode inclusive ser descrito como um mercado de dois lados.
 15. Um exemplo pode auxiliar na compreensão desse ponto: o Google desenvolveu uma ferramenta para shopping, chamada Google Shopping, e decidiu operá-la com base em algoritmos orientados por preço de leilão, diferentemente do que ocorre com sua plataforma de busca padrão, Google Search. É provável que o Google tenha optado por essa divisão por entender que o usuário padrão não está buscando por oportunidades de compra, e sim por conteúdo, e portanto possuir uma ferramenta de busca mais específica permitiria que a empresa segregasse os casos em que esse conteúdo é igual a anúncios, o que por sua vez possibilita aumento de lucro. O Shopping não é um mecanismo específico da busca orgânica, ele é uma plataforma distinta que funciona sob especificações próprias, cujo objetivo é atender a um grupo de usuários diferenciado.
 16. Ver Bloom e Krips (1982).

ele deseja encontrar, dificultando a navegação e a busca por conteúdo – esse excesso de informação é precisamente o que tornou alguns negócios “pontocom” tão rentáveis, por proporcionarem meios de seleção de conteúdo. Ao inserirem propaganda em suas páginas, as empresas apresentam aos usuários mais informação do que eles pretendem acessar, e assim provocam irritação ou mesmo aborrecimento.¹⁷

2.1.3 O modelo de dois lados e a propaganda

Ainda que nem todos os usuários pretendam adquirir produtos quando acessam plataformas *online*, e que consideremos que a propaganda nem sempre é útil para internautas, ainda se pode dizer que ela é um “mal necessário” para o funcionamento do mercado das PPOs, dado que esse mercado é uma plataforma de dois lados e que os benefícios produzidos por cada um dos grupos participantes não podem ser internalizados de nenhuma outra forma. Não é o caso, como veremos, porque PPOs não são estruturalmente plataformas de dois lados.

2.1.3.1 O problema “do ovo e da galinha”

Uma das dificuldades que as empresas enfrentam num mercado de dois lados é a atração simultânea de ambos os grupos de consumidores. Se um dos grupos só se beneficia do mercado com a existência do grupo oposto, eles aderirão à plataforma concomitantemente ou não terão qualquer interesse nela. Tal problema não se apresenta no caso das PPOs. Aqui, a resposta à pergunta “quem vem antes?” é bastante evidente: os usuários. Para sequer considerar a possibilidade de inserção de propaganda, a plataforma precisa dos usuários, mas não há qualquer necessidade de anúncios para que os usuários sejam atraídos à plataforma.

O argumento padrão contra essa afirmação é o de que, ainda que os anunciantes não sejam essenciais para atrair usuários, o fornecimento do serviço só é viável porque as empresas obtêm lucro por meio de propaganda, o que permite que elas mantenham ou aumentem as funcionalidades da plataforma. No entanto, tal investimento não advém necessariamente da propaganda; esta é apenas uma contingência do modelo de negócio desenvolvido, ainda que esse modelo seja amplamente difundido.¹⁸

17. Ver Hairong, Edwards e Lee (2002).

18. Digamos que exista uma PPO, a empresa “X”, que decide basear seu negócio não em propaganda, mas no pagamento direto de usuários. “X” exclui completamente qualquer tipo de propaganda de sua página, e em vez disso cobra para que os usuários acessem o *site*. Esse negócio é, em teoria, viável, e poderia sobreviver

2.1.3.2 Estrutura de preços e níveis de preços

Como visto no item 1.2, plataformas de dois lados enfrentam uma dificuldade extra, pois são intermediárias numa transação, o que significa dizer que têm de coordenar uma estrutura de preços para seu produto, e não somente estabelecer um nível de preço. PPOs, por outro lado, não intermedeiam relações entre grupos engajados numa única transação. Não há singularidade, mas duas operações distintas, (i) uma entre a plataforma e os anunciantes, a qual por hora será definida como “a venda de anúncios”, e (ii) uma entre a plataforma e os usuários, identificada, no momento, como “a troca de funcionalidades por informação”.¹⁹ Ao entender o mercado dessa maneira, não há que se falar em estrutura, apenas em níveis de preços. Consequentemente, o conceito de *loss leader* deixa de ser pertinente. Se o usuário não é parte da transação responsável pelo ganho financeiro, ele não pode ser a razão para qualquer perda. Aqui, os usuários não podem ser considerados meros consumidores, eles são verdadeiros *fornecedores de matéria-prima*. Se é assim, ainda que a plataforma não perceba benefícios monetários diretos da transação, o que os usuários proporcionam não é somente um meio de potencializar vendas, como ocorre com os *loss leaders*, mas sim o produto que a plataforma mais tarde revenderá aos anunciantes: os dados pessoais.

2.1.3.3 Efeitos de rede e internalização de benefícios

Uma plataforma será um modelo de dois lados quando ambos os grupos de consumidores forem interdependentes, e também dada sua habilidade de internalizar benefícios produzidos pelo lado oposto do mercado. Ela será capaz de comportar-se dessa forma por conta dos efeitos de rede particulares a essas estruturas. PPOs divergem desse modelo de duas formas: (i) não contam com efeitos de rede indiretos e (ii) quase sempre apresentam efeitos de rede diretos.²⁰⁻²¹ Se ambos os lados do mercado não são interdependentes e se não

sem anúncios – é o caso da Netflix. Sua existência sem um dos grupos da plataforma permite compreender porque as PPOs não são um mercado de dois lados. Essa não é uma possibilidade para mercados efetivamente de dois lados, em que nenhum dos grupos envolvidos é dispensável.

19. Especificidades de ambas as transações serão analisadas em maior detalhe no item 3.
20. A ausência de efeitos indiretos foi desenvolvida durante todo o item II do trabalho. Pelas razões acima mencionadas, ainda que os anunciantes beneficiem-se de um maior número de usuários na plataforma, estes usuários não têm nada a ganhar com um maior número de anunciantes. Rochet e Tirole (2006) indicam reconhecer essa particularidade das PPOs. Outros autores, como Evans e

exteriorizam benefícios a serem internalizados pela contraparte, não há razão para descrever as PPOs como mercados de dois lados, e é preciso propor um modelo alternativo para caracterizá-las.

3. Varejo de dados pessoais – um mercado unilateral

Ainda que as PPOs sejam vistas por empresas “pontocom” como mercados de dois lados, essa premissa não deve ser aceita. Não há nada que impeça as autoridades antitruste de analisar o mercado de forma diferenciada, desde que essa análise possa ser sustentada por um modelo econômico adequado. Por esse motivo, um trabalho que propõe uma abordagem distinta tem o ônus de apresentar também bases mínimas sobre as quais essa abordagem pode ser construída. Assim, adota-se aqui a proposta de Giacomo Luchetta denominada Constant Unidirectional Network Externalities (CUNE).²² Segundo o autor, um mercado como o Google é composto de dois mercados unilaterais: (i) um primeiro, do qual fazem parte usuários e a própria plataforma, e (ii) um segundo, em que se relacionam anunciantes e plataforma. A afirmação pode parecer peculiar, visto que o primeiro mercado comporta uma relação “gratuita” e que normalmente não seria descrita como econômica, no sentido de onerosidade com que o termo é comumente utilizado. Luchetta, no entanto, sugere que as PPOs não disponibilizam seus serviços gratuitamente: elas na verdade adquirem dados pessoais de seus usuários em troca do oferecimento de funcionalidades. A primeira transação é dependente da segunda na medida em que os anunciantes estão interessados na plataforma por sua habilidade de acessar as informações pessoais dos usuários. Ainda assim, são arranjos completamente distintos.

3.1 A plataforma e os usuários – o mercado a montante

A origem de uma PPO é geralmente sua relação com usuários. Muitos dos negócios multibilionários de hoje em dia começaram sem ideias claras

Schmalensee (2007) claramente identificam essas características, denominando-as “efeitos indiretos negativos”. Uma vez mais, os efeitos são negativos porque os usuários estão interessados em conteúdo, o qual pode ser oferecido pela plataforma independentemente dos anúncios. Assim, não há benefícios externalizados por anunciantes a serem internalizados pelos usuários, já que a propaganda ou é uma desvantagem ou é irrelevante.

21. Efeitos de rede diretos podem ser observados em pelo menos um dos grupos de consumidores de PPOs, já que o tamanho da plataforma em si é relevante para os usuários. As redes sociais são o exemplo mais claro desse fenômeno.
22. Não trataremos dos detalhes do modelo econômico, que podem ser encontrados em Luchetta (2014).

sobre como monetizar seus produtos, estando primordialmente preocupados em criar mecanismos inovadores, fossem eles inéditos ou capazes de incrementar significativamente a tecnologia já existente. A monetização veio depois, sendo a propaganda o fator comum a todas essas plataformas. A partir de então, a prática de *behavioral targeting* tornou-se a menina dos olhos dos anunciantes²³ A internet proporcionou a seleção de audiência com um alto grau de especificidade, baseando-se não em uma, mas em diversas das ações dos usuários. Pela primeira vez, os *websites* puderam criar bases de dados por meio do monitoramento das “pegadas virtuais”, fornecendo informações sobre o que os usuários fazem, gostam, valorizam. Foi a oportunidade ideal para que as empresas “pontocom” monetizassem seus negócios. A fim de adquirir os dados pessoais dos usuários e ter sucesso na monetização, as plataformas precisavam monitorar a atividade dos internautas. O que se sugere é que essa troca entre usuários e plataformas, na qual aqueles cedem acesso a suas informações pessoais para receber funcionalidades destas, deve ser descrita como uma transação econômica relevante para os propósitos da análise antitruste. A fim de melhor elucidar o argumento, demonstraremos como os dados pessoais são ativamente perseguidos pelas PPOs.

3.1.1 Aquisição de dados pessoais em primeira mão

Dados pessoais podem ser adquiridos por PPOs utilizando mecanismos diretamente disponíveis a elas por meio do monitoramento de usuários, enquanto estes se servem das funcionalidades oferecidas pelas próprias plataformas. Esses dados representam capacidade de criar perfis, o que deu ensejo a debates centrados nas políticas de privacidade.²⁴ Além de relevantes em matéria de regulação da privacidade *online*, o que cumpre observar quando se trata da relação usuário-plataforma é a conexão necessária entre aquisição de dados pessoais e expansão das funcionalidades da plataforma. Há uma troca, frequentemente ignorada pelos usuários, entre a PPO e os internautas. Funcionalidades não são desenvolvidas meramente para oferecer uma melhor experiência a internautas, ainda que este seja um dos objetivos. Elas também

23. *Behavioral targeting* (ou direcionamento comportamental, em tradução literal) é um método de captura de dados de usuários e posterior uso dessas informações para fornecimento de propaganda direcionada, ou seja, selecionada de acordo com os supostos interesses desses usuários. Para uma análise detalhada sobre como a *behavioral targeting* é utilizada para propaganda *online* e como tal uso apresenta riscos à privacidade, ver Hoofnagle et al. (2012).

24. Grimmelmann (2010) por exemplo, analisou os riscos postos pelos termos de uso do Facebook, enquanto Hoofnagle (2009) salientou os problemas decorrentes das práticas do Google.

pretendem mantê-los *online* por períodos mais longos de tempo, o que consequentemente oferece às PPOs mais informações sobre suas atividades. Quanto mais funcionalidades, mais razões para permanecer *online*, portanto mais dados coletados e mais oportunidades para oferecer propaganda. Se é assim, torna-se evidente que o usuário não é meramente um *loss leader* que a PPO deve suportar a fim de garantir a viabilidade de seu negócio, mas sim *a fonte do próprio negócio*, o fator que possibilita sua existência.

3.1.2 Aquisição de dados pessoais por terceiros

A necessidade de adquirir dados pessoais é tão premente e o mercado tão competitivo que as empresas não mais se satisfazem com as informações que conseguem adquirir por meio de seus próprios *websites*. Elas buscam outros métodos de acessar os dados pessoais dos usuários fora de suas plataformas. Esses métodos incluem mecanismos de monitoramento (cookies, beacons, HTML5, ETags etc.), TACs (do inglês *traffic acquisition costs*), acordos com outras PPOs a respeito de compilação de dados e também criação de uma indústria de monitoramento. Sobre este último, algumas considerações adicionais são pertinentes.

A proeminência dos dados pessoais é hoje tamanha que deu origem a um novo ramo de empresas, conhecidas como “Web Analytics”. Adobe Analytics, Mixpanel, Google Analytics e várias outras são voltadas a coletar informações sobre o comportamento *online* de usuários e conferir-lhes significado, a fim de auxiliar outras empresas a melhorar suas estratégias de negócios. Como ressalta o Google Analytics: “Seus clientes vão a todo lugar; não deveriam suas estatísticas fazer o mesmo? Google Analytics dá a você a figura completa do comportamento de seus usuários em propagandas e vídeos, *websites* e ferramentas sociais, tablets e smartphones. Isso torna mais fácil servir aos seus clientes atuais e também conquistar novos”.²⁵ O grupo também é composto por plataformas como DoubleClick, Xaxis e Conversant Media, responsáveis por propaganda digital oferecida via monitoramento e direcionamento de usuários.²⁶⁻²⁷

25. Google (2014). Na versão em português, eis o que diz o Google: “O Google Analytics não apenas permite a você avaliar vendas e conversões, mas também apresenta informações atualizadas sobre como os visitantes usam seu *site*, como chegaram até ele e o que você pode fazer para que retornem” (Google Brasil, 2014).

26. Nas palavras da Conversant: “Por décadas os comerciantes têm sonhado em engajar-se com cada um de seus clientes num nível personalizado. Hoje, graças à Plataforma de Personalização Conversant (*Conversant Personalization Platform*,

3.2 A plataforma e os anunciantes – o mercado a jusante

Como dito, ainda que as PPOs não sejam plataformas de dois lados, elas mantêm relações com anunciantes por meio do oferecimento de espaço publicitário. A questão, nesse ponto, é como diferenciar o mercado a jusante das PPOs de outros mercados de propaganda, a fim de verificar se eles são de fato distintos ou se pertencem ao mesmo mercado relevante. Costuma-se afirmar que a propaganda *online* constitui um mercado próprio. Para confirmar ou rejeitar essa afirmação, é preciso averiguar (i) se serviços fornecidos *online* são significativamente distintos ou similares de outras oportunidades de anúncio e (ii) se o mercado a jusante das PPOs e o restante da propaganda *online* concorrem entre si.

Já foi dito que o uso de dados pessoais como meio para produzir e selecionar espaço publicitário é a característica distintiva do mercado a jusante de que trata este trabalho. Poder-se-ia então entender que “o que é relevante para delinear as fronteiras entre [PPOs e outros] mercados é o grau de perfilamento de usuários”. Essa é a posição de Luchetta. Aqui, no entanto, defendo uma abordagem distinta. Ainda que a capacidade de criação de perfis seja certamente relevante, não é apenas a habilidade de perfilar ou o grau de perfilamento que distingue o mercado a jusante de PPOs; é preciso também atentar para a *monetização dos dados pessoais de usuários*. O grau de perfilamento pode excluir certas empresas do mercado das PPOs, em especial aquelas que oferecem serviços *off-line*, já que elas geralmente não possuem a mesma quantidade de informações a partir das quais podem selecionar espaço publicitário

no original em inglês), muitas das marcas líderes mundiais estão se engajando com seus clientes num nível profundamente pessoal. Nossa plataforma oferece tudo o que é necessário para ajudá-lo a entregar comunicação mais personalizada e individualizada. Mais que isso, foi feita pensando em flexibilidade; os níveis de personalização, integração de dados, desenvolvimento criativo, entrega *cross-channel* e medição da sofisticação são completamente deixados a cargo de suas preferências” (Conversant, Inc., 2014).

27. Frise-se que tais empresas de monitoramento não são concorrentes diretas das PPOs. Elas são parte de um mercado distinto, ainda que conectado. Um interessado em obter informações sobre usuários que visitam sua página inicial pode perfeitamente contratar os serviços de uma empresa de monitoramento a fim de potencializar as vendas de seus produtos, e esse interessado não precisa ser uma PPO. Não há como negar, no entanto, que o monitoramento desempenha um papel especialmente relevante quando se trata de propaganda em plataformas *online*.

rio.²⁸ Nesse sentido, essa noção é muito útil. No entanto, falar em criação de perfis cria outro desafio: deveriam todos os agentes tecnicamente capazes de perfilamento em alto grau ser parte do mesmo mercado relevante? A resposta é negativa, já que é perfeitamente possível conceber uma empresa que agregue enormes quantidades de informações pessoais de usuários, utiliza-as (ou é capaz de utilizá-las) para criação de perfis, mas ainda assim nunca monetiza esses dados ou, em outras palavras, nunca transforma essa informação em matéria-prima. Um exemplo de empresa desse tipo é a Amazon, e por extensão o *e-commerce* em geral. É evidente que uma plataforma como a Amazon tem uma ampla gama de informações sobre seus usuários e é certamente capaz de perfilá-los com alto grau de detalhamento. Assim, haveria razão para crer, à primeira vista, que ela é parte do mercado das PPOs. No entanto, esse não é o caso, pois ela não é uma plataforma *de propaganda online*. Não apenas o negócio da Amazon é bastante distinto, por se basear em varejo tradicional de bens (e não em propaganda),²⁹ mas também, como mencionado no item 2.1.1, usuários em plataformas de *e-commerce* estão buscando por oportunidades de compra, diferentemente do que acontece nas PPOs, em que buscam por conteúdo. Assim, ainda que a Amazon venda propaganda, tais anúncios serão úteis para os internautas, o que significa dizer que há, em certo grau, interdependência entre usuários e anunciantes, indicando que o mercado é de dois lados e, portanto, estruturalmente distinto do mercado das PPOs.³⁰

3.3 O mercado das plataformas de propaganda online

No mercado a montante, usuários fornecem dados pessoais a PPOs em troca de funcionalidades. No mercado a jusante, por outro lado, PPOs vendem espaço publicitário a anunciantes. Se é assim, e se a conclusão anterior for aceita, ou seja, se entendermos que PPOs não são mercado de dois lados, como então conectar o mercado a montante e o mercado a jusante? A resposta se apresenta nos dados pessoais. PPOs vendem espaço publicitário, que é selecionado por meio de *behavioral targeting*. *Behavioral targeting*, por sua vez, só é possível por conta do acesso aos dados pessoais de usuários. É por esse motivo que o mercado de PPOs conta com um mercado a montante e com um

28. Como visto no item 3.1, a propaganda *online* atraiu anunciantes exatamente porque possibilitou mais opções de direcionamento, por conta de mais informação obtida de seus usuários.

29. Os relatórios financeiros da Amazon esclarecem sua estrutura de negócio (Amazon.com, 2014).

30. Cumpre ressaltar que a Amazon vende espaço publicitário, porém essa não é a atividade principal da empresa.

mercado a jusante, porque os dados pessoais são a matéria-prima da qual as plataformas de propaganda são feitas. As características essenciais que descrevem as PPOs, portanto, são: (i) o mercado a montante, em que usuários integram com a plataforma, trocando dados pessoais por serviços; (ii) o mercado a jusante, onde anunciantes compram espaço publicitário da plataforma; e (iii) a conexão entre ambos por meio de dados pessoais, a matéria-prima utilizada pela plataforma.

3.3.1 *Os agentes do mercado*

A consequência imediata das observações anteriores é perguntar quais empresas propriamente fazem parte do mercado das PPOs. Esse mercado deve ser definido não pelo uso que a plataforma tem para os internautas (Facebook e LinkedIn são redes sociais, Google, Yahoo! e Bing são ferramentas de busca, Gmail e Hotmail são provedores de e-mail), mas sim pelo uso que a plataforma faz dos dados pessoais (todas elas coletam informações de seus usuários e as utilizam como matéria-prima para seu negócio de propaganda). Em outras palavras, é preciso abandonar uma definição de mercado baseada em produtos, pois essa abordagem não é capaz de capturar as complexidades da compreensão de dados pessoais como matéria-prima.³¹ Apesar de oferecerem funcionalidades distintas, Google, Facebook, Hotmail, LinkedIn, Yahoo!, Bing e muitas outras empresas (i) contam com um mercado a montante entre usuários e plataforma, (ii) fornecem espaço publicitário no mercado a jusante e (iii) conectam esses mercados por meio de dados pessoais ao transformar informação em matéria-prima. Elas deveriam, por essa razão, ser classificadas como PPOs.

4. Privacidade e antitruste

Busquei descrever o mercado de PPOs e apresentar uma proposta alternativa pela qual ele pode ser compreendido. Segundo essa proposta a privacidade é um produto, e conseqüentemente parte do mercado. Quando se reconhece a existência do varejo de dados pessoais, outra questão se coloca: qual é o papel do antitruste nessa problemática? Trata-se na realidade de uma discussão mais ampla sobre o modo pelo qual o Estado decidirá regular (ou omitir-se de regular) a privacidade no mercado. Há dois caminhos possíveis: (i) aquele que reconhece que a privacidade tem sido, ao menos parcialmente, convertida em produto e deve ser tratada como tal, o que estabelece incontestável jurisdição

31. Luchetta (2014, p. 22-23): “As a consequence, however, we need to give up a product-based market definition, referring to the service which is provided (ads and searches), to adopt an approach which considers that Google’s asset is the collection and the use of personal information”.

concorrencial sobre o tema – e aqui inclui-se também a opção pela ausência de regulação, pois ela não deixa de ser uma opção da Administração, ou (ii) aquele que percebe a tendência de conversão da privacidade em produto, mas recusa-se a aceitar esse processo, preferindo reafirmar suas características de direito fundamental e afastar a jurisdição concorrencial. O presente item dedica-se a, primeiramente, indicar alguns aspectos da análise antitruste que precisam ser enfatizados no caso de adotar-se o primeiro desses caminhos e, em segundo lugar, a oferecer uma breve explanação sobre os motivos pelos quais a conversão pura e simples de dados pessoais em produto pode ser problemática.

Poder-se-ia argumentar, uma vez que não é claro qual dos caminhos será trilhado pelo Estado, o qual pode optar por regular a privacidade em termos exclusivamente de direitos fundamentais, que as autoridades antitruste deveriam permanecer silentes. Tal afirmação é errônea, pois (i) é bastante provável que seja impossível reverter a situação atual, em outras palavras, excluir completamente a privacidade do mercado, uma vez que a decisão não depende somente do governo, mas de empresas e de usuários, ambos os quais dificilmente concordarão com um processo de total reversão, e, (ii) ainda que tal reversão seja possível, há situações com que as autoridades devem lidar *de imediato*, que já apresentam a privacidade como parte do mercado, independentemente de qualquer ação governamental. Sendo assim, e visto ser preciso encontrar uma forma de analisar a privacidade dentro da jurisdição antitruste, ao menos nesses casos atuais, desenvolve-se o presente item.

4.1 *Privacidade no mercado – a jurisdição antitruste*

O aspecto comum que sempre se verifica quando uma autoridade determina que dada situação deve ser submetida à análise antitruste é sua relação com o mercado, afinal é com o funcionamento de mercado que esse ramo do direito está principalmente preocupado. Em se tratando de PPOs, tal relação é estabelecida por meio da transformação de dados pessoais em matéria-prima, como descrito no item 3. O que é preciso agora estabelecer é como esse processo pode afetar o antitruste.³² Os efeitos certamente variam caso a caso, e seria inviável tratar de todos os possíveis cenários nesse espaço. Ainda assim, voltarei minha atenção a dois tópicos recorrentes em análise concorrencial que podem sofrer alterações sob essa abordagem.

4.1.1 *O mercado relevante*

O mercado relevante é parte essencial de várias investigações, mormente aquelas sobre atos de concentração. A fim de verificar quais são os impactos de

32. Gerardin e Kuschewsky (2013) apresentam impressões iniciais sobre direito concorrencial e coleta de dados no contexto da União Europeia.

uma fusão entre empresas, é preciso primeiramente determinar em qual mercado elas atuam e qual mercado será afetado.³³ Como mencionado no item 3, a melhor forma de descrever e determinar um mercado relevante para PPOs é por meio de considerações sobre compilação de dados pessoais e sua monetização, o que implica o abandono de uma abordagem centrada na utilidade da plataforma para o usuário. Uma vez que os mercados a montante e a jusante são identificados, e sua conexão via informações pessoais é estabelecida, é irrelevante verificar se os usuários entendem que duas plataformas são substituíveis. O foco deve ser como a PPO seleciona espaço publicitário e com quem ela compete quando da venda de anúncios – ou seja, a relação plataforma-anunciante.³⁴ As consequências de tal abordagem são significativas. Alguns dos maiores negócios da indústria da internet, até então considerados parte de diferentes mercados e portanto não concorrentes, teriam de ser repensados. Deixa de ser pertinente se o Google oferece serviços de busca, o Facebook, de rede social, e o Hotmail, de provedor de e-mails, o que importa é a percepção dos anunciantes sobre essas plataformas.³⁵

Determinar com mais clareza o mercado relevante, além de ser indispensável para análises em atos de concentração, é essencial para a atividade regulatória. Se a privacidade tem-se transformado (ao menos parcialmente) em produto, e o Estado opta por controlar esse processo, ele deve conhecer os responsáveis pela monetização. Dessa forma, pode detectar como a mudança tem ocorrido, quais são seus limites e, por certo, suas implicações. Só assim é possível propor métodos regulatórios adequados.

4.1.2 Barreiras à entrada³⁶

Apesar das constantes afirmações de que, quando falamos em internet, “competition is one click away”,³⁷ essa descrição não parece corresponder à

33. Para mais sobre definições de mercado relevante, ver Forgioni (2010, p. 210-237) e Salomão Filho (2013, p. 155-185).

34. Casos já analisados pelo CADE, como o AC 08012.010585/2010-29, seriam diretamente afetados em relação à determinação de mercado relevante.

35. WordStream, Inc. (2012) apresenta uma comparação entre os mecanismos de propaganda do Google e do Facebook.

36. Há controvérsia a respeito do que seriam barreiras à entrada. Na perspectiva de Joe. S. Bain, “uma barreira à entrada é algum fator de mercado que permite que empresas já parte desse mercado obtenham lucros monopolistas, enquanto impedem outros agentes de adentrar a indústria”. Segundo George J. Stigler, por outro lado, uma barreira à entrada é “um custo de produção (em alguma ou toda taxa de produção) com que uma empresa que pretende adentrar certo mercado deve arcar, mas não é uma preocupação das empresas já parte desse mercado” (apud Hovenkamp, 2005).

realidade. Há boas razões para afirmar que os dados pessoais se tornaram essenciais para o mercado de propaganda, pois a maioria dos líderes de mercado adquiriu esse ativo ao longo do tempo, inicialmente sem custos adicionais, uma vez que recorria primordialmente às ferramentas de seus próprios *sites* para fazê-lo. Se, no entanto, um novo agente decide competir com as PPOs já estabelecidas, ele precisa arcar com um custo significativo para adquirir as mesmas informações. Esse debate é particularmente relevante em matéria de funcionalidades de plataformas de busca e adquiriu força com a introdução do produto Bing, da Microsoft, no mercado em 2009. O Bing pretendia competir com a ferramenta de busca Google, mas não logrou ameaçar a posição dominante da empresa, o que fez que se questionasse a capacidade da Microsoft em desenvolver um algoritmo de busca eficiente sem contar com uma das maiores vantagens do veterano no mercado: grandes quantidades de dados. Poderia a incapacidade do Bing em estabelecer-se como um rival legítimo dever-se à falta de dados pessoais? Em outras palavras, seria o Bing simplesmente incapaz de desenvolver uma ferramenta de busca igualmente eficiente, e assim atrair mais usuários, porque o Google impõe uma barreira à entrada na forma de dados pessoais?³⁸ A resposta parece ser negativa, uma vez que a Microsoft, depois de tentar durante anos,³⁹ logrou desenvolver uma ferramenta igualmente capaz, além de ter ganhado espaço no mercado de busca.⁴⁰⁻⁴¹ No entanto, uma conclusão definitiva sobre a função desempenhada pelos dados pessoais nos serviços de busca requer análise pormenorizada de algoritmos, o que não parece viável no futuro próximo.⁴²

37. Larry Page, cofundador do Google, cunhou essa frase ao referir-se à investigação da FTC sobre as práticas da empresa, e ela se tornou recorrente na literatura.

38. Cleland e Brodsky (2012) abordam a questão, ainda que de maneira um tanto quanto breve.

39. Yarow (2013) destaca que a Microsoft gastou cerca de US\$ 11 bilhões com o Bing, na tentativa de competir com o Google.

40. Outra resposta possível diz que a Microsoft na realidade usou dados pessoais para o Bing, porém esses dados teriam sido adquiridos de outra forma, especificamente via mercado de *softwares* e Internet Explorer.

41. Chiou e Tucker (2014) defendem que grandes quantidades de dados teriam menos impacto na competitividade de ferramentas de busca do que se pretende assumir.

42. O segredo em torno de algoritmos de busca é o mais bem guardado dessa indústria e é extremamente improvável que Google, Microsoft e outras tenham qualquer intenção de mudar esse cenário. Tanto é verdade que as empresas optaram por não patentear as invenções exatamente para mantê-las sob sigilo.

4.2 Privacidade como direito fundamental

A privacidade é hoje conceitualmente entendida como direito fundamental. O que então significa aplicar uma lógica de mercado a um direito desse tipo? Muito dessa discussão remete a um debate notório que tem por tema o que o direito – e por extensão o direito antitruste – deve tutelar, debate este que se tornou famoso pelas mãos de Guido Calabresi, Ronald Dworkin e Richard Posner.⁴³ Perguntar se uma “lógica de mercado” merece aplicação leva-nos a questionar qual seria essa lógica. Se por ela se entende a necessidade de avaliar a eficiência e a maximização de ganhos, é preciso refletir se esse pensamento é adequado para o caso da privacidade. Entendo que Dworkin tem razão quando diz que a abordagem da eficiência não é a mais adequada, já que o objetivo do direito não pode ser assegurar eficiência, pois ela não é um valor.⁴⁴ Seria possível, no entanto, afirmar que a eficiência tem um papel a desempenhar na teoria do direito e que esse papel é particularmente enfático no antitruste. Nesse caso, a questão é diferente: a fim de saber se a análise antitruste da privacidade é defensável, é preciso primeiro determinar o que o antitruste de fato protege. Esse é outro tópico que rendeu debates acirrados ao longo dos anos.⁴⁵ Se a conclusão é, como parece ser o caso, que o objetivo primeiro do antitruste também não é resguardar a eficiência por si só, não deveria haver nenhuma barreira intransponível para se conceder às autoridades concorrenciais autoridade sob a privacidade.⁴⁶ Dificuldades, no entanto, ainda se apresentam. Duas delas são particularmente evidentes: a questão do *enforcement* dos direitos fundamentais e a conciliação de uma perspectiva de mercado, guiada pela disponibilidade dos bens, com as características dos direitos fundamentais.

Visto que diferentes países possuem abordagens distintas à teoria dos direitos fundamentais, é elementar que as respostas a essas questões variarão

43. O debate se deu quando Dworkin publicou “Is wealth a value?” e teve continuidade no *Hofstra Law Review*, com respostas diretas de Calabresi (1980) e Posner (1981).

44. Dworkin (1980a e 1980b) fornece réplicas tanto a Calabresi quanto a Posner que me parecem convincentes nesse sentido.

45. Robert Bork é um dos principais autores da Escola de Chicago, a qual fala em eficiência como valor antitruste. O próprio Dworkin é um crítico, assim como outros autores autoidentificados na linha pós-Chicago, entre eles Hovenkamp.

46. É evidente que essa autoridade se daria dentro de limites, pois não pretendo sustentar que a autoridade antitruste seria absolutamente livre para efetivar essa proteção da maneira que bem desejasse.

de jurisdição para jurisdição.⁴⁷ Mas a necessidade de engajar-se num debate sobre o tema permanece. Descartar *a priori* o assunto, em vez de proteger os consumidores e garantir um melhor funcionamento do mercado, não é senão recusar-se a enxergar o problema. Não significa que a privacidade será excluída do mercado, nem previne contra desenvolvimentos futuros que vão além do presente uso de dados pessoais para fins de propaganda, mas somente procrastina a discussão. Em algum momento, as autoridades antitruste terão de endereçar a questão. Quanto mais rápido o fizerem, melhores as chances de controle sobre a situação e a possibilidade de impor seus próprios termos regulatórios.⁴⁸ Quanto mais o debate for adiado, mais estabelecidas estarão as preferências das empresas e mais difícil será impor ou influenciar alguma mudança.

Bibliografia

- AMAZON.COM. (2014). Investor relations. *Quarterly Results*. Disponível em: <<http://phx.corporate-ir.net/phoenix.zhtml?c=97664&p=irol-reportsother>>. Acesso em: 6 jul. 2014.
- BLOOM, P. N.; KRIPS, J. (1982). An experiment in the economics of advertising. *Journal of Marketing & Public Policy*, 1, p. 25-42.
- CALABRESI, G. (1980). About law and economics: a letter to Ronald Dworkin. *Hofstra Law Review*, 8, p. 553-562.
- CHIOU, L.; TUCKER, C. (2014). *Search engines and data retention: implications for privacy and antitrust*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2441333>. Acesso em: 9 jun. 2014.
- CLELAND, S.; BRODSKY, I. (2012). *Search & destroy: why you can't trust Google Inc*. St. Louis, Missouri: Telescope Books.
- CLEMENTS, M. T. (2004). *Direct and indirect network effects: are they equivalent?* Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=313928>. Acesso em: 28 jan. 2014.

47. No Brasil, certos aspectos do direito de privacidade são considerados indisponíveis até mesmo pelo titular. Reconciliar a teoria dos direitos fundamentais e o mercado, nesse caso, é um desafio.

48. Como dito, acredito que a reversão completa do quadro atual é utópica, mas não podemos ignorar o papel do direito em promover ou desencorajar mudanças. As autoridades têm poder de influenciar o quadro normativo e assim criar incentivos aos agentes no mercado, em um ou outro sentido.

- CONVERSANT, INC. (2014). *Uniting technology to deliver true 1:1 personalization*. Disponível em: <<http://www.conversantmedia.com/our-approach>>. Acesso em: 10 mar. 2014.
- DWORKIN, R. M. (1980a). Is wealth a value? *The Journal of Legal Studies*, 9(2), p. 191-226.
- _____. (1980b). Why efficiency? A response to professors Calabresi and Posner. *Hofstra Law Review*, 8, p. 563-590.
- EVANS, D. S. (2002). *The antitrust economics of two-sided markets*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022>. Acesso em: 3 jan. 2014.
- _____. (2009). The online advertising industry: economics, evolution, and privacy. *Journal of Economic Perspectives*, 23(3), p. 37-60.
- EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. (2007). The industrial organization of markets with two-sided platforms. *Competition Policy International*, 3(1), p. 151-179.
- FORGIONI, P. A. (2010). *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Pauloasil: Ed. RT.
- GERARDIN, D.; KUSCHEWSKY, M. (2013). *Competition law and personal data: preliminary thoughts on a complex issue*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088>. Acesso em: 14 abr. 2014.
- GOOGLE (2014). *Why Google Analytics*. Disponível em: <<http://www.google.com/analytics/why/>>. Acesso em: 23 nov. 2013.
- GOOGLE BRASIL (2014). *Recursos – Google Analytics*. Disponível em: <http://www.google.com/intl/pt-BR_ALL/analytics/features/index.html>. Acesso em: 23 nov. 2013,
- GRIMMELMANN, J. (2010). Privacy as product safety. *Widener Law Journal*, 19, p. 793-827.
- HAIRONG, L.; EDWARDS, S. M.; LEE, J.-H. (2002). Measuring the intrusiveness of advertisements: scale development and validation. *Journal of Advertising*, 31(2), p. 37-47.
- HOOFNAGLE, C. J. (2009). *Beyond Google and evil: how policy makers, journalists and consumers should talk differently about Google and privacy*. Disponível em: <<http://www.firstmonday.dk/ojs/index.php/fm/article/view/2326/2156>>. Acesso em: 10 dez. 2013.
- HOOFNAGLE, C. J. et al. (2012). Behavioral advertising: the offer you cannot refuse. *Harvard Law & Policy Review*, 6, p. 273-296.

- HOVENKAMP, H. (2005). *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul (MN): Thomson/West.
- JANSEN, B. J.; BOOTH, D. L.; SPINK, A. (2008). Determining the informational, navigational, and transactional intent of Web queries. *Information Processing and Management*, 44(3), p. 1251-1266.
- KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. (1994). Systems competition and network effects. *The Journal of Economic Perspectives*, 8(2), p. 93-115.
- LEE, J. (2013). *Google's Search Market Share Shoots Back to 67%*. Disponível em: <<http://searchenginewatch.com/article/2289560/Googles-Search-Market-Share-Shoots-Back-to-67>>. Acesso em: 3 jan. 2014.
- LUCHETTA, G. (2014). Is the Google platform a two-sided market? *Journal of Competition Law & Economics*, 10(1), p. 185-207.
- POSNER, R. A. (1981). A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law. *Hofstra Law Review*, 9(3), p. 775-794.
- ROCHET, J.-C.; TIROLE, J. (2003). Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, 1(4), p. 990-1029.
- _____; _____. (2004). *Two-sided markets: an overview*. Disponível em: <https://frbatlanta.org/filelegacydocs/ep_rochetover.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2014.
- _____; _____. (2006). Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, 37(3), p. 645-667.
- ROSE, D. E.; LEVINSON, D. (2004). Understanding user goals in web search. *WWW 2004* New York: ACM Digital Library. p. 13-19.
- SALOMÃO FILHO, C. (2013). *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros.
- SHAPIRO, C.; VARIAN, H. R. (1999). *Information rules: a strategic guide to the network economy*. Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press.
- VARIAN, H. R. (2006). The economics of internet search. *Rivista di Politica Economica*, 96(6), p. 177-191.
- WORDSTREAM, INC. (2012). *Facebook IPO: can Facebook beat the Google Display Network in Online Advertising?* Disponível em: <<http://www.wordstream.com/articles/facebook-vs-google-display-network>>. Acesso em: 22 maio 2014.
- YAROW, J. (2013). *Steve Ballmer's huge reorg of Microsoft could bury one of the company's biggest embarrassments*. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/microsoft-reorg-earnings-reports-2013-7>>. Acesso em: 22 out. 2013.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2014 – 1.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

**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**

NAYARA MENDONÇA SILVA E SOUZA

Resumo:

Este trabalho realiza uma análise prospectiva do programa de leniência brasileiro sob seus aspectos de maior relevo atualmente: a responsabilidade civil do signatário de leniência e a confidencialidade dos documentos por ele fornecidos. A metodologia utilizada foi o direito comparado, com o estudo de iniciativas europeias subsidiado por entrevistas realizadas com grandes nomes do direito concorrencial brasileiro. Propõe-se que o direito nacional seja aprimorado nos seguintes tópicos: limitação da responsabilidade civil e exclusão da responsabilidade solidária do signatário de leniência; promoção de cursos de atualização em antitruste para juízes; e restrição do acesso aos documentos fornecidos em acordo de leniência.

1. Introdução

Este estudo visa identificar quais são os mecanismos que podem ser buscados pelo Brasil no direito europeu para melhorar seu programa de leniência no tocante à confidencialidade e à responsabilidade civil do beneficiário de imunidade.¹

1. Neste trabalho, o termo “beneficiário de leniência” será utilizado para designar quem recebeu imunidade ou redução de punição administrativa e de isenção de responsabilidade penal por força de lei, após acordo com autoridade antitruste. Há divergência doutrinária quanto ao uso do termo “leniente”, corrente no âmbito do direito antitruste brasileiro. Segundo Martinez (2013, p. 259-260), “leniente”, pelo significado do termo, é o Estado brasileiro que assina o acordo com um delator. Por esse motivo, optamos por também não utilizar o termo “leniente” para designar o candidato à leniência.

Tanto na Europa² quanto no Brasil,³ existe o risco de o beneficiário de imunidade responder a uma ação civil de reparação de danos pelo cartel (*follow-on actions* ou ações complementares⁴). Se for o primeiro membro do conluio revelado, o beneficiário torna-se alvo mais frágil a esse tipo de processo. Ademais, os documentos oferecidos pela empresa em troca do benefício podem ser demandados para fins de instrução do processo de reparação de danos.

O programa de leniência brasileiro é recente se comparado àquele das autoridades mais maduras em disciplina da concorrência, e somente três casos de leniência foram julgados pelo CADE.⁵ Esta razão e a recente cultura de reparação de danos concorrenciais justificam a falta de discussão quanto às ações complementares. A lei brasileira não trata da (im)possibilidade de divulgação dos documentos obtidos por leniência em caso de solicitação judicial. Outrossim, as falhas de confidencialidade demonstram que nosso sistema jurídico concorrencial precisa ser aperfeiçoado.

Para iniciar as reflexões no Brasil sobre o tema, este trabalho apresenta a perspectiva europeia e faz um diagnóstico das fragilidades do programa de leniência brasileiro. Em conclusão, são apresentadas propostas para que seja fortalecida a persecução de cartéis no País.

2. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (2013).
3. Nos Estados Unidos, os beneficiários de leniência ainda podem contar com a limitação de sua responsabilidade civil (*civil leniency*) caso cooperem com o requerente em sua demanda de reparação de danos concorrenciais. Caso isso ocorra, o signatário de leniência pode contar com a detriplicação (*detrebling*) da indenização devida. Isto porque os EUA trabalham com a possibilidade do pagamento de danos punitivos (*punitive damages*), que no caso de infrações à concorrência é calculado em triplo (*treble damages*). Para maiores detalhes, veja Mahr e Lange (2010).
4. Na Proposta de Diretiva da União Europeia, a tradução utilizada para *follow-on action* foi ação de acompanhamento. No entanto, consideramos o termo “ação complementar” mais didático, por remeter claramente à complementaridade entre o processo na esfera administrativa e o processo civil de reparação de danos.
5. Trata-se do cartel dos vigilantes, dos peróxidos e das cargas aéreas. Essa informação pode ser verificada ao checar a jurisprudência do Conselho por meio do site: www.cade.gov.br/jurisprudencia.

2. A tensão entre a proteção da eficácia dos programas de leniência e a efetividade do direito à reparação das vítimas de cartel na União Europeia

Em direito europeu da concorrência, o fato de uma empresa beneficiar-se de leniência não a protege das consequências na esfera civil.⁶ Conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE),⁷ qualquer pessoa tem o direito de reclamar uma indenização por danos causados por uma prática anticoncorrencial. Por falta de regulamentação específica sobre a responsabilidade civil do signatário de acordo de leniência, esta segue a regra geral de dever de reparação dos danos causados pelo infrator às regras de concorrência.⁸

O TJUE não tem competência para apreciar ações de reparação de danos, a não ser em questões prejudiciais. Logo, é dos tribunais nacionais europeus o dever de aplicar o direito civil nacional à reparação no domínio antitruste.⁹ Disso decorre o risco de *forum shopping*, ou seja, de que o titular desse direito escolha, para entrar com um pedido judicial de indenização, um direito nacional competente mais favorável à sua demanda.¹⁰

O risco dessas ações complementares é ampliado para os beneficiários de leniência por conta do requisito de colaboração com a autoridade de concorrência para a participação no programa: há a demanda de entrega dos documentos que possua relativos à conduta e a descrição detalhada da prática. Nesses documentos constarão segredos de negócios, a data de início e fim da prática, a quantidade de lucro gerada etc., dados que não seriam facilmente obtidos

6. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*. Bruxelas, [s.ed.], 2006, Parágrafo 39.

7. Decisões Courage (C-435/99), de 20 de setembro de 2001, e Manfredi (C295/04 a C298/04), de 13 de julho de 2006, parágrafos 59 e 61.

8. Estas regras são, notadamente, os artigos 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Os tribunais nacionais são competentes para aplicar esses artigos do TFUE referentes ao direito da concorrência, conforme o artigo 6.º do Regulamento (CE) 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81 e 82 [101 e 102] do Tratado.

9. Idem, ibidem, parágrafo 92.

10. Na UE, os países mais favoráveis ao demandante de reparação de danos concorrenciais são Holanda e Dinamarca, segundo Jean-Christophe Grall e Martine Behar-Touchais, em sua palestra *L'action de groupe aux niveaux Français et Européen*. Paris, 4 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/atelier-dgccrf-reparation-outil-au-service-politique-concurrence>>.

pela autoridade. Nos casos em que não houve colaboração de um participante do conluio, a obtenção de documentos decisivos e detalhados sobre a conduta estará condicionada a diversos elementos, tais como um procedimento de busca e apreensão bem feito, a colaboração das investigadas e a competência da autoridade concorrencial na preparação do inquérito. Consequentemente, numa ação de reparação de danos em que se demande o acesso aos documentos do processo administrativo relacionado, os dados do signatário do acordo de leniência estarão mais vulneráveis que os dos outros participantes da colusão, e a quantificação dos danos concorrenciais¹¹ causados pelo beneficiário de leniência será mais simples que o cálculo referente aos outros participantes da conduta. Esse quadro fragiliza o programa de leniência,¹² uma vez que a empresa candidata poderia ver-se intimidada a participar do programa pelo risco de sofrer um impacto certo das ações civis complementares.

A jurisprudência europeia nos casos *Pfleiderer*¹³ e *Donau Chemie*¹⁴ determinou que, na falta de um documento vinculativo em vigor na UE, cabe ao juiz nacional contrabalancear, caso a caso, a *efetividade do programa de leniência* e o *direito à reparação civil* e decidir quais documentos podem ser divulgados para instrução de ações complementares. O TJUE, no caso *EnBW*,¹⁵ de fevereiro de 2014, acrescentou que compete ao requerente de documentos de leniência provar que a necessidade de obtê-los para a instrução de seu processo constitui interesse público superior digno de permitir-lhe o acesso, e que a resposta da Comissão Europeia a esse pedido deve ser motivada com base no prejuízo que a divulgação poderia causar aos interesses protegidos pelo Regulamento 1049/2001.¹⁶ Nesse caso, o TJUE confirmou o entendimento do

11. Sobre a complexidade da determinação do montante de danos concorrenciais, veja Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indenização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.
12. Com essa opinião, temos Idot e Zivy, Livros Verde e Branco da Comissão Europeia e International Competition Network. Em oposição a esta ideia, tem-se o autor canadense Edward M. Iacobucci, em seu artigo “Cartel class actions and immunity programmes” (2013).
13. Acórdão *Pfleiderer* (C360/09) do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 14 de junho de 2011.
14. Acórdão *Donau Chemie* (C-536/11) do Tribunal de Justiça (Primeira Seção), de 6 de junho de 2013.
15. Acórdão *EnBW* (C-365/12) do Tribunal de Justiça (Terceira Seção), de 27 de fevereiro de 2014.
16. “Art. 4.º [...] 2. As instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a proteção de: – interesses comerciais das pessoas singulares

Tribunal Geral da União Europeia do caso *Royaume des Pays Bas* (T-380/08) de que as ações de reparação de danos concorrenciais não configuram interesse privado.¹⁷

Em junho de 2014, o TJUE, no caso ÖBB,¹⁸ confirmou a legitimidade ativa de uma empresa cujo fornecedor atuava em um mercado cartelizado na Áustria, mas não fazia parte do cartel, para demandar os danos causados pelo fenômeno chamado de *umbrella effect* (em que o fornecedor beneficiou-se do aumento dos preços dos concorrentes e subiu o valor de seu produto). Conseqüentemente, tanto o beneficiário de leniência quanto os outros membros do cartel responderão ao processo de reparação de danos, uma vez que o TJUE rejeitou os argumentos de ausência denexo causal ou risco de desincentivo ao programa de leniência.

Ao verificar a necessidade de melhorar a reparação civil de danos concorrenciais na Europa,¹⁹ a Comissão Europeia lançou, em 11 de junho de 2013, a “Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia”. Adotada pelo Parlamento Europeu em 17 de abril de 2014, só resta sua aprovação pelo Conselho de Ministros da UE para que o texto seja cogente. O projeto de Diretiva envolve basicamente dois objetivos: assegurar o exercício efetivo do direito à reparação e regular a aplicação pública e privada do direito europeu da concorrência.²⁰ Dentro do segundo objetivo, é enfren-

ou coletivas, incluindo a propriedade intelectual, –processos judiciais e consultas jurídicas, – objetivos de atividades de inspeção, inquérito e auditoria, exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação”.

17. SAVOV, V. The EU Court of Justice gives a clear indication that sufficiently substantiated requests for access to documents from cartel victims are a matter of public interest (EnBW). e-Competitions Bulletin. *Concurrences*, Paris, n. 64571, p. 1-4, fev. 2014.
18. Acórdão ÖBB (C 557/12) do Tribunal de Justiça (Quinta Seção), de 5 de junho de 2014.
19. A primeira análise da questão foi realizada pelo *Livro Verde da Comissão Europeia* lançado em 2005, seguido do *Livro Branco* em 2008, que culminou na Proposta de Diretiva lançada em 2013 e revisada em 2014. Ao lado das iniciativas do Legislativo europeu, a Rede Europeia de Concorrência lançou um comunicado em 2012 em que assegurava a proteção do material obtido por meio de leniência.
20. Documento de trabalho dos serviços da Comissão – Resumo da avaliação de impacto – Ações de indenização por violação das regras da UE no domínio antitruste que acompanha a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito

tado o problema da interface entre a aplicação dos programas de leniência em face das ações privadas de responsabilidade civil por danos concorrenciais. Com relação à responsabilidade civil do beneficiário de imunidade, a proposta abrange dois aspectos principais: (i) a proteção dos documentos provenientes de acordos de leniência e (ii) a limitação da sua responsabilidade civil.

O artigo 6.º, 6, *veda a autorização pelos tribunais nacionais de divulgação das declarações das empresas em matéria de leniência e de propostas de transação*. A única hipótese em que poderia haver acesso aos documentos de leniência pelos tribunais nacionais seria para verificar se os documentos considerados confidenciais pelas autoridades de concorrência cumprem as definições estabelecidas pela Diretiva para a categoria. As partes ou terceiros jamais teriam acesso aos documentos.²¹

A Diretiva aborda a *responsabilidade civil do beneficiário de acordo de leniência* no artigo 11.²² A regra geral é de responsabilidade solidária entre os membros do cartel. Em caso de beneficiários de imunidade, o dever de reparação por responsabilidade solidária englobaria somente os adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos. A responsabilidade solidária do signatário do acordo de leniência só atingiria as outras partes lesadas caso não possa ser obtida reparação integral das outras empresas envolvidas na mesma infração. Ademais, quanto ao montante de recuperação de uma empresa infratora que pagou a indenização, o beneficiário de leniência também terá vantagem. O montante de sua contribuição ao valor da indenização será correspondente exclusivamente aos danos que a empresa tenha causado a seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos. Com relação às outras pessoas lesadas pela infração concorrencial que não estejam nessa posição contratual (como em casos de *umbrella effect*), o beneficiário de imunidade só terá obrigação de indenizá-las proporcionalmente à sua responsabilidade relativa aos danos causados a essas vítimas.

nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

21. “4. Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indenização, os tribunais nacionais não podem nunca ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das seguintes categorias de informação: a) as declarações de empresa em matéria de leniência, e b) as propostas de transação.”
22. UNIÃO EUROPEIA. *Alterações do Parlamento Europeu à proposta de diretiva sobre ações de indenização no domínio antitruste*. Parlamento Europeu, Bruxelas, 2014, p. 1-63.

3. Responsabilidade civil do beneficiário de acordo de leniência no Brasil: estado da arte e propostas de aprimoramento

A análise crítica do programa de leniência brasileiro, instituído em 2000, passa pelo estudo de seus fundamentos e do estado da arte, para que em seguida seja possível proceder a um diagnóstico de suas fragilidades.

3.1 Fundamentos do programa de leniência brasileiro

O primeiro acordo de leniência realizado no Brasil é datado de 2003, e desde então foram assinados 37 acordos de leniência.²³ Somente três casos de cartel descobertos por leniência já foram julgados pelo Tribunal do CADE, os quais constituem a melhor fonte de pesquisa para desmitificar esse instituto do direito concorrencial.²⁴

Em sua origem, o programa de leniência concedia imunidade administrativa e penal aos beneficiários que trouxessem à então existente Secretaria de Direito Econômico (SDE), informações e provas contundentes sobre uma conduta por ela desconhecida. Os requisitos para que uma empresa celebrasse acordo de leniência eram: (i) cessação da conduta desde o momento da propositura do acordo; (ii) auxílio na caracterização do cartel e durante toda a investigação; (iii) pioneirismo na delação; (iv) ausência de papel de liderança no cartel; (v) identificação dos membros e fornecimento de documentos que comprovassem o cartel e o envolvimento das outras empresas e pessoas físicas; (vi) no momento da propositura do acordo, a SDE não poderia ter informações suficientes sobre o cartel para condená-lo.²⁵ Ainda que não fosse a primeira, uma empresa poderia beneficiar-se de redução de penalidade em uma conduta investigada por fruto de leniência, desde que revelasse novo cartel. Trata-se da chamada *leniência plus*, que persistiu após a edição da nova lei de defesa da concorrência.²⁶ Caso a leniência não fosse concedida, o SBDC ainda poderia, desde que de maneira independente do acordo de leniência proposto, investigar e julgar o cartel. Os beneficiários do acordo de leniência possuíam

23. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Balancos e apresentações*, 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5fdf20e02fed2e0c2023>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

24. Sobre a análise econômica da detecção de cartéis e acordo de leniência, veja Azevedo (2012, p. 275-279).

25. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Combate a cartéis e programa de leniência*. 1. ed. Brasília: Publicação Oficial, v. 1, 2009, p. 20.

26. CORDOVIL, L. Capítulo VI – Do programa de leniência. In: CORDOVIL, L. et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 192.

dois tipos de imunidade ou redução de penalidade: administrativa e penal. No caso das pessoas jurídicas, que não são condenadas pelo crime de cartel, poderia haver a isenção total da multa imposta pelo CADE, caso a conduta revelada fosse desconhecida pelo SBDC, ou a redução do valor da condenação, caso a conduta delatada já estivesse em investigação (sem provas conclusivas) pela SDE. As pessoas físicas, por seu turno, possuíam também a imunidade na esfera penal quanto aos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8.137/1990, com a suspensão do curso do prazo prescricional do crime praticado e impedimento da denúncia-crime. Não eram abrangidos os crimes previstos na Lei 8.666/1993, relacionados a cartéis em licitações e em contratos públicos, nem ao art. 288 do Código Penal (crime de quadrilha ou bando).

Atualmente, o acordo de leniência está previsto nos arts. 86 e 87 da Lei 12.529/2011, e nos arts. 197 a 210 do Regimento Interno do CADE (Resolução 01/2012). Com a nova lei, houve o alargamento da possibilidade de candidatura ao programa: também o líder de um cartel pode participar. Foi também expandida a imunidade criminal abrangida pela assinatura do acordo, com imunidade também para os crimes previstos pela Lei 8.666/1993 e de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal). Importante salientar que não cabe ao Tribunal do CADE “qualquer análise a respeito da validade, cabimento e oportunidade na celebração do acordo de leniência”,²⁷ mas tão somente aplicar a pena relativa à infração.

27. CADE. Processo 08012.001826/2003-10. Parecer do Procurador-Geral Gilvandro Araújo.

Tabela 1 – Casos de leniência julgados pelo CADE

Caso	Período do cartel	Prazo de julgamento	Signatário de acordo de leniência/TCC	Busca e apreensão	Cartel internacional	Envolvimento do MP	Condenação aproximada	Judicialização
Vigilantes PA 08012.001826/2003-10	1990-2003 (13 anos)	2003-2007 (4 anos)	Vigilância Antares e pessoas físicas / sem TCC	2004	Não	Não	R\$ 40mi	Sim
Peróxidos PA 08012.004702/2004-77	1995-2004 (10 anos)	2004-2012 (8 anos)	Degussa Brasil/ sem TCC	2004	Não	MPF e MP/SP	R\$ 150mi	Não
Cargas aéreas PA 08012.011027/2006-02	2003 a 2005 (3 anos)	2006-2013 (7 anos)	Deutsche Lufthansa, subsidiárias e pessoas físicas / TCC: Air France-KLM (R\$ 14 mi)	2007	Sim	MPF e MP/SP	R\$ 293mi	Sim

3.2 *Diagnóstico das fragilidades do programa de leniência brasileiro: risco de vazamento de informações e ações complementares de indenização*

À luz dos entendimentos europeus e dos recentes deslizes ocorridos no Brasil, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da leniência no Brasil no tocante à *confidencialidade dos documentos*, ameaçada pelo risco de vazamento de informações, e à *responsabilidade civil do signatário do acordo de leniência*, que desestimula possíveis arrependidos a delatarem sua conduta pelo temor das ações complementares de indenização.

O ordenamento jurídico brasileiro não confere proteção exaustiva aos documentos provenientes de leniência, por apresentar respostas abertas à interpretação judicial quanto à sua confidencialidade. Isto porque, conforme a Constituição Federal, todos os atos processuais são públicos (art. 93, IX), salvo em casos de defesa da intimidade ou interesse público (art. 5.º, LV). Já segundo o Código de Processo Civil, o Judiciário pode, a pedido, abrir a confidencialidade dos documentos provenientes da leniência. Outrossim, por conta do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, refletido na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), os documentos referentes à atividade do CADE são, em regra, de acesso público. Contudo, em virtude da mesma lei, é possível que seja conferido acesso restrito a determinadas informações quando sua divulgação “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”.²⁸ Dessa maneira, e também por força da confidencialidade conferida ao acordo de leniência pela Lei 12.529/2011,²⁹ é dever do Estado zelar pela sua preservação.³⁰ Infelizmente, esse zelo tem tido alguns percalços divulgados na mídia.

Foi o caso do suposto cartel do metrô de São Paulo, em que o juiz federal entendeu que a confidencialidade dos autos da medida cautelar de busca e apreensão era devida até o momento de sua efetivação. Após o cumprimento da diligência, foi revogado o sigilo total dos autos, permanecendo confidenciais somente os documentos provenientes de busca e apreensão, sob o argumento de que o sigilo seria uma exceção constitucional que não mais se fazia presente no caso. O juiz considerou que deveria ser aplicada a regra geral da Constituição, uma vez que a busca e apreensão realizada já havia sido noticiada

28. Art. 23, VIII, da Lei 12.527/2011.

29. A identidade do signatário e os documentos obtidos por meio do acordo de leniência são sigilosos até o julgamento do processo em questão, conforme regulamentado pelo CADE (Regimento Interno do CADE, art. 207).

30. Art. 25 da Lei 12.527/2011.

da no *site* do CADE e o nome da empresa signatária do acordo de leniência (Siemens) já teria sido revelado na imprensa.³¹

Após esse incidente, a identidade de outro signatário de leniência (Grupo Reichhold) foi exposta em publicação do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região de 27 de maio de 2014, cinco dias após a realização de busca e apreensão pelo CADE. Apesar do processo ter sido mantido em segredo de justiça pelo magistrado,³² a revelação parece ter ocorrido por descuido da Secretaria do Tribunal, que não atentou para a necessidade do sigilo.

Estes fatos revelam o despreparo de alguns servidores da Justiça Federal³³ na condução de processos cujo tema abarca o direito da concorrência, o que prejudica o instituto da leniência, baseado primordialmente no sigilo da identidade do arrependido.

A quebra da confidencialidade pode ensejar diversos danos aos signatários e revela os fatores de inibição a possíveis candidaturas de leniência. Esses fatores incluem, além do prejuízo à imagem dos delatores, a possibilidade (apesar de reduzida) de ações de indenização no Brasil, e a precipitação de ações de reparação nos Estados Unidos e em outros países cujo *private enforcement* seja mais ágil e desenvolvido.³⁴ Daí a necessidade de que a importância da confidencialidade dos documentos de leniência no Brasil seja disseminada.

A Lei 12.529/2011 não faz nenhuma menção à *responsabilidade civil do signatário de leniência*, tampouco há qualquer isenção de sua responsabilidade na norma que autoriza o direito de indenização das vítimas de uma conduta anticoncorrencial. Ademais, conforme o art. 60 da Lei Antitruste, as decisões do CADE constituem título executivo extrajudicial. Entende-se que os acordos de leniência e os Termos de Compromisso de Cessação celebrados pelo CADE

31. Sentença proferida em 9 de agosto de 2013 nos autos do Processo 0004196. 2013.4.03.6114, pelo juiz federal Antônio André Muniz Mascarenhas de Souza, da 3.^a Vara Federal em São Bernardo do Campo.
32. O deslize foi percebido pela imprensa internacional, que publicou matéria revelando a identidade do leniente em 2 de junho de 2014 (Reichhold files for leniency in Brazil in price-fixing cartel, 2014). Após, o Grupo Reichhold, em 4 de junho de 2014, resolveu tornar pública sua participação por meio de comunicado no *site* da empresa (Disponível em: <<https://www.reichhold.com/news-detail.aspx?newsID=111>>. Acesso em: 24 ago. 2014).
33. Conforme a tese de Doutorado (em fase de elaboração) de Gilvandro Araújo, o concurso de juiz federal só passou a exigir conhecimentos de direito da concorrência em 2008, pela Resolução 41 do Conselho de Justiça Federal.
34. Os advogados entrevistados para este trabalho que apontaram esses fatores em suas respostas foram: Ana Paula Martinez, Marcelo Calliari, Maria Eugênia Novis, Mariana Tavares e Mauro Grinberg.

também produzem os mesmos efeitos, dispensando a necessidade, numa ação de reparação de danos, da propositura de ação de conhecimento para identificação dos pressupostos da responsabilidade civil, o que agilizaria o recebimento de indenização.³⁵ No Brasil, esse problema das ações complementares esteve latente durante dez anos: entre 2003 e 2013, os três casos de leniência julgados não ensejaram nenhuma ação de indenização.³⁶ Destarte, os candidatos a leniência, orientados por seus advogados,³⁷ contabilizavam a baixa probabilidade de ação desse gênero no cálculo do custo-benefício em propor tal acordo.

O divisor de águas foi o escândalo político ocasionado pela quebra do sigilo do acordo de leniência referente ao cartel do metrô. O suposto envolvimento de políticos do partido opositor ao da atual Presidência da República na facilitação do cartel em licitações deu ampla divulgação à quebra de sigilo da ação cautelar de busca e apreensão efetuada pelo juiz de São Bernardo do Campo. Como resposta, o governo de São Paulo foi responsável pelo *primeiro processo judicial com pedido de ressarcimento de danos a um beneficiário de leniência no Brasil*.³⁸ A ação contra a empresa Siemens não foi aceita pela juíza, uma vez que foi a única incluída no polo passivo, e que um processo que investigue os danos causados por um cartel deve ser formado por seus outros membros.³⁹

Esse fato reforça a afirmação da Diretiva da União Europeia de que o beneficiário de imunidade proveniente de acordo de leniência é o primeiro alvo das ações civis complementares às condenações administrativas por car-

35. GABAN e DOMINGUES, J. O. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 828. No mesmo sentido, expressou-se Bruno Lana em entrevista para este trabalho.
36. Apesar disso, houve a condenação penal de um gerente de carga internacional da empresa Varig no cartel de cargas aéreas em que, além da pena de 10 anos e 3 meses de reclusão, o empregado foi condenado com base no art. 387, IV, do Código de Processo Penal a reparar os danos causados pelo cartel em 378,9 milhões de reais. Sentença proferida em 29 de janeiro de 2014 pela juíza Fernanda Afonso de Almeida, da 27.^a Vara Criminal de São Paulo.
37. As entrevistas realizadas com os advogados Bruno Lana Peixoto, Marcelo Calliari e Mariana Tavares confirmam a hipótese.
38. Mais de 20 ações de indenização por danos concorrenciais já foram propostas no Brasil. Sobre as ações de responsabilidade civil por danos concorrenciais no Brasil, veja Carvalho (2011, p. 52-74).
39. CARVALHO, M. C.; CREDENDIO, J. E. Justiça obriga Alckmin a refazer ação contra cartel. *Folha de S. Paulo*, 7 nov. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1367921-justica-manda-alckmin-refazer-acao-contra-cartel.shtml>>. Acesso em: 5 maio 2014.

tel. Além da ação proposta pelo Estado de São Paulo, o Ministério Público Estadual, por meio do promotor Marcelo Camargo Milani, também propôs ação de reparação de danos contra os onze membros do cartel do metrô de São Paulo. Segundo o *Jornal da Globo*, em notícia de 26 de maio de 2014, a extensão do valor do dano estimado pelo promotor é de 2,5 bilhões de reais.⁴⁰

Após esses acontecimentos, os advogados de potenciais signatários de leniência passaram a alertar com mais vigor seus clientes dos maiores riscos de virem a ser alvo de ações de reparação de danos concorrenciais tanto no Brasil quanto no exterior, decorrentes de divulgação precipitada de acordo de leniência.⁴¹

No próximo item, serão apresentadas soluções possíveis para a superação das fragilidades encontradas no ordenamento jurídico brasileiro na proteção de seu programa de leniência, de modo a buscar mecanismos para seu fortalecimento.

4. Sugestões de advocacy em direção ao fortalecimento do Programa de Leniência brasileiro

4.1 Emergência de mudanças estruturais

Mesmo antes dos problemas relatados no item anterior, a Consulta Pública 17/2011, lançada pela SDE, apresentou propostas de modificação da lei concorrenciais no tocante às ações de indenização por danos concorrenciais. A proposta modificava o art. 29 da Lei 8.884/1994 para determinar que o ressarcimento dos danos concorrenciais deveria ser realizado em dobro, salvo pelos signatários de acordo de leniência.⁴² Além disso, o projeto firmava

40. GLOBO, JORNAL DA. Empresas denunciadas por cartel podem devolver R\$ 2,5 bilhões, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/05/empresas-denunciadas-por-cartel-podem-devolver-r-25-bilhoes.html>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

41. Todos os advogados entrevistados nesta pesquisa confirmaram a afirmação.

42. “Art. 29. Os prejudicados e os legitimados previstos no art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão propor ação para obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica; o recebimento de indenização por perdas e danos e a execução da decisão prevista no art. 28-A. § 1.º A propositura de ação judicial não suspenderá o curso de processo administrativo em tramitação junto ao CADE. § 2.º Os *prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica*, sem prejuízo das eventuais sanções aplicadas na esfera administrativa e penal. § 3.º *Não se aplica o disposto no § 1.º aos co-autores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência* cujo cumprimento tenha sido declarado pelo CADE,

que a decisão condenatória do CADE seria título executivo extrajudicial.⁴³ Entretanto, o projeto de lei não prosperou, e não houve modificações do sistema de responsabilidade civil concorrencial, nem mesmo com o advento da nova Lei Antitruste. Persistem as dificuldades enfrentadas no tratamento do tema, e por esse motivo urge a necessidade de estudo de soluções que ponham fim às questões debatidas.

Uma dessas questões é a *responsabilidade solidária do beneficiário de leniência*, indicada na regra contida no art. 32 do diploma concorrencial.⁴⁴ A primeira proposta que pode ser enfrentada como solução legislativa ao tema está presente na Consulta Pública citada, de inclusão de pagamento de indenização em dobro em casos de prática anticoncorrencial, salvo nos casos de leniência. Critique-se que a reparação civil em dobro pode ser considerada como um pagamento com função punitiva, questão que não é uníssona no direito brasileiro.⁴⁵

Outras soluções que poderiam ser adotadas pelo Brasil decorrem da experiência dos Estados Unidos e da União Europeia: a *limitação da responsabilidade civil do signatário de acordo de leniência*.

A transposição do modelo estadunidense, em que os praticantes de um cartel devem repor em triplo o dano causado, passaria pela discussão levantada sobre a aplicabilidade dos danos punitivos no Brasil e implicaria mudança legislativa que os aceitasse e pusesse fim à discussão. Caso houvesse essa possibilidade, uma segunda mudança de lei nacional poderia ocorrer, à luz do direito estadunidense, para reconhecimento ao signatário de acordo de leniência (que colaborasse com o processo civil) da “detruplicação” do pagamento do dano causado. Contudo, essas mudanças levariam a duas desvantagens verificadas pelo ex-Conselheiro Mauro Grinberg (2014): a valorização da vítima do cartel em detrimento de outras vítimas que possam demandar reparação de danos (como a vítima de um acidente aéreo); e, considerando somente as víti-

os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados” (grifos nossos).

43. “Art. 28-A. A decisão de condenação proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE obrigará a empresa a indenizar as vítimas pelos prejuízos causados. Parágrafo único. A decisão prevista no *caput* terá caráter executivo em relação aos consumidores prejudicados.”
44. Conforme aponta Martinez (2013, p. 275), a regra geral prevista nos arts. 275 e 942 do Código Civil brasileiro também é aplicada ao direito concorrencial.
45. Para um estudo sobre a função punitiva no direito brasileiro, vide Martins-Costa e Pargendler (2005). Ressalte-se que a proposta de Diretiva europeia (Considerando 12) não admitiu a indenização punitiva.

mas do mesmo cartel, a desvantagem do consumidor lesado pelo beneficiário de acordo de leniência com relação àquelas vítimas que consumiram de outros membros do cartel.

Outra opção seria o Brasil adotar dispositivo semelhante ao europeu,⁴⁶ em que o beneficiário de leniência só seria obrigado a reparar o dano que causou a seus “adquirentes ou fornecedores diretos e indiretos”, e não teria responsabilidade solidária dos danos causados pelos outros membros do cartel.⁴⁷ As críticas da doutrina civilista apontadas por Amaro (2012, p. 412) sobre a proposta de “leniência civil” na Europa podem ser replicadas ao Brasil: (i) a fragilidade normativa dos textos de suporte; (ii) os riscos da instrumentalização da leniência pelo líder do cartel, que poderia organizá-lo tão somente para prejudicar seus concorrentes por meio de sua denúncia, que ficaria impune; (iii) a eficácia discutível (e diferida) que a correção do mercado fornece ao consumidor, enquanto a responsabilidade civil é uma garantia de reparação mais imediata; (iv) os obstáculos constitucionais à modulação da reparação, que excluiriam a aplicação dos princípios da igualdade perante a lei e de reparação integral.

Outra adequação que poderia ser feita ao direito nacional seria compelir o signatário de acordo de leniência a reparar apenas os danos individuais causados pelo cartel do qual fez parte, e eximi-lo (a exemplo do que ocorre na esfera administrativa) da reparação dos danos difusos (que já ocorreria por

46. “Art. 11. [...] 4 – Os Estados-Membros asseguram que a empresa infratora possa recuperar uma contribuição de qualquer outra empresa infratora, cujo montante será determinado em função da relativa responsabilidade pelos danos causados pela violação do direito da concorrência. O montante da contribuição de uma empresa a qual foi concedida imunidade de coimas por uma autoridade da concorrência no âmbito de um programa de leniência não excederá o montante dos danos que ela causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos.”

47. No mesmo sentido da exclusão da responsabilidade solidária do leniente, veja Martinez (2013, p. 304). A autora propõe a inclusão de um § 4.º ao art. 47 da Lei 12.529/2011, nos seguintes termos: “Os signatários de acordo de leniência, nos termos desta Lei, não são solidariamente responsáveis com os demais coautores pelo ressarcimento das perdas e danos causados pelos demais, a menos que o CADE declare o não cumprimento do acordo por parte dos signatários”. Convergência Carvalho e Lima (2012, p. 246), para quem a questão do afastamento da responsabilidade solidária como recompensa negativa ao leniente é uma das possibilidades que deveriam ser verificadas para a efetividade do sistema de reparação de danos no Brasil.

meio da multa aplicada pelo CADE). Essa sugestão, apontada por Badin,⁴⁸ representaria uma adequação ao direito concorrencial brasileiro da modulação dos princípios defendida por Amaro no direito francês.

A alteração legislativa também parece a melhor solução para o *tratamento da confidencialidade do acordo de leniência* no Brasil, e pode ser realizada das maneiras tratadas a seguir.

A primeira delas estava presente na Consulta Pública da SDE 17/2011 que criminaliza a divulgação do acordo de leniência sem justa causa.⁴⁹ Esse dispositivo, porém, teria limitado poder de resolver a fragilidade apontada, quando estivesse envolvido um pedido em juízo da divulgação dos documentos: é que seria difícil compreender que uma decisão judicial devidamente fundamentada não caracterizasse “justa causa”.⁵⁰

Uma segunda opção refere-se a uma alteração legislativa independente das mudanças referentes à responsabilidade civil do beneficiário de leniência. É possível que o acesso aos documentos provenientes de acordo de leniência seja impedido por força de lei, como determinado pelo projeto de Diretiva da União Europeia, e que mesmo assim o beneficiário seja obrigado a indenizar os prejudicados por sua conduta anticompetitiva. Desse modo, a Lei 12.529/2011 deveria conter um dispositivo que retirasse o poder do juiz de determinar a divulgação de informações relativas a acordo de leniência que fossem solicitadas por prejudicado ou seu substituto processual em ação de reparação de danos. Com isto, o tratamento do beneficiário de leniência seria mais justo, já que os documentos por ele fornecidos não o autoincriminariam, colocando-o em

48. Resposta fornecida em entrevista. O ex-Presidente do CADE ressaltou que a lei poderia “deixar mais claro que a empresa não pode sofrer ação de reparação por danos difusos após ser condenada pelo CADE, mas apenas por danos individuais homogêneos”. A resposta dada por Badin que inspirou esta proposta foi: “[...] O que a lei poderia fazer é deixar mais claro que a empresa não pode sofrer ação de reparação por danos difusos após ser condenada pelo CADE, mas apenas por danos individuais homogêneos. Entendo que a multa do CADE, além de sancionatória, tem natureza reparatória, tanto que é recolhida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Por isso, não pode a empresa ser obrigada a dois recolhimentos ao FDD”.

49. “Art. 35-D. Divulgar, sem justa causa, informações confidenciais relativas a acordo de leniência, assim definidas por órgão do CADE. Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

50. Martinez (2013, p. 306) concorda com a desnecessidade da criação de um tipo penal para divulgação de documentos provenientes de leniência. Propõe a imposição de sanção administrativa pelo CADE, no valor entre 5 mil e 5 milhões de reais, de acordo com a gravidade dos fatos e a situação econômica do infrator.

igualdade de condições com os demais participantes do cartel. Desse modo, os documentos fornecidos pelo beneficiário de leniência seriam excluídos do cálculo do dano por ele causado, o que não acarretaria uma desproporção entre a sua condenação e a dos demais cartelizados. No entanto, como apontou em entrevista o Conselheiro Gilvandro Araújo, o acesso aos documentos de leniência deve ser realizado no Brasil para “verificar elementos da leniência para autorizar medidas invasivas, tais como buscas (solicitadas pelo CADE), interceptações (solicitadas pelo MP)”.

4.2 *Promoção de alterações interpretativas: um papel da advocacia da concorrência*

A advocacia da concorrência é uma missão, dada pela lei antitruste ao CADE e à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), que pode trazer benefícios consideráveis ao fortalecimento do programa de leniência. É necessário que haja uma campanha de aproximação do direito concorrencial das esferas civil e penal, nela contidos tanto os magistrados quanto o Ministério Público que lidem com o tema.

A maneira mais utilizada no Brasil de conscientização e *advocacia da concorrência com relação aos juízes* é o contato direto com os procuradores federais junto ao CADE para a discussão de processos que envolvam a autarquia, sobretudo em casos de medida cautelar de busca e apreensão. Também são realizados eventos para discussão do tema⁵¹ e foi publicada uma Cartilha da SDE e do CADE (2010) cujo título é “Defesa da Concorrência no Judiciário”,⁵² com o mesmo objetivo de aproximar os juízes do enfoque jusconcorrencial.

Na União Europeia, existe, como parte da política de defesa da concorrência, um grande esforço para treinar os juízes nacionais para julgamento de casos que envolvam o direito antitruste.⁵³ Seguindo o exemplo europeu, o Fundo de Direitos Difusos brasileiro poderia ser utilizado em um projeto para

51. Foi realizado nos dias 28 e 29 de agosto de 2014, em São Paulo, o seminário “Compliance e a Defesa da Concorrência” com o apoio da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3.^a Região – Emag e da Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe. Em 3 e 4 de junho de 2013, um evento chamado “Defesa da Concorrência e o Poder Judiciário” foi realizado no auditório do Conselho da Justiça Federal. Essa iniciativa poderia ser replicada e aperfeiçoada a exemplo europeu.

52. Para uma análise aprofundada da interface, cf. Oliveira (2002).

53. UNIÃO EUROPEIA. European Commission – Competition. *Training of national judges and judicial cooperation in the field of EU competition law*, 2014. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/court/training.html>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

treinar os juízes que tratam do tema em seus processos. A familiaridade com o assunto aumentaria as chances de que o juiz tome uma decisão acertada em processos de cunho tão técnico e possa alertar suas Secretarias para a importância da confidencialidade. Um problema que poderia advir dessa solução seria o de saber quais juízes deveriam ser treinados, uma vez que a competência para julgamento das questões concorrenciais enfrenta discussões ainda não superadas.⁵⁴

Uma nova interpretação do Código Civil no que diz respeito à indenização a ser paga pelo signatário de acordo de leniência poderia ser aplicada pelos juízes com base no art. 944 do Código Civil de 2002, que determina que a indenização seja medida pela extensão do dano. Entretanto, conforme preceitua seu parágrafo único, o juiz tem discricionariedade para reduzir, de maneira equitativa, a indenização, caso haja “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. Nesse passo, o juiz que analisar o processo de reparação de danos poderia reduzir o valor da indenização a ser paga pelo beneficiário de leniência ao considerar que a gravidade de sua culpa – pelo fato de ter sido o delator da prática – seria inferior à dos demais membros do cartel. Essa abordagem depende do livre convencimento motivado de cada juiz e, por esse motivo, pode ser de difícil aplicação prática em grande escala. Some-se a isto a ressalva de que, mesmo com a delação, a reprovabilidade da conduta permanece, bem como os danos dela decorrentes. Por fim, deve-se acrescer à discussão da aplicação do parágrafo único do art. 944 o fato de que a responsabilidade civil concorrencial é considerada pela maioria dos especialistas uma responsabilidade civil objetiva.⁵⁵ Segundo essa lógica, não poderia ser aplicado o raciocínio acima, já que a culpa (elemento subjetivo) não seria discutida no processo.

54. Decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 627709, de 20 de agosto de 2014, definiu que cabe ao autor optar pelo foro em que ajuizará demanda contra o CADE. Desse modo, o julgamento de casos em que a autarquia está no polo passivo pode ser realizado em qualquer comarca brasileira. Esse aspecto fragiliza ainda mais o julgamento de questões concorrenciais, uma vez que dificulta a especialização dos juízes de todo país. Veja mais discussões sobre a competência de julgamento das questões concorrenciais em Cravo (2010, p. 604) e L.C.L.G.D. Carvalho (2011, p. 26-27).

55. GÂNDARA, L. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC*, São Paulo, n. 21, p. 331-350, jan.-jun. 2012.

O *envolvimento do Ministério Público (MP)*⁵⁶ nos casos em que haja leniência pode ocorrer nos seguintes momentos: (i) na assinatura do acordo, que o membro do MP pode assinar como interveniente anuente;⁵⁷ (ii) na propositura de ação criminal contra os acusados, excluídos os beneficiários da leniência; (iii) na promoção de ação civil pública⁵⁸ contra os condenados pelo cartel para obtenção de reparação dos danos por ela ocasionados. No último caso, o papel do MP seria de demandar judicialmente a reparação dos danos que o signatário de leniência causou. Uma solução possível para a questão seria, como aponta Milagres (2005, p. 201), ele próprio um membro do MP/MG, a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o MP (com anuência da Secretaria Nacional do Consumidor ou do Procon da região que sofreu com a infração) e os signatários de acordo de leniência, em que o último se comprometa a colaborar com o fornecimento de provas para mensuração da extensão do dano, e em troca pague um valor inferior ao dano concorrencial ocasionado por sua participação na conduta. Importante destacar a dificuldade de quantificação do dano concorrencial, o que poderia ser um obstáculo à assinatura desse tipo de termo.

5. Conclusão

Este trabalho verificou quais são os novos mecanismos de proteção à leniência na Europa e sua possível adequação ao ordenamento jurídico brasileiro, que se concluiu pertinente.

Com relação à *responsabilidade civil do signatário de acordo de leniência*, o novo modelo europeu nos parece adequado, com o fim da responsabilidade solidária do delator. Ademais, a mudança legislativa deveria ser acrescida de uma política de incentivo à leniência que teria duas vertentes: a primeira, encabeçada pelo MP, visaria mitigar pagamento de indenização civil pelo signatário de leniência ao Fundo de Direitos Difusos. A segunda vertente, liderada pelo Ministério da Justiça, com o auxílio do CADE e da SEAE, seria de

56. Para a relação entre MP e Concorrência, veja Milagres (2005). Para a a defesa dos interesses dos consumidores em juízo, veja Caixeta (2013). Em geral, a assinatura dos acordos de leniência tem a participação de um membro do MP Federal e do MP do estado em que a conduta ocorreu.

57. Três dos cinco acordos de leniência públicos tiveram certamente a intervenção do MP: peróxidos, cargas aéreas e metrô. Presume-se que também tenha havido intervenção no cartel das resinas, pela tendência observada nos acordos mais recentes.

58. A competência para propositura de ação civil pública está prevista no art. 5.º da Lei 7.347/1985.

advocacia da concorrência, com a promoção de cursos de atualização sobre direito concorrencial e leniência para juízes federais e estaduais que possuam demandas relativas à matéria.

Sobre a *confidencialidade*, uma alteração legislativa que impeça o acesso aos documentos de leniência no âmbito dos processos de reparação civil deveria ser adotada pelo Brasil. Somada à conscientização judicial, essa iniciativa poderia acabar com os fatores de inibição à leniência.

Conclui-se que os mecanismos atuais de proteção à leniência no Brasil estão defasados e mostram-se ineficientes, e que o País precisa dedicar-se a desenvolvê-los, a exemplo do recente engajamento europeu em um novo projeto de Diretiva.

Bibliografia

- AMARO, R. *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*. Paris: Université Paris V (Descartes), 2012.
- ANDERS, E. C.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011*. 1. ed. São Paulo: Método, 2012.
- AZEVEDO, P. F. D. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, L. B. (org.). *Direito e economia no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Cap. 11, p. 150-175.
- BIEN, F. Procédures – Dommages-intérêts – Programme de clémence – Accès aux documents détenus par les ANC: La Cour d'Appel de Düsseldorf refuse également l'accès aux documents remis au Bundeskartellamt dans le cadre du programme de clémence (Kaffeeröster). *Concurrences*, Paris, v. 4, p. 181-182, 2012.
- BIEN, F. Procédures – Dommages-intérêts – Programme de clémence – Accès aux documents détenus par les ANC: Le Tribunal d'instance de Bonn a validé le refus d'accès aux documents remis au Bundeskartellamt dans le cadre du programme de clémence. *Concurrences*, Paris, v. 2, p. 174-176, 2012.
- CAIXETA, D. B. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 1, p. 71-104, maio 2013.
- CARVALHO, L. C. L. G. D. Fundação Getúlio Vargas. *Biblioteca Digital FGV*, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>>. Acesso em: 8 fev. 2014.
- CARVALHO, M. C.; CREDENDIO, J. E. Justiça obriga Alckmin a refazer ação contra cartel. *Folha de S. Paulo*, 7 nov. 2013. Disponível em: <<http://www1>

- folha.uol.com.br/poder/2013/11/1367921-justica-manda-alcmin-refazer-acao-contra-cartel.shtml>. Acesso em: 5 maio 2014.
- CARVALHO, V. M. D.; LIMA, T. N. D. C. O novo SBDC e a implementação da política brasileira de defesa da concorrência na análise de condutas agalcknticompetitivas. In: FARINA, L. *A nova lei do CADE*. 1. ed. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. Cap. 19, p. 256.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Commission Staff Working Paper*. Bruxelas, 2005, p. 77-81.
- _____. *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*. Bruxelas: [s.n.], 2008.
- _____. *Livro branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*. Bruxelas: [s.n.], 2008.
- _____. *Livro verde: ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*. Bruxelas: [s.n.], 2005.
- COMISSÃO EUROPEIA. Actions for damages. *Site da Comissão Europeia*, 2014. Acesso em: 3 maio 2014.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Balanços e apresentações*, 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5fdf20e02fed2e0c2023>>. Acesso em: 10 jun. 2014.
- _____. Programa de leniência, 11 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?85a566aa71af70ca9ebf94>>.
- CORDOVIL, L. Capítulo VI – Do programa de leniência. In: CORDOVIL, L. et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- CRAVO, D. C. A natureza da intervenção judicial do CADE. In: SEAE. *V Prêmio SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os temas Defesa da Concorrência e Regulação Econômica*. Brasília: SEAE, 2010. p. 618.
- EUROPEAN COMPETITION NETWORK. *Resolution of the meeting of heads of the European competition authorities of 23 May 2012*. European Commission, p. 1-3, 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2014.
- FRANCESCHINI, J. I. G. A nova lei do CADE – alguns tópicos de lege ferenda. In: FARINA, L. *A nova lei do CADE*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. Cap. 6, p. 256.
- GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012..

- GÂNDARA, L. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC*, São Paulo, n. 21, p. 331-350, jan.-jun. 2012.
- GLOBO, JORNAL DA. Empresas denunciadas por cartel podem devolver R\$ 2,5 bilhões, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/05/empresas-denunciadas-por-cartel-podem-devolver-r-25-bilhoes.html>>. Acesso em: 19 jun. 2014.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Anti-cartel enforcement manual. *International Competition Network – ICN*, maio 2009. Disponível em: <www.internationalcompetitionnetwork.org>. Acesso em: 15 jun. 2014.
- JUSBRASIL. JusBrasil – Diários. *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/73132339/trf-3-judicial-i-17-07-2014-pg-668>>. Acesso em: 13 ago. 2014.
- LEMAIRE, C. Accès aux documents – Autorité de la concurrence: le législateur français déclare non communicables les documents détenus et élaborés par l'autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision. *Concurrences*, Paris, v. 3, p. 184, 2011.
- MAHR, E.; LANGE, P. A. ACPERA – a glass half full. *Wilmer Hale*, 2010. Disponível em: <http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/ACERPA%20-%20A%20Glass%20Half%20Full.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2014.
- MARTINEZ, A. P. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.
- MARTINS-COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. *CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan.-mar. 2005.
- MILAGRES, M. D. O. O Ministério Público e a defesa da concorrência. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, p. 195-203, 2005.
- OLIVEIRA, A. F. D. *O direito da concorrência e o poder judiciário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SAVOV, V. The EU Court of Justice gives a clear indication that sufficiently substantiated requests for access to documents from cartel victims are a matter of public interest (EnBW). e-Competitions Bulletin. *Concurrences*, Paris, n. 64571, p. 1-4, Fev. 2014.
- SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Combate a cartéis e programa de leniência*. CADE, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov>>.

br/upload/Cartilha%20Lienencia%20SDE_CADE.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2014.

_____. *Combate a cartéis e programa de leniência*. 1. ed. Brasília: Publicação Oficial, 2009. v. 1.

_____. *Fighting cartels: Brazil's leniency program*. Brasília: Publicação Oficial, 2009.

TAVARES, M. A proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, n. 2, p. 32-44, nov. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. *Alterações do Parlamento Europeu à proposta de diretiva sobre ações de indenização no domínio antitruste*. Parlamento Europeu, Bruxelas, 2014, p. 1-63.

_____. Comissão Europeia. [s.l.], 2006.

_____. *Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*. Bruxelas: [s.ed.], 2006.

_____. European Commission – Competition. *Training of national judges and judicial cooperation in the field of EU competition law*, 2014. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/court/training.html>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

Entrevistas realizadas:

Ana Paula Martinez, em 8 de agosto de 2014.

Arthur Badin, em 27 de junho de 2014.

Bruno Lana, em 12 de agosto de 2014.

César Mattos, em 15 de julho de 2014.

Fernando Antônio Oliveira Júnior, em 1.º de julho de 2014.

Gilvandro Araújo, em 30 de junho de 2014.

Leonor Cordovil, em 28 de julho de 2014.

Marcelo Calliari, em 7 de agosto de 2014.

Maria Eugênia Novis, em 11 de agosto de 2014.

Mariana Tavares, em 13 de agosto de 2014.

Mauro Grinberg, em 3 de agosto de 2014.

Paulo Furquim, em 29 de julho de 2014.

Ricardo Ruiz, em 10 de julho de 2014.

Vinícius Carvalho, em 25 de julho de 2014.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2014 – 2.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

**A PROVA DO DANO NAS AÇÕES
DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO
ILÍCITO CONCORRENCIAL**

MARINA SAMPAIO GALVANI

Resumo:

O Estado repreende as infrações à ordem econômica criminal e administrativamente. Contudo, essas infrações também podem causar danos civis passíveis de indenização. A responsabilização civil dos infratores pode funcionar como um importante mecanismo de prevenção de condutas anticoncorrenciais. Para tanto, é preciso que as ações de indenização movidas para esse fim tornem-se mais recorrentes e efetivas, o que depende de métodos de quantificação de danos que permitam a sua integral reparação e possam ser aplicados pelo Judiciário de forma eficaz. A indenização deve corresponder, porém, à real extensão dos danos, para evitar o enriquecimento ilícito das vítimas de ilícitos concorrenciais.

1. A responsabilidade civil por infrações à ordem econômica e a sua função preventiva

É intuitivo que as infrações à ordem econômica não apenas violam a ordem pública ao atentar contra os princípios da livre-iniciativa, da livre concorrência e de defesa do consumidor, mas também causam danos de natureza privada àqueles que efetivamente sofrem os prejuízos decorrentes de tais infrações, que são, em última instância, os consumidores dos produtos e serviços ofertados pelos infratores, sejam eles consumidores finais ou não, pessoas físicas ou jurídicas.

Nesse contexto, as infrações à ordem econômica podem ser compreendidas como ações que violam direitos subjetivos de terceiros, causando-lhes danos. Constituem, portanto, ato ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002 (CC). É preciso analisar em maior detalhe, porém, em que consistem os danos de natureza privada causados por esse tipo de infração.

As infrações à ordem econômica visam a diminuir ou eliminar a livre concorrência, para aumentar o poder dos agentes por meio da dominação ir-restrita de mercados e do aumento ilimitado de lucros. Esses objetivos podem

ser atingidos de várias formas, que possuem como consequência comum o aumento do preço dos produtos e serviços ou, pelo menos, a queda de sua qualidade, causando danos aos seus consumidores diretos e indiretos.

A esse respeito, é importante lembrar que as infrações à ordem econômica podem ocorrer mesmo se a conduta dos agentes não tiver qualquer efeito identificável. Para caracterizar a infração, basta que o ato tenha o potencial de causar efeitos anticoncorrenciais, conforme referido pelo art. 36 da Lei Antitruste (Lei Federal 12.529/2011).

As infrações à ordem econômica apenas causarão prejuízos aos consumidores, no entanto, se surtirem efeitos práticos. Nessa hipótese, estarão caracterizados todos os pressupostos da responsabilidade civil, que, conforme o ensinamento de Regina Beatriz Tavares da Silva,¹ consistem em: (i) violação de um dever ou abuso de direito (no caso, a violação do dever de respeitar a livre concorrência e o abuso do poder econômico); (ii) dano (no caso, os prejuízos causados aos consumidores); e (iii) nexo de causalidade entre o ato e o dano (no caso, a relação de causa e efeito entre a prática da infração à ordem econômica e os prejuízos sofridos pelos consumidores de produtos e serviços).

Estando verificados tais pressupostos, os agentes que cometem as infrações à ordem econômica podem ser responsabilizados civilmente, nos termos do art. 927 do CC. Essa responsabilização possui duplo efeito: não apenas permite o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores, como também funciona como um desestímulo ao cometimento de novas infrações. Isso porque, uma vez cientes de que terão de ressarcir todos os danos decorrentes de eventuais infrações à ordem econômica, os agentes podem chegar à conclusão de que não vale a pena cometê-las, com base em uma análise de custo-benefício.

Tanto assim que o art. 47 da Lei Antitruste afirma aqueles prejudicados por infrações à ordem econômica poderão ingressar em juízo para obter indenização pelos danos sofridos, independentemente de inquérito ou processo administrativo.

Para que a responsabilidade civil de fato desempenhe uma função preventiva de infrações à ordem econômica, é preciso que ela se mostre um instrumento efetivo. Porém, as demandas indenizatórias movidas contra infratores da ordem econômica apresentam uma série de obstáculos a serem superados

1. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35.

para que possam ser consideradas como instrumentos eficientes de reparação e dissuasão.

O primeiro e principal desses obstáculos é a prova dos danos causados pelas infrações à ordem econômica. Apenas os danos reais e efetivos comprovadamente decorrentes das infrações devem ser indenizados, sob pena de banalização do instituto. Afinal, como bem sintetiza Maria Helena Diniz, “não pode haver responsabilidade civil sem existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão”.²

Daí decorre a absoluta necessidade de comprovação dos danos decorrentes das infrações à ordem econômica, o que não é tarefa fácil, dada a origem mercadológica dessas lesões.

2. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial

2.1 A jurisprudência dos tribunais brasileiros

Para analisar a posição da jurisprudência brasileira com relação à prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial, foi realizada uma pesquisa no acervo de jurisprudência das páginas da internet *de todos os tribunais estaduais e federais do Brasil*. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal foram excluídos da pesquisa pelo fato de não analisarem matéria de prova, conforme o disposto na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda assim, a pesquisa realizada foi abrangente com relação ao número de tribunais cujo acervo de jurisprudência foi pesquisado, para que o seu resultado pudesse ser considerado suficientemente representativo e realmente demonstrasse a forma como a totalidade dos tribunais brasileiros está lidando com a questão da prova do dano nesse tipo de demanda.

Foram definidas palavras-chaves de pesquisa de caráter genérico, capazes de identificar quaisquer litígios que envolvessem infrações à ordem econômica. Entre esses casos, foram selecionados aqueles que envolviam acusações de infração à ordem econômica bem fundadas e consideradas como comprovadas nos autos. Foram desprezados os litígios que envolviam acusações desprovidas de fundamento jurídico, ou que não foram minimamente comprovadas pelo autor da ação. Isso porque a discussão sobre a prova do dano ficaria necessariamente prejudicada diante da ausência de ato ilícito efetivo.

2. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 55.

A seguir, foram selecionados os casos que envolviam pedido de indenização, desprezando diversas demandas cujos pedidos restringiam-se a pedidos de obrigações de fazer ou não fazer com vistas a fazer cessar a violação concorrencial.

O alto número de demandas com pedido restrito à obrigação de fazer ou não fazer provavelmente se deve à própria dificuldade de produção de provas dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais, conforme já havia previsto Roberto Pfeiffer³ em artigo sobre as ações coletivas em matéria de livre concorrência.

As palavras-chaves de pesquisa utilizadas foram: (i) violação ordem econômica; (ii) infração ordem econômica; (iii) violação concorrência; (iv) infração concorrência; (v) livre concorrência; e (vi) abuso poder econômico.⁴

Ao final, foram localizados 20 precedentes que envolvem pedido de indenização por ato ilícito concorrencial, sendo 8 no TJMT,⁵ 1 no TJSP,⁶ 2 no TJRJ,⁷ 8 no TJRS⁸ e 1 no TRF4.⁹

3. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 49, p. 11-39, jan.-mar. 2004.
4. A ferramenta de busca de alguns tribunais mostrou-se bastante imprecisa para os termos utilizados. Por isso, sempre que disponível, utilizou-se a opção de busca por *todas* as palavras inseridas. Nos casos em que ainda assim o volume de julgados localizados pela ferramenta de busca foi muito elevado, resultando em julgados imprecisos, optou-se por utilizar as expressões entre aspas, com os seus devidos conectores, a saber: (i) “violação à ordem econômica”; (ii) “infração à ordem econômica”; (iii) “violação à livre concorrência”; (iv) “infração à livre concorrência”; (v) “livre concorrência” e (vi) “abuso de poder econômico”.
5. TJMT: AC 111789/2008, rel. Des. Antonio Horácio da Silva Neto, j. 16/11/2009; AC 118129/2008, rel. Des. A. Bitar Filho, j. 1.º/07/2009; AC 115574/2008, rel. Des. Antonio Horácio da Silva Neto, j. 10/08/2009; AC 43037/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 25/09/2012; AC 35466/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 25/09/2012; AC 69021/2006, rel. Des. Donato Fortunato Ojeda, j. 23/05/2007; AC 35378/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 06/11/2012; AC 35443/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 06/11/2012.
6. TJSP: AC 994.03.009153-6, rel. Des. relator Luiz Ganzerla, j. 08/02/2010.
7. TJRJ: AC 2006.001.02659, rel. Des. Letícia Sardas, j. 17/03/2006; AC 7470/2002, rel. Des. Joaquim Alves de Brito, j. 20/08/2002.
8. TJRS: AC 70033360900, rel. Des. Arnildo Ludwig, j. 26/07/2012; AC 70028627479, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 29/10/2009; AC 70018714857, rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 12/07/2007; AC 70015095847, rel. Des. Odone Sanguiné, j. 11/04/2007; AC 7001670183, rel. Des. Paulo Antonio Kretzmann, j. 21/12/2006; AC 7001513254, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 14/12/2006;

Em 4 dos precedentes localizados,¹⁰ houve apenas condenação por dano moral (individual ou coletivo). Em 7 dos precedentes, houve condenação por dano material a ser apurado em liquidação de sentença.¹¹ Em 7 dos precedentes, houve condenação ao pagamento de indenizações por danos materiais com valores arbitrados aleatoriamente pelos tribunais.¹² Por fim, em 2 dos precedentes¹³ houve condenação por danos materiais apurados em perícia contábil.

A análise dos precedentes que condenaram os réus ao pagamento de indenização por danos morais individuais ou coletivos não é relevante para o escopo deste trabalho, que se restringe à prova dos danos materiais causados por ato ilícito concorrencial. O fato é que os danos morais não necessitam de prova (no sentido de quantificação ou de demonstração da medida em que o direito de personalidade foi violado). Trata-se de danos *in re ipsa*, como ensina Carlos Alberto Bittar.¹⁴ Ou seja, basta que se comprove o fato que lhes deu origem, e os danos morais serão tidos por comprovados, conforme assentado

AC 70013859046, rel. Des. Rubem Duarte, j. 28/07/2006; AC 70044399210, rel. Des. Mário Crespo Brum, j. 13/02/2012.

9. TRF4: AC 5021730-87.2011.404.7100, rel. Des. Fernando Quadros da Silva, j. 27/06/2012.
10. TJMT: AC 111789/2008, rel. Des. Antonio Horácio da Silva Neto, j. 16/11/2009; AC 115574/2008, rel. Des. Antonio Horácio da Silva Neto, j. 10/08/2009; e AC 69021/2006, rel. Des. Donato Fortunato Ojeda, j. 23/05/2007. TJSP: AC 994.03.009153-6, rel. Des. relator Luiz Ganzerla, j. 08/02/2010.
11. TJRS: AC 70033360900, rel. Des. Arnildo Ludwig, j. 26/07/2012; AC 70028627479, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 29/10/2009; AC 70018714857, rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 12/07/2007; AC 70015095847, rel. Des. Odone Sanguiné, j. 11/04/2007; AC 70016701831, rel. Des. Paulo Antonio Kretzmann, j. 21/12/2006; AC 70015132541, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 14/12/2006; AC 70013859046, rel. Des. Rubem Duarte, j. 28/07/2006.
12. TJMT: AC 118129/2008, rel. Des. A. Bitar Filho, j. 1.º/07/2009; AC 43037/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 25/09/2012; AC 35466/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 25/09/2012; AC 35378/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 06/11/2012; AC 35443/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 06/11/2012. TJRS: AC 70044399210, rel. Des. Mário Crespo Brum, j. 13/02/2012. TRF4: AC 5021730-87.2011.404.7100, rel. Des. Fernando Quadros da Silva, j. 27/06/2012.
13. TJRJ: AC 2006.001.02659, rel. Des. Letícia Sardas, j. 17/03/2006; AC 7470/2002, rel. Des. Joaquim Alves de Brito, j. 20/08/2002.
14. “... observa-se que a responsabilização do agente se realiza pelo simples fato da violação de direitos da personalidade do lesado (*damnum in re ipsa*). Os danos em tela são perceptíveis pelo senso comum, porque interferem com a natureza humana, cumprindo a respectiva identificação, em concreto, ao juiz” (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 239).

pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.¹⁵ Exatamente por isso, a quantificação dos danos morais está sujeita apenas a técnicas de arbitramento definidas pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios de razoabilidade, que não serão objeto de análise neste trabalho.

Dentre os acórdãos em que houve condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, 5 foram proferidos pelo TJMT e dizem respeito a um cartel de postos de gasolina ocorrido no estado em meados dos anos de 2004 e 2005.¹⁶ O Ministério Público estadual moveu uma série de ações civis públicas contra os postos de gasolina, requerendo, entre outros pedidos, a sua condenação a “pagar indenização aos consumidores lesados, por meio do ressarcimento do valor que ultrapassar a margem de lucro bruto de 20% (vinte por cento) na revenda de gasolina comum e álcool etílico hidratado”.¹⁷

Os precedentes acolhem esse pedido sem mencionar qualquer aspecto sobre a produção de prova dos danos materiais ou a razão de o Ministério Público ter requerido a fixação da margem de lucro bruta dos postos de gasolina exatamente em 20%. Pelo contrário, os acórdãos apenas aceitaram o patamar e o valor estabelecido a título de danos materiais pelo Ministério Público sem fazer maiores ponderações a respeito.

Como será visto a seguir, a fixação de uma margem de lucro razoável pode ser um método possível para fixação de danos materiais decorrentes de infração à ordem econômica. Essa fixação, porém, deve estar fundamentada em dados reais sobre os custos da atividade ou sobre as demonstrações financeiras das empresas envolvidas. Tais fundamentos não foram utilizados nas ações propostas pelo Ministério Público do Mato Grosso, levando à conclusão de que a fixação da margem de lucro foi feita aleatoriamente.

A mesma aleatoriedade pode ser identificada em um dos acórdãos proferidos pelo TJRS em um caso de ação coordenada de postos de gasolina para aumentar os seus preços durante um feriado.¹⁸ Ao relatar o caso, o acórdão afirma que o preço do litro de combustível aumentou em 10 centavos durante

15. “Este Tribunal já decidiu que, *‘quanto ao dano moral não há que se falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam’*” (STJ, AgRg 524.103, rel. Des. convocado Vasco Della Giustina, j. 09/04/2010 – grifos nossos).

16. TJMT: AC 118129/2008, rel. Des. A. Bitar Filho, j. 1.º/07/2009; AC 43037/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 25/09/2012; AC 35466/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 25/09/2012; AC 35378/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 06/11/2012; AC 35443/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 06/11/2012.

17. TJMT: AC 43037/2012, rel. Des. José Silvério Gomes, j. 25/09/2012.

18. TJRS: AC 70044399210, rel. Des. Mário Crespo Brum, j. 13/02/2012.

o feriado. Porém, o acórdão determina que cada consumidor deverá ser ressarcido em dobro, recebendo 20 centavos por litro de gasolina adquirida durante o período em que houve o aumento, acrescidos de juros de mora de um por cento ao mês.

Não há base alguma para que a indenização por danos materiais equiva-lha ao dobro do valor gasto a maior por cada consumidor com a aquisição de combustível. Ao que parece, a decisão procurou punir o réu por sua conduta por meio do valor da indenização por danos materiais. Contudo, a indenização punitiva não é prevista pela legislação brasileira e, ainda assim, o acórdão nem mesmo deixou claro que a sua intenção era a de punir o réu, razão pela qual a indenização mostrou-se simplesmente aleatória, sem relação com os danos causados.

O acórdão proferido pelo TRF4 possui o mesmo caráter aleatório no que diz respeito à indenização por dano material.¹⁹ A decisão considerou que as rés, empresas distribuidoras de gás, formaram um cartel na região de Porto Alegre e Canoas, que resultou no aumento dos preços dos botijões de gás comercializados na região.

O próprio acórdão afirma que os autores fizeram uma proposta razoável para a definição do valor da indenização por danos materiais, consistente em “0,10 (dez centavos de real) para cada botijão de gás (P2 + P13 + P45) comercializado no período (ano de 1991 a 1997) segundo dados do DNC, sendo cada ré condenada de acordo com sua participação no mercado na época, maiores lucros, maiores sanções”. No entanto, a decisão considerou que esse método de apuração do valor devido causaria percalços excessivos à execução, pois seria muito difícil e tomaria tempo conseguir os documentos necessários. Por isso, o acórdão condenou as rés ao pagamento do valor aleatório de 1 milhão de reais a título de indenização, a ser dividido entre as rés de acordo com a sua participação no mercado à época do cartel. O valor da indenização arbitrada foi totalmente dissociado dos danos efetivamente causados pelas rés, sendo equivalente ao valor que os autores atribuíram à causa para meros fins de alçada, o que não se mostra adequado.

Os precedentes que determinaram a quantificação dos danos materiais em posterior liquidação da sentença foram proferidos pelo TJRS em ações civis públicas praticamente idênticas,²⁰ ajuizadas pelo Ministério Público de Rio

19. TRF4: AC 5021730-87.2011.404.7100, rel. Des. Fernando Quadros da Silva, j. 27/06/2012.

20. TJRS: AC 70033360900, rel. Des. Arnildo Ludwig, j. 26/07/2012; AC 70028627479, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 29/10/2009; AC 70018714857, rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 12/07/2007; AC 70015095847, rel. Des. Odone

Grande do Sul contra postos de gasolina em razão do aumento coordenado de seus preços durante um determinado feriado. Os acórdãos confirmam a procedência das demandas e estabelecem o dever dos réus de indenizar os consumidores pelo preço pago a maior pelo combustível, nos termos dos arts. 95 e 98 do CDC.

Os arts. 95 e 98 do CDC disciplinam a condenação pecuniária em ações coletivas que envolvem direitos individuais homogêneos, determinando que a decisão proferida no processo de conhecimento estabeleça genericamente a responsabilidade do réu, deixando a prova individual do dano sofrido por cada membro da coletividade que se habilite para tanto em uma segunda fase do processo. Apenas após devidamente identificados (liquidados) os danos individuais tem início a execução, que pode ser conduzida coletivamente.

O problema dessas decisões é que elas não determinam nenhum método para a apuração dos danos individualmente sofridos por cada consumidor. Presume-se que os consumidores deverão apresentar a nota fiscal de venda do combustível adquirido durante o feriado em que foi constatado o aumento arbitrário de lucro, e os réus terão de ressarcir cada consumidor da diferença entre esse valor e o preço do combustível que estava sendo praticado antes do feriado em questão. Porém, esse método não fica claramente estabelecido nos acórdãos.

Se efetivamente empregado, o método da diferença entre o preço injustificadamente cobrado a maior durante os dias do feriado e o preço anterior pode ser considerado satisfatório para a apuração dos danos causados pela prática concorrencial ilícita aos consumidores representados pelo Ministério Público.

Por fim, os acórdãos proferidos pelo TJRJ definiram o valor devido a título de indenização por danos materiais com base em perícias contábeis sobre as empresas que foram prejudicadas pelas práticas anticoncorrenciais adotadas pelas réus.²¹ Foram realizadas perícias contábeis nas demonstrações financeiras das empresas autoras, que puderam identificar com precisão os prejuízos sofridos por elas. Os acórdãos não explicam qual foi o método adotado pelas perícias, porém deixam claro que os laudos periciais foram devidamente submetidos ao contraditório e foram considerados suficientemente precisos pelos juízes competentes.

Sanguiné, j. 11/04/2007; AC 70016701831, rel. Des. Paulo Antonio Kretzmann, j. 21/12/2006; AC 70015132541, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 14/12/2006; AC 70013859046, rel. Des. Rubem Duarte, j. 28/07/2006.

21. TJRJ: AC 2006.001.02659, rel. Des. Letícia Sardas, j. 17/03/2006; AC 7470/2002, rel. Des. Joaquim Alves de Brito, j. 20/08/2002.

O método de quantificação de danos materiais baseado em perícia sobre as contas das empresas que alegam terem sido prejudicadas por condutas anticoncorrenciais parece bastante satisfatório, pois permite que a indenização equivalha ao prejuízo material de fato sofrido.

A partir da análise jurisprudencial realizada, conclui-se que há poucas decisões proferidas pelos tribunais nacionais que tratam de ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais, sendo que foram encontradas apenas 20 decisões a esse respeito em todos os tribunais do País. Dentre essas poucas decisões, apenas a metade utilizou métodos minimamente satisfatórios para apurar o valor da indenização devida, de forma que esta correspondesse aos danos efetivamente causados pelas infrações à ordem econômica.

2.2 *A literatura especializada nacional e estrangeira*

A produção doutrinária brasileira sobre as ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial é escassa, e não se dedica de forma ampla ao aspecto prático da produção da prova dos danos materiais causados pelas infrações à ordem econômica.

Os estudiosos brasileiros que chegaram a abordar esse tema limitam-se a considerar que os prejuízos de ordem material comumente causados pelas infrações à ordem econômica consistem tanto em danos emergentes, decorrentes do aumento dos preços de produtos e serviços de mercados afetados pelo ato ilícito concorrencial quanto em lucros cessantes decorrentes das perdas econômicas geradas por essas infrações durante o período abrangido pelas demandas.²²

As perdas econômicas que constituem lucros cessantes são mais facilmente atribuídas a consumidores indiretos, ou seja, às empresas que se relacionam com o infrator da ordem econômica no mercado. Isso porque a infração pode causar, por exemplo, um aumento artificial no preço de insumos utilizados pelas empresas, o que pode encarecer os seus produtos e serviços e levar a uma diminuição no volume de vendas. Alternativamente, é possível que um infrator da ordem econômica pratique preço predatório, dando causa a uma perda de clientela do seu concorrente direto que não ocorreria sem a prática abusiva perpetrada pelo infrator.

22. ANDRADE, Maria Cecília; ARANTES, Álvaro Brito. Private enforcement of competition Law in Brazil. *Global Competition Litigation Review*, v. 5, n. 1, p. 26, 2012; MAGGI, Bruno Oliveira. *O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010. p. 149-150.

A divisão entre danos emergentes e lucros cessantes feita pela doutrina brasileira faz ressurgir a questão da prova dos lucros cessantes no âmbito da responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais. Para que sejam efetivamente indenizáveis, os lucros cessantes devem ter um componente suficiente de certeza para que não sejam equiparados a danos hipotéticos, que não podem ser indenizados, como já ficou consignado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²³

Questiona-se, então, como poderia ser feita a prova dos lucros cessantes sofridos pelos consumidores indiretos. É preciso atentar para o fato de que esse cálculo precisa levar em consideração o eventual repasse ao consumidor do aumento dos preços de insumos ocasionado por atos ilícitos concorrenciais, para que a indenização que venha a ser arbitrada não dê causa ao enriquecimento ilícito do consumidor indireto. Tais aspectos práticos não são, porém, objeto de análise mais aprofundada pela doutrina brasileira.

Mesmo em relação aos danos emergentes, consistentes no aumento dos preços ou na queda da qualidade de produtos e serviços, a doutrina brasileira especializada não aborda em maior detalhe os meios de prova que poderiam ser utilizados para determinar qual é a exata dimensão do sobrepreço ou perda qualitativa causados por cada infração à ordem econômica, exceção feita à menção genérica a perícias contábeis, prova documental e prova testemunhal.²⁴

Uma vez que a doutrina brasileira não apresenta parâmetros para definir como deve ser feita a prova dos danos materiais nas ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais, essa resposta deve ser buscada na doutrina especializada estrangeira, pois a análise dos meios de prova que vem sendo utilizados em outras jurisdições pode definir as premissas a serem seguidas na produção de provas em demandas semelhantes que venham a ser analisadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

Chama atenção, a princípio, o sistema de defesa da concorrência norte-americano, que é altamente desenvolvido. As ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais são amplamente utilizadas nos Estados Unidos da América. Esse tipo de demanda é chamado de *private enforcement* e funcio-

23. “A indenização por lucros cessantes não pode ter por base o lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito, mas deve representar o que a vítima efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar, em decorrência direta e imediata do ilícito” (STJ, REsp 1129538, rel. Min. Honildo de Mello Castro, j. 01/12/2009 – grifos nossos).

24. ANDRADE e ARANTES, op. cit., p. 26.

na como uma das mais importantes formas de repressão a atos de violação à livre concorrência naquele país.

A título ilustrativo, vale considerar o estudo elaborado por Lande e Davis no ano de 2011, que analisou 40 dos maiores casos de cartel nos Estados Unidos da América nos últimos 20 anos. O estudo concluiu não apenas que a metade desses cartéis foi descoberta por meio de ações privadas de indenização, como também que as demandas indenizatórias possuem um papel mais relevante na dissuasão dos cartéis que a atuação do Departamento de Justiça norte-americano (Department of Justice – DoJ) por meio da aplicação de penas de multa e prisão.²⁵

Essa realidade da jurisdição norte-americana se explica em parte por haver uma legislação específica no país a respeito do ressarcimento de danos privados causados por atos ilícitos concorrenciais. Referida legislação é chamada de *Clayton Act*, e entrou em vigor em 15 de outubro de 1914. O *Clayton Act* regula as ações judiciais movidas por partes privadas para buscarem a reparação de danos causados por violações antitruste.

Vale destacar que o *Clayton Act* prevê que as vítimas desse tipo de violação podem pleitear indenizações no valor de até três vezes os danos efetivamente sofridos, o que ajuda a explicar o alto valor das indenizações estabelecidas nas demandas movidas nos Estados Unidos da América. Tal valor elevado, por sua vez, fomenta o ajuizamento de ações de indenização por atos ilícitos concorrenciais. Entre os anos de 1990 e 2005, por exemplo, foram ajuizadas uma média de 750 ações indenizatórias desse tipo por ano.²⁶ Trata-se de clara aplicação pelo direito norte-americano da figura dos danos punitivos, que não são previstos de forma expressa pela legislação brasileira, e cuja aplicação ainda é objeto de controvérsia no Brasil.

Outro relevante ponto de divergência entre as jurisdições norte-americana e brasileira é o fato de que o sistema jurídico norte-americano prevê o julgamento de questões civis por júri popular. Isso significa que mesmo uma questão complexa como a prova dos danos causados por supostos atos ilícitos concorrenciais é submetida a um corpo de jurados constituído de cidadãos comuns. Esse fato torna o julgamento dessas ações mais sensível, o que ajuda a explicar o grande número de acordos celebrados em seu bojo. Vale

25. LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. Benefits from private antitrust enforcement: an analysis of forty cases. *University of San Francisco Law Research Paper*, n. 2011-2022. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090661>. Acesso em: 2 nov. 2013.

26. OSTOYICH, Joseph; LONGMAN, Timothy. U.S. private enforcement. *The Antitrust Review of the Americas 2011*. London, 2011, p. 12.

mencionar, por exemplo, que 39 dos 40 grandes casos de cartel analisados por Lande e Davis em seu estudo de 2011 foram encerrados por acordos celebrados entre as partes.²⁷

Diante desse cenário, a questão da prova do dano nas ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais não parece ser um ponto de grande atenção da doutrina norte-americana. O mesmo não ocorre com a União Europeia, cujos países-membros possuem um sistema jurídico mais similar ao sistema brasileiro do que o norte-americano.

Já há algum tempo a Comissão Europeia tem procurado implementar as ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais de forma mais efetiva nos países-membros do bloco econômico, por enxergar nessas ações uma das principais formas de assegurar o cumprimento da legislação antitruste europeia.²⁸

No ano de 2005, foi produzido um estudo para a Comissão Europeia que identificou os principais obstáculos às ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais. Esses obstáculos foram sistematizados em um livro verde, publicado em 19 de dezembro de 2005, destinado a fomentar o debate a respeito desse tipo de ação.²⁹ Uma das questões propostas pelo livro verde de 2005 dizia respeito à quantificação das indenizações por ato ilícito concorrencial, debatendo a conveniência da utilização de modelos econômicos complexos para quantificar os danos causados, em comparação à adoção de métodos mais simples.

27. Apenas um dos 40 grandes casos de cartel analisados no estudo encerrou-se com uma condenação unânime do réu pelo corpo de jurados. Em todos os demais casos houve acordo, sendo que um deles envolveu apenas um dos réus da ação, que prosseguiu em relação ao réu remanescente.

28. “Strengthening damages claims by companies and consumers has several advantages: it ensures that businesses and consumers harmed by anti-competitive activity are compensated for their losses; it enhances the overall level of respect for the EC competition rules by discouraging companies from engaging in anti-competitive activity; it brings the benefits of Community law closer to the citizen”. COMISSÃO EUROPEIA. *Competition: Commission launched consultations on facilitating damages claims for breaches of EU competition Law*. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressrelease_IP051634_en.htm?locale=en>. Acesso em: 2 nov. 2013.

29. COMISSÃO EUROPEIA. *Livro verde – ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

Ao livro verde seguiu-se a publicação de um livro branco pela Comissão Europeia, em 2 de abril de 2008, o qual sugeriu a adoção de políticas específicas pelos países-membros da União Europeia para facilitar as ações de indenização por atos ilícitos concorrenciais.³⁰ O livro branco afirma que para calcular a extensão dos danos causados por infrações à livre concorrência é necessário fazer um exercício hipotético para definir qual seria a situação da vítima se a infração não tivesse ocorrido, sendo que o dano corresponde à diferença entre essa situação hipotética e a circunstância real da vítima. O livro admite que esse é um cálculo complexo e reconhece que pode ser impossível chegar a um montante exato do valor dos danos causados por violações à livre concorrência. Nessa esteira, o livro branco pondera que a exigência de certeza quanto ao valor dos danos pelas leis nacionais pode se mostrar descabida diante da importância de assegurar a efetiva indenização dos danos causados por esses atos.

O livro branco propôs, assim, que a Comissão Europeia elaborasse um guia prático contendo métodos de diferente precisão para o cálculo do valor dos danos sofridos pelas vítimas de atos ilícitos concorrenciais. E assim foi feito. O guia prático foi publicado em 11 de junho de 2013,³¹ juntamente com uma comunicação no sentido de que o guia tem caráter informativo e não vinculativo aos países-membros, e possui o objetivo de servir como orientação aos tribunais nacionais a respeito dos métodos e técnicas disponíveis para a quantificação dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais.³²

30. COMISSÃO EUROPEIA. *Livro branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

31. COMISSÃO EUROPEIA. *Guia prático – quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf>. Acesso em: 2 nov.2013.

32. COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, 13/06/2013, C167, p. 19-21. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:PT:PDF>>. Acesso em: 2 nov. 2013. Após a publicação do guia prático, a Comissão Europeia ainda editou uma proposta de diretiva para facilitar as ações de indenização por danos causados por atos ilícitos concorrenciais, que foi aprovada em 17 de abril de 2014 pelo Parlamento Europeu (COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem

Apesar de não vinculativo aos Estados-membros da União Europeia, o guia prático de 2013 é um instrumento de grande auxílio no que diz respeito à quantificação dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais, pois descreve diversos métodos possíveis, de diferentes graus de complexidade, para fazer esse cálculo. Como adverte o próprio guia, os métodos nele listados divergem quanto ao volume necessário de dados reais sobre o mercado em que ocorreu a infração. Alguns métodos precisam de um grande número de dados reais sobre o mercado para funcionar, enquanto outros podem fiar-se em presunções da teoria econômica. Quanto mais dados efetivos forem utilizados pelo método, mais a quantificação dos danos se aproximará da realidade, sempre partindo da premissa de que determinado nível de incerteza é inevitável, por ser inerente à natureza dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais.

Os métodos de quantificação propostos pelo guia prático dividem-se, essencialmente, entre métodos comparativos e métodos de simulação. Os métodos comparativos podem ser implementados por meio de técnicas mais simples de comparação direta, ou técnicas estatísticas de regressão. Já os métodos de simulação podem consistir na aplicação de modelos econômicos de mercado, análise de custos empresariais e análises financeiras empresariais.

Os métodos comparativos são três, e buscam definir qual seria a situação da vítima se não fosse pelo ato ilícito concorrencial, para depois compará-la com a situação real e determinar, assim, o valor dos danos sofridos. Para tanto, é possível comparar a situação atual do mercado onde ocorreu a infração: (i) com a situação desse mesmo mercado antes ou depois do período em que ocorreu a infração; (ii) com a situação de outro mercado geograficamente diferente mas semelhante; ou (iii) com a situação do mercado de outro produto/serviço diferente, mas semelhante ao do mercado em que ocorreu a infração.

O guia esclarece que os métodos comparativos utilizam dados reais, e não pressupostos. Esses dados podem ser relativos ao mercado (como, por exemplo, preços e custos de produção), ou relativos a informações internas das empresas atuantes no mercado.

O método comparativo mais efetivo previsto pelo guia prático consiste em uma combinação da comparação do mesmo mercado no tempo com

as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:REV1:PT:HTML>>. Acesso em: 25 jul. 2014), e está aguardando aprovação final pelo Conselho da União Europeia (Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>>. Acesso em: 25 jul. 2014).

um tipo de mercado diferente (geográfico ou de produto/serviço semelhante). Essa técnica é chamada de método das “duplas diferenças”, e consiste em comparar o mercado onde ocorreu a infração por um determinado período de tempo (que inclua o espaço de tempo em que a infração ocorreu) com outro mercado (geográfico ou de produto/serviço diferente) no mesmo período de tempo. Esse método é eficiente porque permite ao observador enxergar outros fatores que afetam as condições dos mercados analisados que não a infração.

Segundo exposto no guia prático, os métodos comparativos podem ser implementados de forma direta comparando-se os valores pontuais das variáveis do mercado onde ocorreu a infração com as variáveis³³ do mesmo mercado em outros períodos ou de outros mercados. A comparação direta também pode utilizar uma média dos valores das variáveis observadas nos mercados durante determinado período de tempo, em vez de apenas um valor pontual.

Além da comparação direta, os métodos comparativos podem ser aplicados com base em uma técnica estatística chamada de regressão. A regressão utiliza dados reais observados do mercado em um cálculo estatístico que permite ao observador determinar o quanto uma variável de interesse é afetada pela infração à livre concorrência e por outros fatores relevantes, que são independentes da infração. Dessa forma, a técnica de regressão permite analisar os efeitos exclusivos da infração sobre a variável de interesse, desconsiderando outros fatores que poderiam influenciá-la.

Essa técnica permite, portanto, uma aproximação muito grande da realidade. Para que essa aproximação ocorra, porém, é necessário utilizar o maior volume possível de dados reais sobre o mercado. A obtenção desses dados é muito importante na análise de regressão, pois se não forem levados em consideração todos os dados que influenciam o mercado, o seu resultado poderá ser distorcido.

Existem formas de testar o grau de confiabilidade da análise de regressão, aplicando testes para determinar o quanto a análise realmente se aproxima da realidade, ou definir a sua “significância estatística”. Há uma convenção econômica de que, se a significância for de pelo menos 95%, a análise será suficientemente confiável. Como afirmado pelo guia, esse índice percentual pode ser utilizado pelos tribunais para considerar satisfatória a prova do dano causado pelo ato ilícito concorrencial.

33. A palavra “variável” é utilizada pelo guia prático para definir o aspecto sobre o qual recaiu o dano alegado. Por exemplo, se o requerente alega que sofreu danos em razão do aumento no preço de um produto, a variável que será comparada é o preço. Essa variável também pode ser custo, remuneração do capital, qualidade do produto etc.

Já os métodos de simulação descritos no guia necessitam de um menor volume de dados reais sobre o mercado onde ocorreu a infração. O primeiro método consiste em utilizar modelos econômicos preconcebidos, que são modelos desenvolvidos pela teoria econômica para descrever determinados mercados de acordo com as suas principais características. Nesses modelos, é possível inserir dados reais sobre o mercado descrito, ou presumi-los de acordo com a teoria econômica. A partir dos dados inseridos, o modelo poderá demonstrar qual seria o comportamento natural do mercado e em que medida esse comportamento foi distorcido pela infração à ordem econômica.

A utilização de modelos econômicos pode mostrar-se eficiente para a definição dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais, desde que os dados teóricos ou reais nele inseridos sejam de fato bastante próximos da situação do mercado onde ocorreu a infração. Se os pressupostos do modelo se distanciarem muito das características reais do mercado, o seu resultado pode ser distorcido.

Os outros métodos de simulação mencionados no guia prático são voltados a verificar os danos sofridos por empresas concorrentes do infrator à ordem econômica ou que se relacionam com ele de alguma forma. Ambos os métodos consistem em analisar dados internos das empresas que alegam ter sofridos danos, para verificar se estes realmente ocorreram e qual a sua extensão.

O primeiro é o método dos custos, que consiste em avaliar os custos de produção da empresa requerente e adicionar a esses custos uma margem de lucro considerada razoável, para verificar se esse resultado foi atingido ou se realmente houve algum prejuízo atribuível à infração à livre concorrência. A margem de lucro razoável é uma presunção que pode ser feita com base em comparações com a margem de lucro da própria empresa antes ou depois da infração, ou com a margem de lucro de outras empresas situadas em mercados geográficos diferentes ou cujo produto/serviço é diferente.

Por fim, o guia afirma que esse mesmo exercício pode ser realizado por meio da análise das demonstrações financeiras da empresa para verificar se ela realmente sofreu prejuízos durante o período em que ocorreu a infração à livre concorrência, e por meio da comparação com as demonstrações financeiras de períodos anteriores ou posteriores à infração.

3. Conclusão

Da leitura do guia prático da Comissão Europeia, depreende-se que os métodos comparativos são mais confiáveis que os métodos de simulação para quantificar os danos, na medida em que utilizam dados efetivos sobre o merca-

do onde ocorreu a infração, e não presunções teóricas, que podem facilmente distanciar-se da realidade.

Parece claro que a utilização do método das duplas diferenças combinado com a técnica de regressão apresenta o mais elevado grau de confiabilidade possível sobre a extensão dos danos efetivamente causados por atos ilícitos concorrenciais, apresentando, ademais, a vantagem de poder ser testada e classificada com um percentual de confiabilidade (ou significância estatística). Esse percentual pode ser utilizado pelos tribunais na apreciação da prova, para verificar se esta é ou não satisfatória.

O grau de confiabilidade da quantificação dos danos materiais é especialmente relevante no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, onde é essencial que o dano material esteja comprovado de forma clara para que possa ser indenizado. Afinal, conforme disposto no art. 944 do CC, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Isso significa que o sistema jurídico brasileiro não prevê indenização de danos eventuais, hipotéticos ou incertos.

Deve-se considerar, porém, que o grande volume de dados sobre o mercado necessário a essa combinação pode apresentar consideráveis dificuldades aos tribunais. Isso porque, em que pese a possibilidade de o juiz ordenar à parte que exiba documento que esteja em seu poder, conforme o disposto no art. 355 do CPC, não pode ser descartada a possibilidade de o infrator da ordem econômica não se mostrar suficientemente proativo no fornecimento desses documentos, como parte de sua estratégia processual.

Por outro lado, o fornecimento de informações sobre o mercado pode ser de interesse do próprio infrator, sendo utilizado inclusive como meio de defesa, pois o emprego de outros métodos de quantificação de danos baseados em presunções teóricas pode resultar em um montante indenizatório de maior vulto que o montante a que chegaria a combinação mais precisa do método das duplas diferenças e a análise de regressão.

É plenamente possível, ainda, que os dados sobre o mercado não sejam detidos pelo infrator da ordem econômica nem pela parte requerente, e o tribunal precise oficiar a terceiros para obtê-los, nos termos do art. 360 do CPC. Esse processo pode representar altos custos em termos financeiros e de tempo. Por fim, os cálculos envolvidos no método das duplas diferenças e na análise de regressão são certamente complexos, e devem ser realizados em prova pericial, nos termos dos arts. 420 e ss. do CPC. A perícia deverá ser conduzida por especialistas em contabilidade, estatística e economia, o que pode agregar altos custos à produção dessa prova.

Todos esses gastos podem não se justificar em determinados casos concretos, em vista, por exemplo, do montante da indenização requerida ser rela-

tivamente baixo se comparado ao custo da produção de provas. O mesmo pode ocorrer em casos mais simples, em que a comprovação dos danos materiais envolva apenas dados empíricos ou que possam ser obtidos facilmente. Em casos como esses, os tribunais podem aceitar a utilização de métodos comparativos mais simples, aplicados de forma direta, ou mesmo de métodos de simulação para comprovar os danos materiais causados por atos ilícitos concorrenciais.

É preciso garantir, contudo, que todas as medidas possíveis para tornar o cálculo dos danos materiais o mais próximo possível da realidade sejam tomadas na aplicação desses outros métodos de quantificação, para que ao final chegue-se a um valor certo e efetivo dos danos materiais sofridos. Sempre que ficar demonstrado no processo que as incertezas do método utilizado superam as certezas, e que o seu resultado final é demasiadamente teórico e dissociado da realidade do mercado, a prova do dano deve ser considerada insatisfatória, e a demanda deve ser julgada improcedente.

Afinal, se os tribunais brasileiros passarem a aceitar como prova cálculos incertos, excessivamente baseados em suposições e presunções econômicas, o infrator da ordem econômica se verá obrigado a indenizar danos incertos e hipotéticos, ensejando o enriquecimento ilícito da vítima, o que levará a uma banalização e a um desvirtuamento dos propósitos a que devem servir as ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais.

Bibliografia

- ANDRADE, Maria Cecília; ARANTES, Álvaro Brito. Private enforcement of competition law in Brazil. *Global Competition Review*, v. 5, n. 1, p. 20-27, 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 994.03.009153-6*. Relator: Desembargador Luiz Ganzerla. Julgamento: 08/02/2010.
- _____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível 69021/2006*. Relator: Desembargador Donato Fortunato Ojeda. Julgamento: 23/05/2007.
- _____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível 118129/2008*. Relator: Desembargador A. Bitar Filho. Julgamento: 1.º/07/2009.
- _____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível 115574/2008*. Relator: Desembargador Antonio Horácio da Silva Neto. Julgamento: 10/08/2009.

- _____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível 111789/2008*. Relator: Desembargador Antonio Horácio da Silva Neto. Julgamento: 16/11/2009.
- _____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível 35466/2012*. Relator: Desembargador José Silvério Gomes. Julgamento: 25/09/2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível 43037/2012*. Relator: Desembargador José Silvério Gomes. Julgamento: 25/09/2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível 35378/2012*. Relator: Desembargador José Silvério Gomes. Julgamento: 06/11/2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível 35443/2012*. Relator: Desembargador José Silvério Gomes. Julgamento: 06/11/2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 7470/2002*. Relator: Desembargador Joaquim Alves de Brito. Julgamento: 20/08/2002.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 2006.001.02659*. Relatora: Desembargadora Leticia Sardas. Julgamento: 17/03/2006.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70013859046*. Relator: Desembargador Rubem Duarte. Julgamento: 28/07/2006.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70015132541*. Relator: Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz. Julgamento: 14/12/2006.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70016701831*. Relator: Desembargador Paulo Antonio Kretzmann. Julgamento: 21/12/2006.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70015095847*. Relator: Desembargador Odone Sanguiné. Julgamento: 11/04/2007.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70018714857*. Relator: Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Julgamento: 12/07/2007.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70028627479*. Relator: Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz. Julgamento: 29/10/2009.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70044399210*. Relator: Desembargador Mário Crespo Brum. Julgamento: 13/02/2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70033360900*. Relator: Desembargador Arnildo Ludwig. Julgamento: 26/07/2012.

- _____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Apelação Cível 5021730-87.2011.404.7100*. Relator: Desembargador Fernando Quadros da Silva. Julgamento: 27/06/2012.
- CAPERNA, Heloísa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. *Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos*. Monografia. Rio de Janeiro: Escola de Direito FGV Direito Rio, 2011.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Competition: Commission launched consultations on facilitating damages claims for breaches of EU competition law*. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressrelease_IP051634_en.htm?locale=en>. Acesso em: 2 nov. 2013.
- _____. Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, C167, p. 19-21, 13/06/2013, Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:PT:PDF>>. Acesso em: 2 nov. 2013.
- _____. *Guia prático – quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2013.
- _____. *Livro branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 2 nov. 2013.
- _____. *Livro verde – ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 2 nov. 2013.
- _____. Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:REV1:PT:HTML>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

- CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. Benefits from private antitrust enforcement: an analysis of forty cases. *University of San Francisco Law Research Paper*, n. 2011-2022. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090661>. Acesso em: 2 nov. 2013.
- MAGGI, Bruno Oliveira. *O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.
- OSTOYICH, Joseph; LONGMAN, Timothy. U.S. private enforcement. *The Antitrust Review of the Americas 2011*, London, 2011, p. 12-16.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 49, p. 11-39, jan.-mar. 2004.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-75.

PUBLIC COMPENSATION IN BRAZILIAN COMPETITION LAW: A MECHANISM TO ENHANCE THE EFFECTIVENESS OF ENFORCEMENT

ADRIANO CAMARGO GOMES

Abstract:

This paper has as its object the improvement of the Brazilian system of competition law, through the institutionalisation of a mechanism by which public enforcement could perform compensational tasks (public compensation). Starting with a diagnostic of the inefficiencies of the private enforcement system, arguments in favour of adopting public compensation in Brazil will be presented. Following that, this paper will draw on an analysis of legislation and case-law to argue that public compensation is compatible with the Brazilian legal system. Finally, it will consider how public compensation should be institutionalised, presenting a possible institutional framework for public compensation.

I. Introduction

Brazilian competition law, similarly to other jurisdictions, is characterised by limited private enforcement. Although competition law enforcement has evolved considerably in Brazil over the last 20 years, private enforcement has not delivered the outcome it was expected to. Victims of competition law infringements are not properly compensated, while wrongdoers are able to keep their illicit gains and are not effectively deterred. Moreover, due to the lack of competition culture and proper incentives to private litigation, the victims cannot rely on an adequate system to seek compensation. To address these shortcomings effectively, this text analyses the public compensation model,¹ ie

1. This name and the core of this proposal was elaborated by Ariel Ezechy and Maria Ioannidou, *Public Compensation as a Complementary Mechanism to Damages Actions: From Policy Justifications to Formal Implementation* (2012) 3 *JEurCL&P* 536.

the use of redress mechanisms within the public enforcement system, whereby not only fines but also compensation can be imposed or agreed.

II. Brief diagnostic of PRIVATE enforcement in Brazil

Despite the existence of a specific provision (Article 47 of the *Brazilian Competition Act*, hereafter BCA) allowing individual and collective civil actions for damages, private enforcement has proved to be insufficient to ensure that victims of competition law infringements are properly compensated.² At least seven causes contributing to this phenomenon can be summarily described.

First, individual actions will not be brought to court if the right-holders are not aware of their rights or if, for social-economic reasons, they lack the resources to do so.³ In other words, the current system of private enforcement depends on the willingness and knowledge of right-holders,⁴ and on their financial situation.

Second, when the individual loss is small among a large number of victims, individual claims are impracticable and collective action is required.⁵ Moreover, complete impossibility and utter certainty that a claim will be brought constitute the extreme ends of a large spectrum; along this spectrum lie many other individual demands which, although not entirely impracticable, are nevertheless unlikely to lead to a claim being brought.

Third, procedural issues reduce the chance of both collective and individual redress. Collective actions have suffered considerable restrictions from statutes and case law.⁶ Hence, many collective actions have been unsuccessful,

2. See Eduardo Gaban and Juliana Domingues, *Brazilian Competition Law: a practitioner's guide* (Kluwer Law International, 2013) 247-248.

3. Mauro Cappelletti and Bryant Garth, *Access to justice: a world survey* (Giuffrè, 1978) 10-21.

4. See Aidan Robertson, UK Competition Litigation: From Cinderella to Goldilocks? [2010] Comp Law 275, 290, who mentions a 'degree of consumer apathy' and acknowledges the difficulties of an opt-in system, which are to some extent similar to those of an individual claim.

5. Gerhard Wagner, Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options (2011) 127 LQR 55. See also Maria Ioannidou, Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement: A normative and practical approach (2012) 8 Comp.L.Rev 59, 73.

6. For instance, Article 16 (*Lei 7.347/1985*, hereafter Collective Actions Act) limits territorially the *res judicata*, so that fewer citizens are benefited by a favourable decision. Many other similar examples of unduly limits on class actions can be

including some in competition law cases.⁷ Considering individual redress, civil litigation discourages potential litigators. On the one hand, the length and cost of procedures do not provide right-holders with the certainty of enforcement; on the other, this stimulates wrongdoers to refuse to settle and to engage in unmeritorious litigation.

Fourth, follow-on claims⁸ do not receive proper incentive: decisions made by the *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (Administrative Council for Economic Defence, hereafter CADE) and not challenge by the parties, or by the courts have no binding effect except between the parties to the procedure (*res judicata*).⁹ This model threatens the success of claims for compensation, as it is not possible to rely on the findings of law and facts of CADE or the courts.

Fifth, the previous problem is worsened as the current system split the jurisdiction on competition claims. Public enforcement is performed by CADE and reviewed by federal courts, while in general, private enforcement falls within the jurisdiction of state courts which adjudicate stand alone and follow-on actions for damages. In none of these courts is there a specific division to deal with competition claims. This situation reduces the coherence of competition law adjudication and the certainty for victims willing to claim for damages.

Sixth, there is a general lack of knowledge of competition law among Brazilian legal professionals.¹⁰ This reduces the technical quality of decisions and can lead to inconsistent approaches to compensation claims under the BCA.

found in both legislation and case law. See also Antonio Gidi, *Class Actions in Brazil* (2003) 51 *AJCL* 311, 341-344.

7. One of them was the collective claim filed after the findings of the 'Gases Cartel', JF 21.^a VARA/TRF3, 0000233-25.2011.403.6100 (São Paulo, 09 March 2013). OECD, *Competition Law and Policy in Brazil – A Peer Review* [2010] <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>> accessed 11 November 2013, 53, reports only one successful case prior to the date the report was issued: a case 'brought by a public prosecutor in the state of Rio Grande do Sul in 2007'.
8. On the distinction between follow-on and standalone claims, see Assimakis Komninos, *EC Private Antitrust Enforcement: decentralised application of EC competition law by national courts* (Hart Publishing, 2008).
9. In Brazil the advantages of follow-on claims are that the decision of the administrative proceedings can be persuasive, and the evidence can be used in the courts.
10. Mauro Grinberg, Camila Paoletti and Leonor Cordovil. Brazil. In: Albert Foer and Jonathan Cuneo (ed.), *The international handbook on private enforcement of competition law* (Edward Elgar, 2010) 446.

Seventh, the lack of competition culture in Brazil has not yet been tackled. The system of competition advocacy has the difficult task of advancing more comprehensive educational measures which – alongside the developments brought about by practice – will lead to improvements in private enforcement.¹¹ Currently, however, advocacy has not been sufficient to foster a culture of competition in Brazilian society or, specifically, to promote compensation claims.

Although some of these problems also affect public enforcement, reducing deterrence and its possible effect on compliance, for the large part they produce more a pernicious outcome in regards to private enforcement.

III. Public compensation as a possible solution

As a result of the private enforcement shortcomings discussed above, although compensation is theoretically possible, it is rarely achieved. One of the consequences of the current situation (virtual absence of compensation) is that the deterrence level is reduced and there is less incentive for firms to comply.¹² Public compensation must be considered a solution capable of producing a practical outcome in Brazilian system as it encourages, but does not depend on, competition culture; provides an effective collective redress mechanism; and leads competition law to a more coherent system of adjudication and enforcement.

Public compensation can serve as a propulsion for competition culture in Brazil, enhancing the knowledge of victims through their adequate compensation.¹³ Concrete benefits received by the injured parties could have the power of making them more aware of competition law as well as of possible future infringements.¹⁴

At the same time, public compensation creates a proper mechanism of collective redress, which does not depend on the ability of the victims to recognise an infringement and the harm it produces. This condition for compensation is transferred to CADE: the public authority that investigates the infringement is in a better position to determine whether it has caused harm or not, and also has a superior knowledge of competition law compared to the

11. Ibidem, 446.

12. Damages actions for breach of the EC antitrust rules' (Green Paper) COM (2005) 672 final, 19 December 2005, 3-4.

13. OECD, Policy Brief – Competition Law and Policy in Brazil [2005] <www.seae.fazenda.gov.br/destaque_ingles/brazilpolbrieffinal.pdf> accessed 11 November 2013, 7.

14. Ezzrachi and Ioannidou (n. 1) 541.

victims of antitrust infringements. There is also a great disparity in the access to evidence: while CADE has all the proofs it collects during the investigation, individual parties and their lawyers would have to require the material and proceed to an analysis that in most of the cases is of high complexity. Finally, many competition claims need an economic assessment¹⁵ that can be properly made by CADE, though not by most of the litigants and their lawyers (or at least, not without a high cost).

Public compensation could also simplify procedural difficulties. Firstly, it does not depend on collective actions, which have been subject to restrictions in Brazilian law. Secondly, when compensation is decided by CADE, the same court has jurisdiction over fines and damages. Primarily, the federal court, which has been reviewing decisions of CADE since its creation, possesses a greater knowledge of competition law. Besides that, it enhances coherence and reduces costs of enforcement: on the one hand, review of the merits is done by a single court, avoiding different conclusions on the occurrence of the infringement; on the other, fines and compensation can be simultaneously defended in court, settled or enforced.

III.1 Public compensation vis-à-vis the Brazilian competition system

Brazil's analytic and very comprehensive constitution states not only general and specific principles for the economic order, but also rules which design a basic framework on how this order should be organized. None of these rules prohibit either compensation for victims from being the outcome of an administrative procedure (as those carried out by CADE), or any public authority from engaging in activities with this aim.

Public compensation is also consistent with the goals pursued by the BCA; it is not prohibited in any of its provisions, and is expressly allowed by one of them. This is crucial because of the principle of legality established in the Constitution (Article 37, *caput*): activities performed by public agents need to be permitted by legislation in order to be legal; it is insufficient for them just not to be expressly forbidden.¹⁶

The BCA (Article 47) recognises the right of victims to compensation and entitles some entities to file collective claims, but it does not state whether

15. See BIS. Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform (April 2012) <<http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/p/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf>> ('BIS Consultation') accessed 15 December 2012, 14.

16. See Leopoldo Pagotto, Are the Brazilian Competition Authorities being Responsive? An Analysis based on the Benign Big Gun Model (2006) 29 WC 285, 302.

CADE could also perform this function in the administrative proceedings or not. If on the one hand this provision does not provide any express restriction on public compensation, on the other, by reference to the class action legislation,¹⁷ it recognises CADE as one of the entities that can legitimately bring collective claims for compensation.¹⁸ In this sense, the Brazilian competition system acknowledges that compensation via private enforcement is functionally consistent with public enforcement and, as such, also fosters deterrence (a mainly public enforcement goal).¹⁹

A further possibility is to perform compensation through a public mechanism: this ‘partial fusion of the compensatory function’ ‘transcends the dichotomy’ between public and private enforcement, deterrence and compensation.²⁰ It demands a ‘formal implementation’²¹ of a ‘positive extension of the role played by the public enforcer.’²² In Brazil, the formal implementation of public compensation does not depend on legislative amendment, as it can be ordered based on Article 38, VII (BCA),²³ which states:

Art. 38. Without prejudice to the penalties set forth in Article 37 of this Law, when so required according to the seriousness of the facts or public interest, one or more of the following penalties may be imposed:

[...]

VII – any other action or measure necessary to eliminate the harmful effects to the economic order.²⁴

Public compensation fulfils the requirements of this provision. Firstly, the most severe competition infringements are generally the ones that cause

-
17. The general framework of collective redress in Brazil comprises the Collective Actions Act and the Consumer Protection Code (*Lei 8.078/1990*). Both are subsidiary sources of the BCA (Article 115).
 18. The same power is granted to other public entities and associations. It includes the possibility of carrying out investigations and entering into agreements known as *Termo de Ajustamento de Conduta* (Conduct Adjustment Agreement, hereafter TAC).
 19. Komninos (n. 8) 9.
 20. Ezrachi and Ioannidou (n. 1) 538.
 21. *Ibidem*.
 22. *Ibidem*, 539.
 23. In the former legislation (*Lei 8.884/1994*) this provision was integrated with another one. However, in the current legislation they have been detached, indicating that they refer to two different powers.
 24. Official Translation.

great harm to consumers, such as hard-core cartels. Secondly, public compensation operates in favour of the general public interest, as can be seen by its consistency with the goals of the Constitution and the protection of the collectivity it entails. Thirdly, the absence of compensation has a hindering effect on the economic order: the fact that in practice a wrongdoer competitor can keep illicit gains, obtained through the harm caused to consumers or competitors, goes clearly against most of the principles of the Brazilian economic order. Indeed, Article 38 (BCA) is sufficiently comprehensive to allow the imposition of compensational measures. It grants considerably extensive powers to CADE and enumerates a wide range of sanctions and remedies that can be ordered.²⁵

The second issue regards the absence of previous restrictions on the content of an administrative decision made by CADE. Two provisions, Article 79 and Article 93 (BCA), impose relevant concerns. Article 79, I, establishes that CADE's decisions, beside the imposition of the fine, should indicate measures for the infringement to cease, but say nothing about measures to address its impact on the victim. However, if this provision is interpreted literally, it would leave no room for Article 38 (BCA), which lists powers to order the undertaking to perform activities that are not intend to cease an infringement, but only to address its effects. A similar issue involves Article 93: it defines the CADE decision as an extrajudicial enforcement order that can impose either a fine or obligations to do something or to abstain from doing something (which can be converted to a pecuniary sum if the court recognises the performance is impossible). It does not mention any type of compensation. However, as some collective forms of compensation in Brazilian law can be technically considered orders that impose obligations to do something,²⁶ the absence of the word 'compensation' must be understood either as a mere inconsistency or

25. Among the sanctions, it is notable the prohibition on companies to contract with the public administration for at least five years and the prohibition on individuals to engage in commercial activities in his name or representing a company for no more than five years. Among the remedies, CADE may order the undertaking to publish the content of its decision in newspapers; recommend to public officials to revoke tax benefits conceded to the undertaking or to compulsory license intellectual property rights; determine structural measures such as the divestiture of assets and the dissolution of the company. On the description of CADE's powers see also Sérgio Arenhart, *Decisões estruturais no direito processual brasileiro* (2013) 225 *RePro* 389, 405.

26. The same is true in the case that CADE orders an undertaking to create a compensatory scheme.

as a preference for non-monetary remedies.²⁷ Whatever the conclusion, one must recognise that the framework of Article 79 and Article 93 do not exclude compensation. In fact, it seems adequate to understand the possible content of the decisions with a reference to the powers granted by the BCA to CADE (and not the opposite).

The idea that public compensation is not forbidden and in fact is expressly permitted under Brazilian law was confirmed in the practice of CADE in an agreement proposed by the undertakings involved in the ‘juice industry cartel’, though in the end it was not implemented. The members of this cartel, who were accused of exploiting fruit growers, included a compensation scheme as the core of their settlement proposal.²⁸ Against it, an interested party filed a claim seeking a remedy to impede CADE from entering into the agreement with the undertakings. The noticeable aspect of this case is that the judicial decision refused to accept the interested party’s arguments, acknowledging the power of CADE to enter into compensation agreements.²⁹ Notwithstanding, after an unfavourable opinion from one of the members of the council, CADE decided (for reasons not related to the compensation scheme) not to enter the agreement and to continue the proceedings.³⁰ What is most relevant about this case and Article 38 is the recognition by CADE and the federal court an agreed form of public compensation is adequate to the current framework of the BCA.

III.II Forms of public compensation adopted in Brazil outside competition law

There are some forms of compensation undertaken by public entities which are related to the representative actions regime. Although collective redress depends fundamentally on judicial decisions, its regime provides other

27. Civil procedure doctrine argues that non-monetary remedies are usually preferable over compensation. Luiz Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos* (3. ed. São Paulo, Ed. RT, 2010).

28. Indenização: Indústrias de citrus concordam em pagar R\$ 100 milhões (*Sistema Ocepar*, 24 August 2006) <<http://www.paranacooperativo.coop.br/ppc/index.php/sistema-ocepar/comunicacao/2011-12-07-11-06-29/ultimas-noticias/34119-34119>> accessed 9 January 2014.

29. JF 17.^a VARA/TRF1, 2006.34.00.020380-5 (18 August 2006).

30. CADE, PA 08012.008372/1999-14 (23 November 2006) (Rigato Vasconcellos). For a brief description of the case, see Brazil orange juice probe goes on’ *BBC News* (23 November 2006) <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6176178.stm>> accessed 9 January 2014.

mechanisms that do not. The most important is the TAC,³¹ an administrative agreement which can be entered by wrongdoers and the public entities responsible for representative claims.³² By this agreement, the concerned party commits to adjust its conduct to the law and, in most of the cases, ensures compensation for those who suffered harm caused by such conduct.³³

These entities can agree with undertakings on the compensation of victims without accessing the judiciary for this purpose. However, those entities cannot directly impose compensation on the wrongdoers. CADE could promote this form of public compensation within the current legal framework, for two main reasons: firstly, CADE is entitled to enter into TACs; secondly, anticompetitive infringements can be tackled within the Brazilian system of collective actions.³⁴ If CADE is entitled to enter into compensation agreements outside its normal administrative activity, there is no reason why it cannot come to agreed solutions within it. In fact, the main difference between TACs and the other types of agreements provided under the BCA³⁵ is that the former case involves the compensation of victims and the latter have been used mostly for the punishment of wrongdoers. Although TACs do not represent situations in which compensation is provided in the course of administrative proceedings or imposed by public authorities, they demonstrate that it can be provided regardless of civil litigation by the activity of public entities.

-
31. See n 18. Similarly to CADE decisions, these agreements are extrajudicial enforcement orders.
 32. Article 5.º (§ 6.º) (Collective Actions Act).
 33. However, it should be noted that the use of this mechanism on issues related to competition law by other entities (such as the Public Prosecution Service) has been criticised: TACs have been used incorrectly not to compensate the victims of anticompetitive infringements, but in attempts to resolve competitive problems by fixing prices and thus chilling, even more, the competition in some markets. On this topic, see Carlos Ragazzo and Rutelly Silva, *Aspectos Econômicos e Jurídicos sobre Cartéis na Revenda de Combustíveis: uma Agenda para Investigações* (2006). SEAE/MF Documento de Trabalho 40 <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_40.pdf> accessed 9 January 2014.
 34. Article 1.º (V) (Collective Actions Act).
 35. Leniency agreement and *Termo de Compromisso de Cessação de Prática* (Commitment to Cease an Infringement, hereafter TCC). The TCC comprises an obligation of the undertaking to stop and not repeat the infringement; a payment in substitution to the fine and other obligations that CADE may consider appropriate (Article 85 (§ 1.º) (BCA)).

Finally, there is also one proper example of non-agreed public compensation, which occurred recently in the electricity sector. Sectoral regulators have powers to deter violations of consumers' rights and, frequently, some of them (particularly in the telecommunication and electricity sectors) impose fines on undertakings. Recently, however, the *Agência Nacional de Energia Elétrica* (National Office of Electricity, hereafter ANEEL) went further: following its decision to quash the review of tariffs undertaken by AES Eletropaulo (one of the biggest electricity distributors in Brazil), ANEEL ordered the undertaking to compensate the consumers because of the difference in the tariff price. The total amount is approximately R\$ 626 million and will be paid in the next four processes of price review.³⁶ As a result, once ANEEL has acknowledged its power to order public compensation in the benefit of consumers, it is probable that this measure will be used against other undertakings in the tariff review procedure. This is a case of imposed public compensation with only two differences in relation to the Ezrachi/Ioannidou model:³⁷ firstly, the approach of ANEEL is incidental and not yet formally implemented; secondly, the decision is not on competition law.

In summary, considering that CADE was granted comprehensive powers in order to take any measure to eliminate the effects of infringements in the economic order; that compensation has been provided in Brazil outside judicial procedures, by public entities and, in some cases, as a result of public enforcement proceedings; the provision of compensation by CADE would be compatible with and authorised by the Brazilian legal order.

IV. Implementation of public compensation in the Brazilian system

In order to consider issues regarding the internalisation of public compensation in the system, the first part of this chapter analyses structural issues and indicates how public compensation could be internalised, the structure and the procedure it should comprise. The second section provides a critical assessment of the limits involved in the proposal to internalise a public compensation system in the terms outlined in the previous sections.

IV.1 Institutionalisation of public compensation in Brazil

The only proposal to implement public compensation in Brazil was a bill draft proposed by the *Secretaria de Direito Econômico* (Secretary for Economic

36. ANEEL determina restituição aos consumidores da Eletropaulo (ANEEL, 17 December 2013) <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=7623&id_area=> accessed 9 January 2014.

37. See n. 1.

Law, hereafter SDE). However, a legislative amendment, though capable of making the existent provisions more precise, is not necessary: CADE already has sufficient powers to issue compensational orders. Considering legislation, case law and the administrative practice of other public entities, public compensation is already accepted but not yet institutionalised. Although it would generally follow the standard procedure used by CADE for finding facts and imposing fines, it needs a more detailed framework, one that cannot consistently emerge from case law.³⁸ A regulation (*Decreto*) would suffice for this purpose. Among the issues that should be considered in the regulation, the most relevant are the way compensation should be ordered and quantified, and who should receive the benefits.

Regarding the technical issue of how compensation should be ordered, it must be part of one of the three possible outcomes of CADE's *ex post* activities: decision, TCC or leniency agreement. In the decision, public compensation should be provided as one of the measures addressing the effects of the anticompetitive infringement and supplementing the fine. In the TCC, public compensation could be one of the complimentary obligations imposed on the undertaking. Finally, in the leniency procedure, compensation should be stipulated as a necessary condition for the agreement in the terms of Article 86 (§ 3.º) (BCA).³⁹ In any case, public compensation should not depend on the good will of the undertaking;⁴⁰ either it is imposed with the fine or should be considered a mandatory clause of the TCC and the leniency agreement whenever an infringement is found.

In Brazil, public compensation can effectively be 'additional and independent' with regard to the fine⁴¹ since they rely on different provisions: the limit established for the fine (Article 37, BCA) does not affect compensation *a priori*.⁴² However, the complex issue of quantifying damages in antitrust cas-

38. In Brazil, administrative decisions are not jurisdictional and there is no tradition to respect precedents. See Luiz Marinoni, *Precedentes obrigatórios* (2. ed. São Paulo, Ed. RT, 2010).

39. See Cornelis Canenbley and Till Steinvoth, Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict between Leniency Programmes and Private Damages Actions? (2011) 2 JEurCL&P 315. Although they expressly propose public compensation in leniency procedures, in light of the Brazilian system, it is controversial the disclosure of documents obtained through leniency to victims or private enforcement could be restricted.

40. Ezrachi and Ioannidou (n. 1) 542.

41. *Ibidem*, 542.

42. Hence, 'fine plus' or 'fine minus', methods of calculation in which the 'total sum paid by the violator remains below the maximum fine level as set in legislation'

es⁴³ also affects public compensation. In light of that, considering its deterrent function, one could argue that disgorgement would also be a suitable remedy under this mechanism.⁴⁴ Indeed, in cases where the calculation of losses (either individual or collective ones) is excessively complex, disgorgement might be useful to reduce the burden of the competition authority. Certainly this is not the ideal, but rather a halfway, solution:⁴⁵ it could provide a fund held in escrow for follow-on claims ascertaining the damages (impeding the undertaking to make use of its illicit profits during this period).⁴⁶

Finally, in order to create a so-far inexistent nexus between public enforcement and the injured group,⁴⁷ public compensation can have *a priori* two different sets of beneficiaries: individuals or collectivity.⁴⁸ Although the contribution of public compensation would be more pronounced in the second case, there is still a role for it to perform in individual claims.⁴⁹ In this case,

[Ezrachi and Ioannidou (n. 1) 542], are not necessary in Brazil. Furthermore, the proposal that part of the fine should be ‘channelled back to the affected class’ is possible irrespective of public compensation. However, legislation should be amended in order to ensure that fines, which are paid to the FDD, are used to the benefit of the victims.

43. Commission (EU), Quantifying Harm in Actions for Damages based on Breaches of Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Draft Guidance Paper—Public Consultation, June 2011), <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_en.pdf> accessed 22 January 2014.
44. On disgorgement, see Einer Elhauge, Disgorgement as an antitrust remedy (2009) 76 ALJ 79.
45. Contrary, defending that in a model of public compensation damages should be based on the illicit profits rather than on the actual losses, see Canenbley and Steinvorth (n. 39) 326.
46. Elhauge (n. 44) 94-95.
47. See Ezrachi and Ioannidou (n. 1) 541. Although fines are paid to the FDD, its amount is used without any correlation to the harm. In 2013, CADE’s activity was responsible for 75% of the contribution to the FDD (approximately £ 23 million). See FDD, NOTA – Relacionamos abaixo os valores recolhidos ao FDD, de acordo com suas finalidades até o dia 31 de dezembro de 2013 [2014] <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={2E9C42A4-DF21-4C71-AB15-D54A6BF74B01}&ServiceInstUID={59D015FA-30D3-48EE-B124-02A314CB7999}>> accessed 19 February 2014.
48. See Ezrachi and Ioannidou (n. 1) 541-542. With regard to this division in Brazilian law, see Gidi (n. 6) 354-360.
49. See Ezrachi and Ioannidou (n. 1) 541-542. However, this hypothesis is subjected to restrictions in Brazilian law (n. 58).

compensation obtained by individuals would have to be deducted if they succeed in subsequent claims.⁵⁰

IV. II Limitations of public compensation in Brazil

The suggestion that public compensation should be adopted in Brazil has, nonetheless, left some unanswered questions and, consequently, some space for criticism. This section aims to analyse possible limitations of public compensation in the Brazilian system considering three different aspects: the role performed by CADE; the rights protected through public compensation and the position of public compensation in the enforcement system of competition law.

One possible drawback to public compensation is whether the structure of CADE is suited to undertake such a function. The restricted capacity of CADE is the most intrinsic limitation on public compensation: CADE's limited resources and personal turnover have been consistently considered major problems of Brazilian competition authorities.⁵¹ Three arguments would support this perspective. Firstly, although public compensation may reduce costs from a systemic perspective, it would increase the costs of enforcement incurred by CADE. Secondly, the quantity of work may increase dramatically for the *Procuradoria do CADE* (Legal Service of CADE, hereafter ProCADE), either because undertakings might be more willing to seek judicial review if their loss is greater (fine and compensation summed), or because public compensation involves, when judicial review is sought, a representative claim; that is, a collective procedure where issues and evidence tend to be more complex. Thirdly, procedure could be delayed not only because of more complex calculations involved in compensation, but also because of the concurrent interests in public compensation (infringers and victims).

The increases in cost, time and work are possible.⁵² However, it should be considered that the BCA granted CADE more extensive powers and au-

50. Ezrachi and Ioannidou (n. 1) 543-544. Individual claims would not be affected where harm to collective rights are compensated.

51. OECD, *Peer Review* (n. 7) 1.

52. It should be considered though that according to Article 118 (BCA), CADE is invited to join all the claims that involve the BCA. Possibly, considering that in some of these actions CADE's participation is important, public compensation would lead to a reduction in the quantity of actions in which CADE would be invited to join.

thorised the hire of 200 new employees as well as the tripling of its budget.⁵³ On the one hand, more cases can now be dealt with; on the other hand, the improved structure is still not sufficient to deal with all infringements. A strict policy of prioritisation determines which cases are to be investigated – and the same is applicable for public compensation.⁵⁴ The advantage of public compensation with regard to costs, is that CADE will spend more only when it is certain that an infringement has occurred: otherwise, there is no point in considering compensation. As long as the increase in cost is reasonable compared to the results achieved, public compensation will offer a more efficient allocation of resources. Although possibly enhancing the costs of CADE, this is expected to reduce the overall cost of enforcement – which is also rational from a policy perspective.

Another potential limitation of public compensation is the nature of the rights involved, and the consequent difficulty of addressing all of them (ie for the compensation to deal with all the losses caused by the infringement). When compensation concerns collective rights, it can be done in two different ways: by fluid recovery,⁵⁵ or by a contribution of the undertaking to the FDD. Although currently this is not the case, the amount should be used to benefit consumers in the affected market.⁵⁶ However, the issue is more complex when individuals are considered, not only because their identification or the quantification of damages may be more difficult,⁵⁷ but also because transferring them the money would be problematic.⁵⁸ Indeed, there is a need for a more flexible approach to address this issue.⁵⁹

53. See Lu Otta and Célia Froufe, Super CADE terá mais poderes que a PF. *O Estado de S. Paulo* (Brasília, 7 October 2011) <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,super-cade-tera-mais-poderes-que-a-pf,782254,0.htm>> accessed 9 January 2014.

54. As the use of these powers represent the performance of a public service they must be provided in a reasonable and proportionate manner. See Adrian Zuckerman, Civil Litigation: a Public Service for the Enforcement of Civil Rights (2007) 26 CJK 1, 2.

55. On fluid recovery, see Roberto Amore and Albert Foer, Cy Pres as an Antitrust Remedy (2005) AAI Working Paper 05/09 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103595> accessed 22 January 2014.

56. See Ezrachi and Ioannidou (n. 1) 542.

57. *Ibidem*, 542.

58. On one hand, if the undertaking seeks the judicial review of compensation, how would the interested parties join the procedure or, in case the decision is set aside, how would the beneficiaries be obliged to give restitution in the case they were directly paid? On the other hand, if the authority receives the compensation, how

It could also be suggested that public compensation might considerably reduce the chance of subsequent litigation without offering full compensation to individuals.⁶⁰ However, two arguments refute this possibility. First, despite the possible lack of incentive created by public compensation, it is still preferable over a situation of non-enforcement. Second, the disincentive on small claims does not represent a problem: these claims are impracticable without a collective procedure and those who can file a representative claim will have a duty to do so regardless of the economic incentives the right-holders might have. Clearly, public compensation can achieve better results if compared to the current situation.

In relation to the position of public compensation in the enforcement system of competition law, both the public and private aspects should be considered. As regards private enforcement, the analysed limitations make clear that there is a complementary relationship:⁶¹ on one hand, public compensation is a reactive tool that stems from the underperformance of private enforcement;⁶² on the other, its limits signify that private enforcement is still necessary. In other words, public compensation reduces the competition law system's dependence on private enforcement, but is not sufficient to replace it.⁶³

It has also been argued that allowing a competition authority to order compensation ensures consistency of enforcement and avoids over-deterrence.⁶⁴ In turn, public compensation changes public enforcement, because it introduces a new goal (corrective justice)⁶⁵ and strengthens the powers of CADE. These changes may lead to two inconsistencies: a major risk of capture, and disproportionately severe sanctions caused by the sum of fine and compensation.

The first issue involves the recognition that when an authority is empowered to regulate the market, there is a risk of it becoming 'owned' by the interests it is designed to regulate; and furthermore, that this risk increases if its

would the amount be transferred to the undertakings? In Brazil, there is a complex issue regarding the transfer of money from the government to citizens. Tax rebates could be one creative, though *de lege ferenda* solution to this problem.

59. See Pagotto (n. 16) WC 287.

60. See Ezrachi and Ioannidou (n. 1) 544.

61. See *ibidem*, 544. Contrary, see Canenbley and Steinworth (n. 39) 325.

62. See Ezrachi and Ioannidou (n. 1) 544.

63. See *ibidem*, 543.

64. BIS. Consultation (n. 15) 37.

65. For a traditional perspective on the division between the functions of public and private enforcement, see Wouter Wils, *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages* (2009) 32 WC 3.

powers are expanded.⁶⁶ In this case, the goals of public compensation could suffer at the hands of three different competing and regulated interests: political (from the government seeking to protect its industrial policies), economic (from the players of the market in order to avoid competition) and social (from the public trying to obtain over-protection and possibly chilling competition). It is difficult to predict the effective capture of CADE if its powers are enhanced to accommodate public compensation. However, given that it has not been captured so far, there is a strong possibility that this will not happen in the future, so long as appropriate mechanisms to ensure accountability are put in place.

Although public compensation may also enhance the deterrence effect of the fine (without liability for the losses, an undertaking on which the fine is imposed may keep its illicit gains),⁶⁷ if the aim was purely to foster deterrence, an increase in the fine would suffice. This complex relationship exposes another one, between the compensation and the fine, particularly in agreements. It has been suggested that compensation should integrate the fine up until its maximum level,⁶⁸ establishing a cap that may be different from the total of losses. Although this is justified in Europe as matter of policy (also to avoid the necessity of legislative amendments), the situation in Brazil is different. As the fines are already paid to a fund for the protection of collective rights (FDD), channelling resources back to victims depends more on rules regarding the management of FDD than rules related to public compensation itself. However, considering that another solution, a pure sum of compensation and fine, may impose a disproportional burden on the undertaking, public compensation should be ordered together with a reduced fine.⁶⁹

In the case of agreements, public compensation could potentially create a disincentive. One reason is that undertakings faced with the excessive burden of compensation and fine may prefer not to settle in order to seek judicial review; another and more relevant reason is that leniency applicants may be discouraged from whistleblowing if the agreement would grant them immunity from the fine, but not from compensation.⁷⁰ As leniency has been a particularly important tool to fight hard-core infringements, threatening its suc-

66. Christopher Hood, *Explaining economic policy reversals* (Open University Press, 1994) 21-22.

67. See Elhauge (n. 44) 80.

68. See Ezrachi and Ioannidou (n. 1) 542.

69. The sum of the fine and the compensation should be reasonable: Canenbley and Steinvorth (n. 39) 324.

70. See Canenbley and Steinvorth (n. 39) 326.

cess would risk the success of enforcement as a whole.⁷¹ However, considering that at present leniency does not impede compensation (the difference from a public compensation system is that leniency currently depends only on private enforcement), it is arguable that public compensation would not threaten the success of the leniency programme, but on the contrary, could be used to preserve it.⁷² Indeed, public compensation could be used as a tool to integrate public and private enforcement ‘whilst at the same time maintaining the benefits offered by leniency programmes.’⁷³

The most severe criticism against public compensation in Brazil concerned the roles of CADE and of the courts in the enforcement of competition law. In short, it was alleged that a decision from an administrative authority, instead of a judiciary one, ordering compensation would violate the constitutional principle of separation of powers.⁷⁴ However, as has been demonstrated, public authorities do have the power to order compensation for individuals, and likewise to sanction them. In both cases, Article 5.º (XXXV) (Constitution) which determines that no right shall be previously excluded from judicial analysis, is applicable: every administrative decision can, as a matter of principle, be submitted to judicial review.⁷⁵ Hence, a decision of public compensation can also be reviewed in the courts: CADE does not adjudicate in their place. Clearly, the principle of separation of powers is observed in the same way it is observed by administrative decisions that only impose fines.

V. Conclusion

This paper is concerned with the situation of under-enforcement in Brazilian competition law, particularly caused by shortcomings in private litigation. It has analysed public compensation as a proposal to address the above-mentioned problem. It suggests that public compensation creates a viable, desirable and adequate alternative to address the shortcomings faced by the

71. See *ibidem*, 320.

72. *Ibidem*, 324.

73. *Ibidem*, 325.

74. See IBA, Formulário de sugestões – Consulta Pública 17 [2011] <<http://cade.gov.br/upload/IBA.pdf>> accessed 9 January 2014, 4; IBRAC, Formulário de sugestões – Consulta Pública 17 [2011] <<http://cade.gov.br/upload/IBRAC.pdf>> accessed 9 January 2014, 12; OAB-DF, Formulário de sugestões – Consulta Pública 17 [2011] <<http://cade.gov.br/upload/CCOAB%20DF.pdf>> accessed 9 January 2014, 3; OAB-SP, Formulário de sugestões – Consulta Pública 17 [2011] <<http://cade.gov.br/upload/CECORE.pdf>> accessed 9 January 2014, 6.

75. See Arenhart (n. 25) 398.

private enforcement of competition law in Brazil. However, it is noteworthy that if the formal implementation of public compensation involves both public and private aspects of the enforcement system, its success depends on the adequate integration of these two aspects. To some extent, public compensation encompasses both forms of enforcement, and their adequate performance is fundamental for public compensation to achieve its best results.

This paper has sought to apply the ideas of Ezrachi and Ioannidou in order to promote corrective justice and democratic values in Brazilian competition law. It is expected that this humble effort will contribute to the improvement of the Brazilian system of competition law in its fight against anticompetitive infringements, and will help lead to the fair compensation of victims.

Bibliography

- ANEEL. ANEEL determina restituição aos consumidores da Eletropaulo. (*ANEEL*, 17 December 2013) <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=7623&id_area=> accessed 9 January 2014.
- _____. Brazil orange juice probe goes on' *BBC News* (23 November 2006) <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6176178.stm>> accessed 9 January 2014.
- _____. Indenização: Indústrias de citrus concordam em pagar R\$ 100 milhões (*Sistema Ocepar*, 24 August 2006) <<http://www.paranacooperativo.coop.br/ppc/index.php/sistema-ocepar/comunicacao/2011-12-07-11-06-29/ultimas-noticias/34119-34119>> accessed 9 January 2014.
- AMORE, R.; FOER, A. Cy Pres as an Antitrust Remedy (2005) AAI Working Paper 05/09 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103595> accessed 22 January 2014.
- ARENHART, S. Decisões estruturais no direito processual brasileiro (2013) 225 *RePro* 389.
- BIS. Private actions in competition law: a consultation on options for reform (April 2012) <<http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/p/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf>> ('BIS Consultation') accessed 15 December 2013.
- CANENBLEY, C; STEINVORTH, T. Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict between Leniency Programmes and Private Damages Actions? (2011) 2 *JEurCL&P* 315.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Access to justice: a world survey* (Giuffrè, 1978).

- COMMISSION (EU). Damages actions for breach of the EC antitrust rules (Green Paper) COM (2005) 672 final, 19 December 2005.
- _____. Quantifying Harm in Actions for Damages based on Breaches of Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Draft Guidance Paper—Public Consultation, June 2011), <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_en.pdf> accessed 22 January 2014.
- ELHAUGE, E. Disgorgement as an antitrust remedy (2009) 76 ALJ 79.
- EZRACHI, A.; IOANNIDOU, M. Public Compensation as a Complementary Mechanism to Damages Actions: From Policy Justifications to Formal Implementation (2012) 3 JEurCL&P 536.
- FDD. NOTA – Relacionamos abaixo os valores recolhidos ao FDD, de acordo com suas finalidades até o dia 31 de dezembro de 2013 [2014] <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTsvc.asp?DocumentID={2E9C42A4-DF21-4C71-AB15-D54A6BF74B01}&ServiceInstUID={59D015FA-30D3-48EE-B124-02A314CB7999}>> accessed 19 February 2014.
- GABAN, E .; DOMINGUES, J. *Brazilian Competition Law: a practitioner's guide* (Kluwer Law International, 2013).
- GIDI, A. Class Actions in Brazil (2003) 51 AJCL 311.
- GRINBERG, M.; PAOLETTI, C.; CORDOVIL, L. Brazil. In: FOER, Albert; CUNEO, Jonathan (ed.). *The international handbook on private enforcement of competition law* (Edward Elgar, 2010).
- HOOD, C. *Explaining economic policy reversals* (Open University Press, 1994).
- IBA. Formulário de sugestões – Consulta Pública 17 [2011] <<http://cade.gov.br/upload/IBA.pdf>> accessed 9 January 2014.
- IBRAC. Formulário de sugestões – Consulta Pública 17 [2011] <<http://cade.gov.br/upload/IBRAC.pdf>> accessed 9 January 2014.
- IOANNIDOU, M. Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement: A normative and practical approach (2012) 8 Comp.L.Rev 59.
- KOMNINOS, A. *EC Private Antitrust Enforcement: decentralised application of EC competition law by national courts* (Hart Publishing, 2008).
- MARINONI, L. *Precedentes obrigatórios* (2. ed. São Paulo, Ed. RT, 2010).
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos* (3. ed. São Paulo, Ed. RT, 2010).
- OAB-DF. Formulário de sugestões – Consulta Pública 17 [2011] <<http://cade.gov.br/upload/CCOAB%20DF.pdf>> accessed 9 January 2014.

- OAB-SP. Formulário de sugestões – Consulta Pública 17 [2011] <<http://cade.gov.br/upload/CECORE.pdf>> accessed 9 January 2014.
- OECD. *Competition Law and Policy in Brazil – A Peer Review* [2010] <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>> accessed 11 November 2013.
- _____. Policy Brief – Competition Law and Policy in Brazil [2005] <www.seae.fazenda.gov.br/destaque_ingles/brazilpolbrieffinal.pdf> accessed 11 November 2013.
- OTTA, L; FROUFE, C. Super CADE terá mais poderes que a PF. *O Estado de S. Paulo* (Brasília, 7 October 2011) <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,super-cade-tera-mais-poderes-que-a-pf-,782254,0.htm>> accessed 9 January 2014.
- PAGOTTO, L. Are the Brazilian Competition Authorities being Responsive? An Analysis based on the Benign Big Gun Model (2006) 29 WC 285.
- RAGAZZO, C; SILVA, R. Aspectos econômicos e Jurídicos sobre cartéis na revenda de combustíveis: uma agenda para investigações (2006) SEAE – Documento de Trabalho 40 <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_40.pdf> accessed 9 January 2014.
- ROBERTSON, A. UK Competition Litigation: From Cinderella to Goldilocks? [2010] Comp Law 275.
- SDE. Consulta Pública 17 [2011] <http://www.cade.gov.br/upload/consulta17_2011.pdf> accessed 11 November 2013.
- WAGNER, G. Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options (2011) 127 LQR 55.
- WILS, W. The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages (2009) 32 WC 3.
- ZUCKERMAN, A. Civil Litigation: a Public Service for the Enforcement of Civil Rights (2007) 26 CJQ 1.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2015 – 1.º COLOCADO –
GRADUAÇÃO

RELAÇÃO ENTRE GOVERNANÇA CORPORATIVA E ANTITRUSTE

Incentivos ao comportamento colusivo

ANA ELISA LAQUIMIA DE SOUZA

Resumo: A existência de interação entre práticas de governança corporativa e sua possível relação com condutas colusivas tem sido objeto de estudos desde a década de 1990 no plano da União Europeia e dos Estados Unidos. Entretanto, a formação relativamente incipiente do direito da concorrência brasileiro não suscitou esse tipo de discussão nacionalmente. O presente trabalho visa analisar os principais resultados dessa interação, em uma perspectiva analítica em palco brasileiro, com seus cenários e características particulares. Conclui-se que, apesar de valiosos pontos de partida, os resultados das pesquisas internacionais não podem ser simplesmente importados, sem a adequada avaliação da dinâmica nacional.

Palavras-chave: Governança corporativa – Estruturas decisórias – Repressão a cartéis – Controle acionário.

Keywords: Corporate governance – Decision-making structures – Cartel enforcement – Stock ownership.

1. Introdução

O ano era 1999: último ano da década que representou o *boom* de diversas publicações econômicas, levantando a problemática das estruturas de governança corporativa adotadas pelas empresas e sua possível influência nas práticas de cartel. Nesse mesmo ano, no Brasil, o Cade realizou sua primeira condenação por cartel – o chamado “Cartel do Aço”, que curiosamente envolveu apenas companhias abertas. À época, tal discussão sobre a existência de estruturas decisórias internas à companhia supostamente capazes de influenciar a prática de cartel seria até descabida, considerando a falta de substrato teórico e prático sobre o assunto no plano nacional.

Após dezesseis anos, pouco se falou na doutrina nacional sobre o assunto, apesar de esta interação ter sido objeto de estudos posteriores no plano internacional, inclusive servindo como substrato para algumas políticas de *compliance*. No decorrer desse tempo, a pergunta relacionada à existência de uma interação entre as práticas de governança corporativa e condutas anticompetitivas no plano internacional pareceu ser, a princípio, abstratamente respondida. No entanto, em que medida tais interações ocorreriam? Quais práticas guardavam relação direta com o comportamento colusivo? Quais as estruturas decisórias e os incentivos envolvidos?

Tais indagações motivaram uma série de pesquisas empíricas para testar as hipóteses criadas, publicadas ao longo das décadas de 2000 e 2010. Entretanto, o espaço amostral sobre o qual tais estudos se construíram é diverso do cenário brasileiro. Dessa forma, levanta-se o questionamento: seriam tais conclusões pertinentes e capazes de ser transportadas para a realidade nacional?

O presente trabalho pretende analisar os principais resultados das pesquisas internacionais a respeito do tema, em uma perspectiva analítica perante a realidade nacional de repressão a cartéis e de governança corporativa, tendo como plano de fundo as particularidades das estruturas de mercado do Brasil.

2. Relação entre governança e antitruste: incentivos ao comportamento colusivo

Entre a multiplicidade de fatores que envolvem as diversas definições de governança corporativa na literatura jurídica contemporânea, parece unívoco que uma de suas funções – e principais consequências – é justamente definir as políticas e orientar as tomadas de decisões dentro de determinada companhia.

Desse ponto, uma série de fatores decorrentes de uma estrutura de mercado competitivo teriam efeitos positivos sobre as práticas de governança corporativa adotadas por determinada companhia. Entre elas, destacam-se a “seleção natural” do mercado competitivo, em que apenas as empresas mais eficientes têm condições de prosperar; a ameaça de perda de cargo que recai sobre os diretores; a possibilidade de uma avaliação comparativa de performance, bem como a redução de montantes disponíveis e desperdiçáveis. Nesse sentido, comportamentos oportunistas que eventualmente seriam verificados em uma situação mais confortável e estável são, por si sós, descartados.

Entretanto, apesar de tais constatações, não se ignora que o comportamento dos agentes econômicos permanece orientado pelas práticas que lhe sejam mais eficientes e, de maneira geral, estimulados e direcionados pelas próprias práticas de governança corporativa de determinada companhia. Sendo

assim, pode-se inferir que tais dinâmicas possuem direta relação com a prática de condutas anticompetitivas, uma vez que é exatamente o comportamento desses agentes, orientados por tais diretrizes orgânicas, que determinará se a empresa faz parte de uma conduta colusiva ou não.

Um dos principais pontos suscitados sobre o problema das estruturas de governança corporativa remonta aos problemas de agência, que, de acordo com Rosa M. Abrantes-Metz e Daniel D. Sokol, são um dos principais fatores que levariam a infrações concorrenciais. Operacionalizar o alinhamento desses dois polos de interesses envolve custos e incentivos para uma ação coordenada. Assim, inclusive comportamentos colusivos eventualmente adotados por determinada empresa estão sob a lógica de tais custos. Por mais que, eventualmente, o acionista ou o presidente de determinada companhia pudessem desejar que a legislação antitruste fosse devidamente cumprida, tal desejo nem sempre estaria alinhado com o diretor que tomaria a decisão de efetuar a prática. Tal distância entre os polos envolve diversos custos de monitoramento e incentivos, que inclusive aumentam exponencialmente quanto maior o tamanho e a abrangência de mercados em que se insere determinada empresa.

Além disso, os incentivos decorrentes dos benefícios auferidos durante a vigência de um cartel, *versus* os malefícios e eventuais ônus ligados à sua descoberta e apenamento, também são extremamente relevantes, condicionando, inclusive, todas as conclusões relacionadas a determinadas estruturas orgânicas da companhia e sua relação com a prática de cartel. Sendo assim, diversos trabalhos teóricos e empíricos procuraram entender os incentivos às práticas de cartel, seja por uma perspectiva estrutural e de controle, por uma perspectiva orgânica da companhia, como os incentivos direcionados aos seus administradores, ou por elementos externos capazes de influenciar relevantemente seu funcionamento, como sua estrutura de dívidas.

3. Incentivos estruturais e controle

Ao concluir que as estruturas de governança corporativa orientam o comportamento dos agentes econômicos, o próximo passo na investigação da relação entre governança e antitruste leva em consideração os elementos estruturais das práticas de governança corporativa adotadas pelas companhias. Assim, diversos fatores – que variam desde o tamanho da companhia até suas características orgânicas próprias – são levados em consideração na identificação de estruturas que podem facilitar comportamentos colusivos.

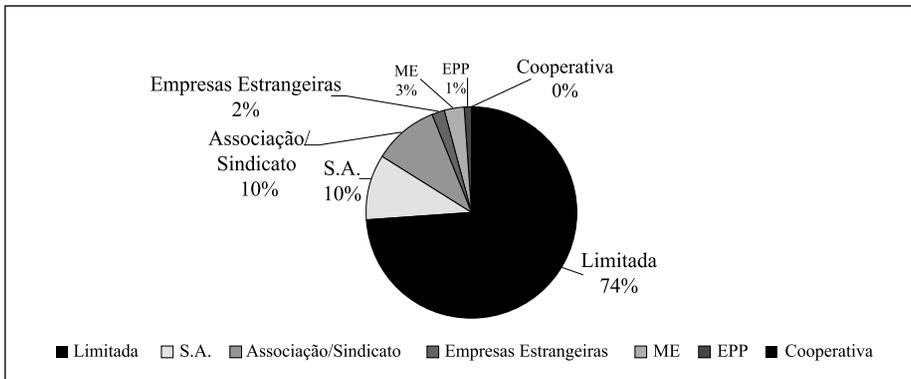
Em análise ampla dos incentivos ao comportamento colusivo em determinadas empresas, Melissa Baucus e Janet Near constataram, em pesquisa empírica datada de 2001, que empresas de grande porte estão mais propensas a enviar práticas ilegais em geral. Tal conclusão se deu por meio de análises de

eventos históricos, tomando como base apenas empresas listadas no fortune 500, condenadas por práticas ilegais entre 1964 e 1981. Marie McKendall e John Wagner também chegaram a conclusões semelhantes, mas partindo da análise de antecedentes de práticas ilegais envolvendo dados de 80 organizações industriais norte-americanas, concluindo que, quanto mais complexas as estruturas orgânicas de determinada empresa, maior a inclinação dentro da companhia para atos ilegais. Tais conclusões ilustram a questão dos problemas decorrentes dos custos agência levantados por Daniel D. Sokol e Rosa Abrantes-Metz, no sentido de que, quanto maior a empresa, maiores os problemas e os custos de agência para alinhar as condutas e expectativas entre seus órgãos internos e, portanto, mais provável é que os agentes recorram a práticas ilegais.

Artiga Gonzalez e Markus Schmid, por sua vez, identificaram que há maior incidência de cartéis envolvendo empresas de grande porte em mercados concentrados, por meio de pesquisa empírica realizada com base em 225 empresas norte-americanas condenadas por prática de cartel entre 1986 e 2010. Tal constatação já foi reiteradamente identificada em pesquisas anteriores, como a realizada por Margaret Levenstein e Valerie Suslow em 2006, ou a pesquisa realizada em 2010 por Connor e Helmers.

É interessante notar que esses resultados identificaram como ponto problemático principal as grandes estruturas em grandes corporações, e à primeira vista pequenas estruturas empresárias não parecem problemáticas. Tais constatações, apesar de indicativos interessantes da dinâmica de mercado, não se encaixam perfeitamente no cenário brasileiro. Em primeiro lugar, cabe a ressalva de que o espaço amostral utilizado nas pesquisas, envolvendo empresas pertencentes ao fortune 500, ou mesmo as empresas norte-americanas em geral, possui constituição diferente da maior parte do corpo empresarial do Brasil. A título de exemplo, até setembro de 2015, enquanto a CVM contava com 2.131 companhias abertas registradas, apenas a Junta Comercial de São Paulo registrava 1.673.729 empresas ativas.

Tal composição societária se reflete inclusive entre as empresas envolvidas em condutas de cartel, mas em proporções distintas. Nesse sentido, entre os tipos societários investigados por cartel no Brasil em processos em que o Cade efetivamente entendeu pela existência do acordo anticompetitivo, as sociedades limitadas representam a grande maioria dos tipos investigados, sendo sociedades anônimas – abertas ou fechadas – representativas de apenas 10% das empresas investigadas.

Gráfico 1 – Tipos societários investigados por Cartel no Brasil

Fonte: Levantamento de dados públicos do Cade. Pesquisa própria.

Além disso, é comum que os órgãos de defesa da concorrência tenham como estratégia focar seus esforços em determinado tipo de conduta colusiva, visando atingir os melhores resultados, como grandes cartéis internacionais, envolvendo grandes corporações. É natural que o espaço amostral seja diretamente influenciado pelo foco institucional da autoridade antitruste.

Ainda do ponto de vista dos levantamentos sobre questões estruturais da companhia, Margaret Levenstein e Valerie Suslow identificaram que a expectativa de lucro decorrente de um cartel seria positiva, indicando que os acordos colusivos aumentam lucros e, portanto, são benéficos aos acionistas. Conclui-se também que mesmo considerando a descoberta e o apenamento do cartel, as expensas decorrentes não superam os ganhos acumulados durante a prática. De acordo com John Connor e Gustav Helmers, a alta reincidência em práticas de cartel pode ser encarada como um fator que comprova a lucratividade do cartel. Para construir tal hipótese, Connor e Helmers analisaram 283 cartéis privados descobertos em qualquer local do mundo entre janeiro de 1990 até o fim de 2005.

É importante notar que grande parte das pesquisas internacionais partem de modelos econométricos baseados na premissa de que a “companhia” não deseja participar de práticas colusivas, e que estas se dão em hipóteses em que o agente age em interesse próprio, desviando-se de seu interesse dos acionistas. Nesse ponto, cabe a ressalva de que nos trabalhos de doutrina estrangeira aqui analisados, o interesse da companhia é identificado como o interesse do corpo de acionistas.

Já os resultados apresentados por Levenstein e Suslow, e por Connor e Helmers sugerem que o interesse em participar de um cartel pode ser da própria companhia, uma vez que tal prática maximiza seus lucros. Tal fator importa, na medida em que pode indicar importantes incentivos a práticas colusivas. Em situações nas quais a companhia deseja entrar em um cartel, e isso é muito mais flagrante no caso brasileiro, em que grande parte das companhias são administradas por seus “donos” – isto é, por seu controlador –, esforços institucionais concentrados em garantir a mesma linha de atuação entre diretores ou funcionários de menor escalão parecem descabidos. Envidar práticas colusivas seria agir no próprio interesse da companhia. Nesse sentido, o papel mais forte seria o da autoridade concorrencial, reduzindo os incentivos para a prática de modo que sua realização não fosse lucrativa, mas sim extremamente danosa. Por outro lado, casos em que de fato não é interessante para a companhia entrar em um cartel, os incentivos direcionados à coordenação das estruturas decisórias internas parecem determinantes para influenciar a prática.

A partir dessas premissas, destacam-se as análises sobre a composição dos órgãos decisórios e fiscalizatórios de determinada companhia, quanto às práticas de governança que possivelmente guardam direta influência com condutas colusivas. Gale Allen e Franklin Douglas destacaram o fato de o conselho com atribuições fiscalizatórias, notadamente dotado de posição hierárquica superior, frequentemente ser formado por ex-integrantes do conselho de administração ou diretores-presidentes aposentados. Observa-se assim uma continuidade e uma anuência entre o órgão que, supostamente, deveria fiscalizar de maneira imparcial as ações tomadas pelo conselho de administração, fazendo valer sua hierarquia superior.

Em estruturas de controle disperso, tal constatação se reflete na problemática da estabilidade, uma vez que os novos administradores são “treinados” pelos antigos, conferem a mesma estabilidade que poderia estimular práticas anticompetitivas. Já as estruturas de controle concentrado parecem ilustrar com mais clareza a figura do CEO que influencia unilateralmente a companhia. Do ponto de vista brasileiro, essa problemática se traduz na conformidade dos órgãos deliberativos e fiscalizatórios da sociedade que, em última instância, tem significativa parte de seus membros designada de acordo com os interesses do acionista controlador. Dessa forma, uma vez que tanto a propriedade acionária, como o controle, efetivamente recaem sobre um único polo, os problemas de agência relacionados aos órgãos decisórios e de fiscalização se aplicam diretamente como fator de incentivo em estruturas de controle.

Em face do exposto, cabe ressaltar que as diferenças quanto ao alinhamento entre os interesses dos acionistas e os interesses dos agentes da companhia são determinantes para orientar o foco da análise que será adotada

na próxima seção. Se participar de determinado cartel seria agir no próprio interesse da companhia – na medida em que seus lucros superam suas perdas –, uma análise quanto ao alinhamento dos interesses dos diferentes agentes e principais dentro de uma estrutura societária parece descabida. Tal conclusão exige estudo empírico acerca dos resultados e perdas decorrentes de condutas de cartel no Brasil.

Por outro lado, partindo-se do pressuposto de que de fato não seria interessante para a companhia participar de um cartel, os incentivos direcionados à coordenação das estruturas decisórias internas parecem determinantes para influenciar sua incidência. É partindo dessa premissa que se posicionam os estudos orientados aos incentivos direcionados aos diretores das companhias.

4. Incentivos direcionados aos diretores

Os agentes respondem a estímulos e incentivos, e os diversos modelos econômicos que tentam identificar com precisão quais os incentivos envolvidos na tomada de decisões pelos diretores de uma empresa ocupam boa parte da literatura sobre esse tema. Acerca desse assunto, Paulo Buccirossi e Giancarlo Spagnolo, mediante um modelo teórico sobre dinâmica competitiva, constataram que, quando os diretores possuem preferência por lucros fáceis – com base na remuneração dos diretores e no nivelamento dos rendimentos, ou quando estes estão sob contratos de incentivo com nível máximo de remuneração (*capped incentive contracts*), como os comuns “prêmios de desempenho”, as empresas administradas por tais diretores podem firmar acordos anticompetitivos muito mais facilmente que empresas orientadas essencialmente pela maximização dos lucros.

Além disso, qualquer outra prática capaz de fornecer incentivos a curto prazo também foi encarada por Paulo Buccirossi e Giancarlo Spagnolo como potencialmente problemática. Enquanto o período de cinco anos representa pouco tempo do ponto de vista da administração estratégica e dos resultados financeiros de determinada empresa, um cartel tem como duração média o mesmo período de cinco anos. Assim, incentivos a curto prazo tendem a se adequar às necessidades e às características da média dos acordos anticompetitivos horizontais, na medida em que sua organização, auge e decadência cabem dentro do espectro de incentivos de curto prazo.

Vale notar que no caso Japonês, um estudo que tomou como base a política de incentivos, que recaí sobre 796 companhias japonesas entre 1968 e 1992, concluiu que incentivos aos administradores, ligados ao lucro e percebidos em determinada companhia, têm efeitos positivos, uma vez que incentivaria a desistência de prática de cartel: ao desertar do cartel, o administrador tem uma

vantagem competitiva sobre a outra companhia que fazia parte do acordo, aumentando a lucratividade e, portanto, a remuneração do administrador.

Também é possível verificar algumas diferenças nos resultados de pesquisas acerca dos incentivos relacionados a funcionários de alto escalão (o chamado *top management*) e funcionários de médio escalão (*middle management*). No primeiro caso, destacam-se as constatações sobre a influência do poder do diretor-presidente, e da estrutura hierarquicamente superior em relação aos demais órgãos da companhia. Assim, os incentivos dos diretores-presidentes são diferentes, na medida em que se consideram, por exemplo, características voltadas ao desempenho da companhia contempladas em plano de bonificação, a maximização de seus resultados e a eventual responsabilidade em casos de condenação por prática anticompetitiva. Nesse caso, devem-se considerar tanto responsabilidade objetiva dentro da companhia quanto eventuais sanções reputacionais direcionadas ao próprio administrador.

Nesse sentido, Sally Simpson e Christopher Koper, em pesquisa que tomou como base 43 casos de violação à legislação antitruste, entre 1927 e 1981, envolvendo empresas condenadas por cartel nos Estados Unidos, concluíram que algumas características e atribuições a alto nível hierárquico – quais sejam, diretores-presidentes com alta capacidade administrativa e conhecimentos financeiros, em empresas focadas em um único mercado relevante e cujos faturamentos máximo encontravam patamares menores – guardariam maior relação com violações antitruste que com qualquer outro tipo.

Outras pesquisas empíricas também constataram que grande parte das investigações de cartel envolveram funcionários de alto escalão. Tais conclusões podem ser verificadas na pesquisa realizada por Andreas Stephan, que tomou por base cartéis internacionais julgados entre 1998 e 2009, e na pesquisa realizada por Gallo, com fundamento nos casos norte-americanos de cartel julgados pelo Department of Justice entre 1955 e 1997.

Essa premissa sugere que um dos principais focos de atenção recai sobre os conselhos de administração e as estruturas decisórias de hierarquia superior das companhias. Sendo assim, alguns trabalhos chegaram a concluir que tal fato pode se relacionar diretamente à quantidade e qualidade do poder exercido pela administração da empresa sobre seus demais órgãos, ressaltando a influência que o comportamento de determinado diretor-presidente pode ter em toda a estrutura da companhia.

Tais constatações chamam a atenção e se relacionam com os problemas estruturais suscitados *supra*, principalmente ao se debruçar sobre o cenário brasileiro. A existência de um diretor-presidente de hierarquia superior, e capaz de influenciar todo o funcionamento da empresa, parece se relacionar

perfeitamente com a figura de um controlador forte, que muitas vezes auferir benefícios relacionados a sua posição a partir da inadequada vinculação entre a atuação dos administradores e os interesses particulares do acionista majoritário. Tal constatação é ainda mais complicada, uma vez que, além da influência uniforme de determinado órgão decisório, tem-se o respaldo da própria estrutura de controle da companhia.

No entanto, vale notar que essa constatação de relação hierárquica superior e a prática de cartel foi refutada em pesquisa apresentada por Artiga González e Markus Schmid, que se deu sobre 225 empresas norte-americanas condenadas por prática de cartel entre 1986 e 2010. O coeficiente utilizado pelos autores para verificar a centralidade do diretor-presidente teve resultado negativo, o que indica uma estrutura mais horizontalizada nas companhias condenadas. Além disso, constatou-se que os diretores-presidentes e outros funcionários de alto escalão costumam exercer com mais frequência suas opções de compra de ações durante o período em que o cartel está vigente, se comparados aos executivos de empresas do mesmo segmento de mercado fora do cartel.

Ainda, o mesmo estudo indicou que é menos provável que empresas com mais mecanismos de proteção contra tomadas de controle entrem em acordos de cartel. Os autores entendem que tal fato pode ser relacionado à maior estabilidade dos administradores da companhia, diminuindo a pressão sobre performances e lucros excepcionais para manutenção de suas posições.

Já do ponto de vista dos funcionários de médio escalão, incentivos se direcionam ao desempenho de determinado órgão da empresa, maximizando resultados em detrimento de seu desempenho institucional. Isso pode ser verificado em cartéis envolvendo o departamento de vendas de determinada empresa, por exemplo. Os custos de agência e as práticas de governança corporativa em uma estrutura orgânica complexa ganham peso nessas análises, uma vez que o alinhamento de tais condutas está sujeito a outros tipos de sanções.

Os resultados supra-apresentados têm grande espaço na literatura norte-americana, notadamente porque a premissa principal seria de que o interesse da companhia – ou seja, de seus acionistas – seria diverso do interesse dos seus administradores, e por esse motivo a coordenação de incentivos tem papel relevante. Entretanto, os custos de agência envolvidos diferem daqueles comumente percebidos na realidade nacional. Enquanto os polos agente-principal se traduzem na relação administrador-acionista em um contexto de capital disperso, realidade que é pano de fundo das pesquisas empíricas apresentadas, no caso brasileiro tal reação se dá entre controlador-minoritários.

A legislação pátria societária e de mercado de capitais em muito evoluiu em tentar mitigar os problemas de agência decorrentes da relação controlador-minoritários, notadamente por meio dos esforços relacionados à divulgação de informações. No entanto, a percepção desse problema do ponto de vista do direito concorrencial, e mais especificamente dos incentivos à prática de cartel, demandam iniciativas regulatórias que vão além da divulgação de informações, que parece descabida quando se trata de conduta de cartel. É pressuposto para a efetividade da conduta que a informação de sua existência não seja divulgada.

Isso denota total importância, uma vez que o direito antitruste deve levar em consideração tanto tais custos de agência como as relações entre os funcionários de menor escalão e os funcionários de alto escalão, do ponto de vista prático, ao determinar qualquer tipo de política pública de incentivo ao *compliance*. É necessário dar maior coesão às atividades e estruturas, o que pode ser feito pelo efetivo monitoramento e participação dos principais na ação dos agentes. Notadamente, tais conclusões dependem da primeira aceção acerca da lucratividade da conduta, só fazendo sentido focar-se em dirimir eventuais dissonâncias no comportamento e nos interesses dos administradores e funcionários de menor escalão, se a conduta colusiva não for interessante para a companhia.

Desse modo, a primeira etapa do caminho se relaciona a fatores que influenciam o interesse da companhia em fazer parte de determinada prática. Num segundo passo, relacionado às estruturas internas da companhia, cabe a identificação dos problemas de agência tendo como base a estrutura de capital e as estruturas de governança decorrentes dessa condição societária. Passadas essas duas etapas, cabe realizar a análise da influência das estruturas provenientes de dívidas, como um fator externo que pode trazer ingerência ou influências significantes nas práticas internas de determinada companhia.

5. Incentivos decorrentes das estruturas de dívidas

De grande relevância no plano internacional, as estruturas decorrentes de dívidas contraídas pelas companhias como possível ponto de problemas concorrenciais foram objeto de diversos trabalhos teóricos e empíricos. Nesse sentido, nota-se grande influência do espaço amostral que fundamenta cada pesquisa, uma vez que a estrutura de dívidas contraídas e sua influência na direção da companhia guardam elevada diferença dentre as práticas de governança corporativas adotadas ao redor do mundo.

Diversas pesquisas concluem que uma estrutura de dívidas robusta dentro de uma companhia é capaz de restringir comportamentos oportunistas de administradores, motivados por estabilidade financeira e fluxo de caixa sufi-

ciente para permitir os esforços contrários ao interesse da companhia. Esforços relacionados a acordos entre concorrentes parecem se encaixar nessa premissa, em que a contabilidade da companhia permite espaço de manobra para disfarçar os custos decorrentes da própria execução e manutenção do acordo anticompetitivo.

A estrutura de endividamento, ainda, tem papéis diferentes dentro das práticas de governança corporativa ao redor do mundo. No caso da Alemanha, por exemplo, os bancos são grandes financiadores do mercado de capitais, detendo participação relevante em sociedades abertas. No caso Japonês a representatividade dos bancos parece ainda maior, sendo particularmente atribuído ao relacionamento estreito entre as instituições financeiras e as companhias, desenvolvido por fornecimento de linhas de crédito durante o período de guerra. Em relação a esses países, argumenta-se que tais instituições financeiras podem funcionar como eficientes entes fiscalizatórios, capazes de diminuir os problemas de agência relacionados às empresas.

Tal constatação, entretanto, é desafiada em outros trabalhos. Primeiramente, argumenta-se que os próprios bancos estão sujeitos aos problemas de agência enfrentados pelas empresas; problemas decorrentes da concentração de controle na mão de poucas instituições financeiras, seja por controle direto, seja por controle indireto por meio de *holdings* e grupos econômicos; bem como problemas relacionados à fiscalização das próprias entidades cuja atribuição principal seria de “monitoramento”. Em outras palavras, levanta-se o questionamento: quem fiscaliza os fiscalizadores?

A ingerência e a participação de instituições financeiras também são apontadas em alguns trabalhos como prejudiciais do ponto de vista concorrencial. As instituições financeiras, detentoras de crédito em determinada empresa seriam capazes de possibilitar ingerência e troca de informações em benefício próprio: ao alocar um de seus agentes em determinada companhia, ter conhecimento de seu comportamento estratégico e, ao mesmo tempo, possuir participação societária relevante em outra companhia do mesmo segmento de mercado. A probabilidade de se verificar tal resultado se intensifica quanto menor a proporção entre o número de instituições financeiras e o crédito disponível e desejado pelas companhias.

Ainda, vale ressaltar que tal resultado anticompetitivo pode ser verificado mesmo em mercados com múltiplos entes fornecedores de crédito. Considerando os grandes grupos societários, redes e *holdings* presentes no mercado, multiplica-se a possibilidade de compatibilização de uma mesma instituição financeira, dotada de influência, e que por sua vez se interconecta à outra empresa do mesmo mercado por vias de controle indireto dentro do grupo econômico. Logo, mesmo que o crédito do banco não recaia diretamen-

te sobre dois concorrentes, ao recair sobre duas empresas pertencentes a dois grupos cujas estruturas de controle indireto permitem acesso a determinadas informações sensíveis, facilita-se a correspondência entre concorrentes num mesmo mercado, observando-se o mesmo efeito.

Com um passo atrás, nota-se que muitos dos critérios adotados nos trabalhos apresentados anteriormente guardam direta relação com estruturas de mercado caracterizadas por forte atuação dos bancos nas próprias estruturas de governança corporativa adotadas pelas companhias. Entretanto, não há qualquer pesquisa ou critério diretamente relacionada(o) às práticas de governança e às estruturas de endividamento adotadas nacionalmente, mesmo considerando a realidade brasileira, caracterizada por um mercado de capitais fraco, e com intensa presença dos bancos financiadores das atividades, ocupando este espaço.

Nesse plano, a deficiência no financiamento por meio do mercado de capitais e a forte atuação dos bancos em paralelo não necessariamente causam ingerência nas atividades cotidianas de uma empresa saudável e operacional. No entanto, chama a atenção o caráter congregante de tais financiamentos, dado que as instituições financeiras de grande porte, que representam número restrito de provedoras de capital, mantêm redes de financiamento com diversas companhias que podem ser interligadas por meio de suas respectivas atuações no mercado. Mais estudos acerca da possível influência de fatores externos congregantes, e que podem decorrer em alguma ingerência dentro das companhias, fazem-se necessários, para que tal relação possa ser devidamente apurada, ou – se for o caso –, eventualmente descartada.

6. Conclusões

Todos os fatores supra-apresentados parecem dizer que a real constatação da interação entre as práticas de governança corporativa e o comportamento colusivo dos agentes não traz resultados universais, mas indica múltiplos fatores intrínsecos e exógenos à companhia. Tais fatores são moldáveis aos diferentes custos de agência envolvidos em suas atividades, e devem ser coordenados em cada nível hierárquico, de acordo com as estruturas, estímulos e incentivos que se verificam dentro e fora dela.

Alinhar o interesse dentro da companhia pela não ocorrência de práticas anticompetitivas de cartel significa, em primeiro lugar, que a prática, considerando os lucros auferidos e os danos de sua descoberta, não seja lucrativa para a companhia. Também significa eliminar a uniformidade dos interesses dos órgãos fiscalizadores. Devem-se reduzir os incentivos no âmbito das estruturas decisórias hierarquicamente superiores, para que os administradores não optem por práticas colusivas que podem trazer benefícios a curto prazo.

Também importa arcar com diversos custos de monitoramento e alinhar as políticas de benefícios de funcionários de médio e baixo escalão, e entender qual a influência da estrutura de endividamento.

Entretanto, apesar de valiosos para orientar focos de atenção ao se tratar da mesma problemática no Brasil, tais resultados não podem simplesmente ser importados à realidade nacional. O Brasil é país de mercado de capitais fraco, com atividade de crédito altamente financiada por poucas instituições financeiras, de composição acionária essencialmente concentrada, sendo o controlador fortemente representado nos órgãos decisórios e fiscalizatórios da companhia. As diferenças quanto aos espaços amostrais importam em premissas diversas daquelas em que os estudos internacionais se pautam. Sendo assim, fazem-se necessários estudos empíricos próprios da realidade nacional, adaptando devidamente cada critério, inclusive indicando focos de atenção particulares de nossas estruturas de mercado.

Tais conclusões têm impacto direto interno, na estruturação da companhia e de uma política de *compliance* que efetivamente leve em consideração a multiplicidade de fatores envolvidos, e externo, na atividade das autoridades regulatórias, na medida em que procuram, ao máximo, desincentivar a prática de cartel, mitigando seus benefícios a curto prazo, e causando prejuízos aos seus partícipes a longo prazo.

7. Bibliografia

- ABRANTES-METZ, Rosa M.; SOKOL, D. Daniel. Antitrust corporate governance and compliance. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2246564. Acesso em: 25 jul. 2015.
- ALLEN, Franklin; DOUGLAS, Gale. Corporate governance and competition. Disponível em: <http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/99/9928.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. Agency problems and legal strategies. In: KRAAKMAN, Henry *et al.* The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BAUCUS, Melissa S.; NEAR, Janet P. Can illegal corporate behavior be predicted? An event history analysis. *Academy of Management Journal*, n. 34, p. 1-18, 1991. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/256300?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 25 jul. 2015.
- BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Corporate Governance and Collusive Behavior. Disponível em: http://www.learlab.com/pdf/lear_rp_06_01_1155472800.pdf. Acesso em: 25 jul. 2015.

- BURHOP, Carsten; LÜBBERS, Thomas. Cartels, Managerial Incentives and Productive Efficiency in German Coal Mining: 1881-1913. *Journal of Economic History*, v. 69, n. 2, p. 500-527, 2009.
- CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Regulação do Mercado de Capitais e Desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 190-248.
- CHARKHAM, Jonathan. *Keeping Good Company: A Study of Corporate Governance in Five Countries*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- CONNOR, J. M.; HELMERS, C. G. Statistics on modern private international cartels: 1990-2005. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039. Acesso em: 25 jul. 2015.
- CONNOR, John M. Private International Cartels: Effectiveness, Welfare, and Anticartel Enforcement, Purdue Agricultural. *Economics Working Paper*, n. 03-12, 2003.
- DE PAULA, Germano Mendes; ROMANIELO, Enrico Spini. Política antitruste e governança corporativa no Brasil: os programas de *compliance* como boas práticas de governança corporativa. *Revista do Ibrac*, ano 18, v. 20, p. 265-305, jul.-dez. 2011.
- DIAMOND, Douglas. Optimal Managerial Contracts and Equilibrium Security Prices. *Journal of Finance*, n. 37, 1982.
- Drivers of compliance and non-compliance with competition law: an OFT Report. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf. Acesso em: 27 set. 2015.
- GROSSMAN, Sanford. Corporate Financial Structure and Managerial Incentives. In: MCCALL, J. (org.). *The Economics of Information and Uncertainty*. Chicago: University of Chicago Press, 1982.
- HARVEY, Campbell R.; LINS, Karl V.; ROPER, Andrew H. The Effect of Capital Structure When Expected Agency Costs Are Extreme. *Journal of Financial Economics*, n. 74, v. 3, 2004.
- JENSEN, Michael. Agency costs of Free Cash Flow, Corporate Finance and Takeovers. *American Economic Review*, n. 76, 1986.
- JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, n. 3, 1976.
- JOH, Sung Wook. Strategic Managerial Incentive Compensation In Japan: Relative Performance Evaluation and Product Market Collusion. *Review of Economics and Statistics*, n. 81, v. 2.

- KAPLOW, Louis. An Economic Approach to Price Fixing. *Antitrust Law Journal*, v. 77, p. 343-449, spring 2011. Disponível em: <http://www.heinonline.org/HOL/Page?page=343&handle=hein.journals%2Fartil77&collection=journals>. Acesso em: 26 jul. 2015.
- LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. What determines Cartel Success? Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=299415. Acesso em: 26 jul. 2015.
- MATTOS, César Costa Alves de. Introdução à teoria econômica dos cartéis. In: CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. SCHAPIRO, Mario Gomes (Orgs.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MCKENDALL, Marie A.; WAGNER III, John A. Motive, Opportunity, Choice and Corporate Illegality. *Organization Science*, n. 8, p. 624-647, 1997.
- MORCK, Randall; STEIER, Lloyd. The Global History of Corporate Governance: An Introduction. In: MORCK, Randall. (Org.). *A history of corporate governance around the world: family business groups to professional managers*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.
- MYERS, Steart. Determinants of Corporate Borrowing. *Journal of Financial Economics*, n. 5, p. 1470-1475, 1977.
- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Princípios de Governança Corporativa da OCDE. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/Codigo.aspx?CodCodigo=12>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- PARGENDLER, Mariana. The Corporate Governance Obsession. *FGV Direito SP Research Paper Series*, n. 111. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2491088>. Acesso em: 25 jul. 2015
- SCHEIN, Edgar H. *Organizational Culture and Leadership*. 3. ed. Califórnia: Jossey-Bass, 2004.
- SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. A Survey of Corporate Governance. *The Journal of Finance*, n. 2, 1997.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SCHMID, Markus; GONZALEZ, Tanja Artiga. Corporate Governance and Antitrust Behavior. Disponível em: <http://www.efmaefm.org/0EFMAMEETINGS/EFMA%20ANNUAL%20MEETINGS/2012-Barcelona/papers/ArtigaGonzalezSchmid.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- SCHMIDT, Klaus M. Managerial Incentives and Product Market Competition. *The Review of Economic Studies*, v. 64, n. 2, p. 191-213, 01.04.1997.

- SIMPSON, Sally S.; KOPER, Christopher S. The Changing of the Guard: Top Management Team Characteristics, Organizational Strain, and Antitrust Offending: 1960-1986. *Journal of Quantitative Criminology*, v. 13, n. 373, p. 531-552.
- SPAGNOLO, Giancarlo. Managerial Incentives and Collusive Behavior Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0014292104000339>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- STEPHAN, Andreas. Hear No Evil, See No Evil: Why Antitrust Compliance Programmes May Be Ineffective at Preventing Cartels. *ESRC CCP Working Paper*, n. 09-09, jul. 2010. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1432340. Acesso em: 20 jul. 2015.
- TIROLE, Jean. *The Theory of Corporate Finance*. Princeton NJ: Princeton University Press, 2005.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2015 – 1.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO CADE NO SETOR DE SAÚDE

KENYS MENEZES MACHADO

Resumo: A saúde é um dos setores que vem demandando mais atenção do Cade, tanto em termos de atos de concentração como de condutas anticompetitivas. A multiplicidade dos agentes envolvidos e a complexidade das relações levantam a questão dos limites da atuação do órgão no setor. Apesar de se observar aprimoramentos na atuação na área da saúde, existem condições estruturais do próprio setor que limitam de forma relevante o desempenho do Cade. Contudo, isso não exclui a importância e a necessidade de se avançar nessa atuação, inclusive por meio de outras formas, como na promoção da concorrência.

Palavras-chave: Saúde – Cade – Fusões – Condutas anticompetitivas – Atuação institucional.

Keywords: Health – Cade – Mergers – Anticompetitive practices – Institutional performance.

1. Introdução

A saúde é um dos setores que, historicamente, vem demandando mais atenção do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Isso ocorre tanto em relação à análise de atos de concentração quanto à investigação de condutas anticompetitivas. Essa demanda envolve os diversos agentes: médicos, associações, cooperativas, prestadores de serviços médico-hospitalares (como clínicas e hospitais), planos de saúde e governo. Não há sinais de que esse movimento deve recuar, seja por fatores conjunturais como estruturais do setor.¹

Essa grande demanda é apenas um sinal dos inúmeros desafios que existem na saúde e que não podem ser analisados de forma isolada. A complexida-

1. Esses fatores serão discutidos mais adiante.

de do setor é notória devido a diversos aspectos, entre eles a elevada assimetria de informação, externalidades positivas e negativas, barreiras à entrada significativas, entre outros. Essas questões são tão importantes quanto o porte dos agentes no momento das negociações envolvendo o preço dos serviços a serem ofertados/adquiridos no mercado, o que gera uma grande disputa até que seja alcançado algum equilíbrio, mesmo que tênue e provisório, entre as partes.

O problema é que esse equilíbrio é extremamente instável e frequentemente é rompido por um dos lados com práticas contestáveis sob o ponto de vista concorrencial. Normalmente é nessa hora que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é perquirido a agir por meio de sua atuação repressiva, muito embora em vários casos a demanda seja em questões eminentemente privadas. Além disso, a atuação do órgão por meio do controle de estruturas (análise de atos de concentração) pode influenciar na definição da correlação de forças que os agentes terão do mercado.

Dessa forma, dada a elevada demanda existente em um setor extremamente importante para a sociedade, a questão que se coloca é quais os limites da atuação do Cade nos problemas competitivos do setor de saúde no contexto da Lei 12.529/2011. O foco será menos no aspecto legal e mais nos aspectos estruturais e conjunturais do setor. Para discutir essa questão o artigo é dividido em quatro seções: a primeira tratará de um breve histórico da atuação do Cade no setor de saúde; em seguida são levantados dois dilemas relevantes na saúde e, na terceira parte, discutem-se as limitações do órgão no setor. Por fim, são tecidas algumas considerações finais sobre como o Cade pode aprimorar sua atuação no setor.

2. Os caminhos da saúde no SBDC

As negociações envolvendo os diversos agentes participantes do setor de saúde vêm, há bastante tempo, sendo objeto de investigação do SBDC. O resultado disso foi um grande número de decisões do Cade em relação a várias das condutas praticadas ao longo dos anos. Entre as denúncias mais recorrentes estão o uso de tabelas médicas pelos diversos agentes do setor (médicos, hospitais, clínicas etc.), a adoção de condutas anticompetitivas pelas cooperativas médicas (como a realização de boicotes, ameaça a médicos cooperados, bloqueio à entrada de concorrentes) e a prática de unimilitância, que é entendida como a exigência, por parte de um agente econômico, da exclusividade na atuação de médicos, proibindo a oferta do serviço para um concorrente (CADE, 2015).

De junho de 1996 a maio de 2015 foram julgados pelo Cade 81 processos administrativos referentes à denúncia de tabelas médicas. Dessas, houve 73

condenações e 8 arquivamentos. Em relação às denúncias contra cooperativas, no mesmo período houve 8 condenações, 8 acordos e 4 arquivamentos. Já em relação à unimilitância, foram 102 condenações, 14 arquivamentos e 39 Termos de Cessação de Conduta, totalizando 155 processos julgados no mesmo período (CADE, 2015). Esses números não incluem processos que foram arquivados em outras etapas procedimentais do Cade, como Inquérito Administrativo² e Procedimento Preparatório.

O caminho para se chegar a tais números não foi linear. Ao longo dos anos houve grandes divergências no entendimento das condutas. As Notas Técnicas emitidas pela Superintendência do Cade revelam isso:³ as mudanças ocorreram desde a própria definição do mercado relevante e o cálculo da participação de mercado ao que era entendido como uma conduta anticompetitiva praticada pelos agentes. Os resultados em termos de *enforcement* foram (e ainda são) dúbios: alguns casos tiveram reversão na justiça, continuou (e continua) chegando um grande número de denúncias envolvendo cooperativas médicas e o setor permanece sendo uma das principais fontes de denúncias após a promulgação da Lei 12.529/2011.⁴

Mesmo onde houve redução de denúncias, não é possível afirmar se foi por um aumento do *enforcement* decorrente das decisões do Cade ou pelo receio dos agentes de serem incluídos no polo passivo dos processos abertos por

2. Ou como Averiguação Preliminar, procedimento correspondente na Lei 8.884/94.
3. Processo Administrativo 08012.013467/2007-77. Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Amazonas. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado do Amazonas – COOPANEST-AM e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS. Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer. Processo Administrativo 08012.007833/2006-78. Representante: Procuradoria da República em Rondônia – Ministério Público Federal. Representados: Conselho Regional de Medicina de Rondônia (CREMERO) e Associação Médica de Rondônia (AMR).
4. Pesquisa no Diário Oficial da União, seção 1, e no boletim de serviço eletrônico do CADE. Disponível em: www.cade.gov.br.

meio de suas denúncias. Isso ocorreu em alguns casos envolvendo planos de saúde e associações.⁵

O histórico do controle preventivo pelo Cade no setor de saúde não é menos complexo. Entre 1997 e 2012 foram notificados 86 atos de concentrações envolvendo o setor (ANS, 2015). Dessas, cerca de 30 envolviam planos de saúde e/ou hospitais. As principais restrições se concentraram em operações relacionadas principalmente como sendo o hospital o principal ativo.⁶ Das poucas operações totalmente reprovadas pelo Cade, duas envolveram a aquisição de hospitais verticalizados com planos de saúde adquiridos por concorrentes, no mesmo município, e com o mesmo perfil. As concentrações em ambos os casos chegavam a mais de 90%.⁷

A explicação para tal resultado não é difícil. As barreiras à entrada no mercado de hospitais são elevadas, sendo que nos últimos pareceres e votos o Cade claramente aponta que a entrada não é um elemento que afasta possíveis problemas concorrenciais no mercado hospitalar, seja qual for a delimitação geográfica definida.⁸ Como a definição desse mercado é bastante restrita e é comum que vários dos concorrentes apresentem limitações à capacidade de concorrer, principalmente por questões financeiras, uma concentração mais elevada já pode indicar a necessidade de aplicação de remédios. Isso somente não é mais comum nesse mercado porque as concentrações horizontais observadas

5. Como, por exemplo, no Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer.
6. Não se está incluindo aqui restrições referentes às cláusulas de não concorrência.
7. Ato de Concentração 08012.008853/2008-28. Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda. Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.
8. Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A., Hospital Santa Lúcia S.A. Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.

nas operações ocorrem ainda em poucos municípios, normalmente de maior porte, como Rio de Janeiro e São Paulo, onde atuam Rede D'Or, Amil e outros hospitais de grande porte não pertencentes a grupos ou planos de saúde.

Já nas operações de planos de saúde observa-se a aprovação de concentrações mais elevadas.⁹ A existência de uma rede credenciada permite que mesmo operadoras com pequeno *market share* possam competir com planos de saúde com maior participação. Além disso, nos mercados mais concentrados há sempre a presença da Unimed que, quando não é líder, possui participação relevante. Contudo, observa-se que cada vez mais operadoras não tem ofertado planos individuais no mercado. Com isso, o fato de a operadora possuir em sua carteira um grande número de beneficiários nessa modalidade ou no seu rol de planos cadastrados na ANS constar essa modalidade não significa que seja um agente que efetivamente concorre no mercado. Essa questão foi recentemente abordada pelo Cade na análise do ato de concentração envolvendo a Amil e a Seísa.¹⁰

Após a promulgação da Lei 12.529/2011 foi mantido o ritmo de notificações de operações envolvendo o setor de saúde. Foram emitidos pela Superintendência cerca de 15 pareceres referentes aos mercados de planos de saúde e hospitais somente nos três primeiros anos da nova Lei.¹¹ Ou seja, mesmo com os novos critérios de notificação não houve uma redução nas notificações desse setor em comparação aos anos anteriores. Contudo, é possível que esse número fosse muito superior, pois a grande maioria dos hospitais, planos de saúde, clínicas e demais agentes não atingem os faturamentos atualmente exigidos para notificação.¹²⁻¹³ Com isso, várias operações vêm ocorrendo sem a

9. Embora as participações de mercado presente na maioria dos votos e pareceres públicos estejam totalmente confidenciais, é possível o cálculo da participação de mercado das requerentes por meio do site da Agência Nacional de Saúde – ANS. Disponível em: www.ans.gov.br.
10. Ato de Concentração 08700.008540/2013-89. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A., Seísa Serviços Integrados de Saúde Ltda. e Hospital Carlos Chagas S.A.
11. Pesquisa no Diário Oficial da União, seção 1, e no boletim de serviço eletrônico do CADE. Disponível em: www.cade.gov.br.
12. A grande maioria das clínicas, hospitais, laboratórios e planos de saúde não faz parte de grandes grupos empresariais ou de fundos de investimento, mas atuam de forma independente. Com isso, os faturamentos não atingem os critérios definidos na Lei 12.529/2011 para notificação. No geral, apenas grandes grupos, como a Amil e Rede D'Or, ou agentes detidos por fundos de investimento, possuem faturamento que demandaria a notificação ao Cade.
13. O critério de notificação tem como base o faturamento das partes envolvidas. Nesse caso, é notificável a operação se uma das partes detiver um faturamento

necessidade de notificação ao Cade. Em paralelo, não houve, nos três anos seguintes à Lei 12.529/2011, qualquer pedido de notificação de operações desse setor que não se enquadrassem nos critérios de notificação, tendo como base o art. 88, § 7º, da Lei 12.529/2011.¹⁴

Nas análises empreendidas pelo órgão foi necessário avaliar alguns argumentos apresentados pelas empresas que conflitam com a busca de um maior equilíbrio entre os agentes do setor. Esses argumentos são expostos na seção seguinte.

3. Concentração e verticalização

No setor de saúde há alguns dilemas importantes que aparecem usualmente nos estudos sobre o tema e impactam diretamente no cenário concorrencial analisado pelo Cade e na sua capacidade de atuação. Dois desses dilemas se referem ao aumento da concentração no mercado de planos de saúde e a verticalização entre os planos de saúde e prestadores de serviços médico-hospitalares. Uma análise, mesmo que breve, desses dilemas é importante para entender as ações dos agentes no mercado e a atuação do Cade.¹⁵

3.1 Concentração no mercado de planos de saúde

Um dado comumente citado nos estudos envolvendo planos de saúde se refere ao grande número de agentes que atuam nesse mercado no país. Segundo a ANS (2015), em 2013 havia 929 operadoras médico-hospitalares com beneficiários. Desses, 188 seriam na modalidade autogestão, 318 cooperativas médicas, 320 medicinas de grupo, 75 filantrópicas e 12 seguradoras especializadas em saúde. Esse grande número de operadoras é citado por essas empresas como argumento da pulverização no setor.

Também é destacado pelas empresas que o número de beneficiários por plano de saúde é extremamente heterogêneo. Cerca de 700 operadoras possuem menos de 50 mil beneficiários, número pequeno para um agente desse

superior a R\$ 750 milhões e a outra possuir um faturamento superior a R\$ 75 milhões, ambos no ano anterior da operação.

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

[...]

§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.”

15. Isso não significa que não haja outras questões também relevantes no setor. Contudo, essas parecem ser as mais relevantes dado o escopo do presente artigo.

mercado.¹⁶ Nesse caso, as operadoras têm dificuldade em diluir os custos da operação em sua carteira de beneficiários, o que aumenta a sua exposição a eventos de alto custo e que podem onerar fortemente sua rentabilidade e comprometer seu funcionamento.¹⁷

A liquidação de uma operadora é sempre uma situação extrema e que prejudica o consumidor, que acaba tendo que mudar de plano de saúde sem a sua vontade, muitas vezes a um preço mais alto ou com rede credenciada diversa da anteriormente disponível. Com isso ele pode ser forçado a trocar de médico ou local de tratamento (caso esteja) pela falta de credenciamento do novo plano. Como são restritas as opções de planos de saúde para o consumidor após a liquidação da operadora, não é pequena a possibilidade de reduções no seu bem-estar decorrentes de tal procedimento.

A maior concentração, de acordo com as operadoras, seria fundamental para minimizar os riscos existentes e gerar ganhos de escala necessários para a redução de custos. Pode-se concluir, dessa forma, que os argumentos apresentados ao Cade são válidos? Não necessariamente.

De fato, o número de planos de saúde é significativo. Contudo, ele vem se reduzindo ano a ano. Em 2003 havia 1345 operadoras no país; ou seja, houve uma redução de 30% no número de agentes em um período de 10 anos. É possível que esse movimento se intensifique nos próximos anos devido à crise financeira que se encontra parte importante das operadoras atualmente em atividade.

Outro aspecto relevante se refere à concentração em nível local. Embora ainda haja divergências quanto à forma de cálculo do mercado geográfico de planos de saúde, não restam dúvidas de que a delimitação deve ser local, variando entre o município considerado de forma isolada a um grupo de municípios próximos (ALMEIDA, 2009; SANTOS, 2009). O CEDEPLAR¹⁸ (ANS, 2015) realizou estudo sobre o nível de concentração verificado em 96 mercados geográficos definidos por meio de metodologia própria.¹⁹ Os dados reve-

16. O CADE tem considerado, inclusive, esse número como a Escala Mínima Viável (EMV) para atuar no mercado de planos de saúde (Ato de Concentração 08700.008540/2013-89. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A., Seisa Serviços Integrados de Saúde Ltda. e Hospital Carlos Chagas S.A.).

17. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) destaca que a escala é o maior obstáculo para a expansão de seguradoras em mercados pequenos e médios (VARNEY, 2010).

18. Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional da UFMG.

19. Metodologia de modelos gravitacionais. De acordo com Andrade (2010), “o método parte do pressuposto de que os serviços de saúde apresentam características

lam que em 89 dos 96 municípios a concentração de mercado dos 4 maiores grupos é superior a 90% em planos de saúde individuais. Para planos coletivos, a concentração dos 4 maiores grupos também é superior a 90% em 87 dos 96 municípios.²⁰

Em um cenário ideal, seria importante que houvesse uma redução do número de operadores de planos de saúde com pequeno número de beneficiários de forma a permitir ganhos de escala, maior capacidade de financiamento e diluição de riscos inesperados. Como essas pequenas operadoras normalmente atuam em poucos municípios, a fusão ou aquisição entre planos de saúde de porte pequeno e médio em diferentes mercados geográficos não impactaria de forma negativa a concentração do mercado. Mesmo a por grandes concorrentes seria saudável, desde que estes atuassem em mercados geográficos distintos. Contudo, muitas vezes não é isso que ocorre.

A aquisição da Medial pela Amil,²¹ por exemplo, envolveu duas grandes operadoras que não possuíam problemas de escala para justificar a concentração. Houve, nesse caso, a saída de um grande agente no mercado, no caso a Medial, fortalecendo ainda mais a Amil. Já os atos de concentração 08700.003978/2012-90²² e 08012.008853/2008-28²³ envolviam, também, planos de saúde com escala de atuação reduzida. Assim, embora houvesse justificativas em termos de ganho de escala, havia uma grande sobreposição geográfica entre as operadoras, o que os tornava quase monopolistas em alguns municípios.

Assim, pode-se concluir que os dados e argumentos apresentados são válidos a depender do ponto de vista. De fato, há um grande número de planos de saúde no Brasil, mas como os mercados geográficos são locais, esse número pode esconder elevadas concentrações. O Cade tem, em regra, permitido fusões e aquisições no mercado de saúde suplementar, desde que as concentrações não alcancem níveis extremamente elevados. Assim, não é pos-

locais tanto no consumo quanto na produção e busca captar o grau de integração entre as regiões o qual é mensurado pelo fluxo de bens e serviços entre as mesmas”.

20. Nesse caso foi considerada a Unimed um grupo econômico, conforme entendimento recente do CADE.
21. Ato de Concentração 08012.009906/2009-17. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional Ltda., Medial Participações S.A. e Medial Saúde S.A.
22. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.
23. Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda.

sível afirmar que o órgão tem dificultado a consolidação nesse mercado como instrumento para o aumento da escala dos agentes. Pelo contrário, a grande maioria das operações foram aprovadas sem restrições. O risco, pelo contrário, seria o de aumento do poder de barganha das operadoras perante os demais agentes do mercado de saúde. Antes de adentrar em tal ponto será discutida a questão da verticalização.

3.2 Verticalização

A verticalização no setor de saúde não é um fenômeno recente, mas era limitado a poucos agentes, com destaque para as Unimed. Nos últimos anos essa questão voltou à discussão pelas aquisições realizadas pela Amil e, de forma mais paulatina e menos vultosa, pelos investimentos realizados por outras operadoras. Entre as principais razões para esse movimento estão a existência de falhas de mercado e a adoção, pela ANS, de uma regulação mais rigorosa nos últimos anos.

Falhas de mercado ocorrem em diversos setores, mas elas são extremamente sensíveis no mercado de saúde. As falhas mais citadas na literatura são as externalidades difusas e a assimetria de informação. As externalidades difusas podem ser negativas ou positivas e se referem ao impacto das escolhas de consumo pela sociedade sobre o bem-estar individual. Por exemplo, quanto maior o uso indiscriminado de antibióticos pela população, maior será a externalidade negativa gerada para os seus indivíduos, pois eles sofrerão os efeitos de maior resistência de vírus e bactérias a esses medicamentos.

A assimetria de informação pode ocorrer tanto do ponto de vista do consumidor como do ponto de vista do plano de saúde. O primeiro caso decorre da diferença de conhecimento sobre a necessidade de cuidados do paciente. Devido às complexidades envolvidas no setor, os prestadores de serviços médicos possuem mais conhecimento da saúde do paciente do que o próprio paciente, o que influencia diretamente nas escolhas dele.

Sob o ponto de vista da operadora, essa assimetria pode ocorrer em relação aos beneficiários e aos demais prestadores de serviços de saúde. No caso dos beneficiários, há uma tendência a sobreutilização dos serviços de saúde pelo fato de o custo marginal ser zero na modalidade no qual o único pagamento realizado é o da mensalidade do plano. Nessa categoria de plano, não há qualquer contrapartida financeira do usuário pela utilização do serviço, o que acaba gerando um incentivo à utilização em excesso dos serviços disponíveis, como exames e consultas. Na modalidade de coparticipação esse incentivo é menor, mas ainda existe e depende do percentual de contribuição do beneficiário sobre o custo do serviço utilizado.

A assimetria em relação aos demais prestadores é outro ponto sensível para as operadoras. Nesse caso, as ações do prestador não podem ser totalmente controladas pelo plano de saúde, pois o primeiro possui mais informações sobre o paciente quando este procura atendimento do que o plano de saúde, que vai realizar o pagamento do serviço prestado.

Essas características do setor de saúde acabam tornando extremamente complexas e incertas as relações entre os agentes envolvidos. Como forma de dar mais segurança para o elo mais fraco dessa relação – o consumidor –, o marco regulatório do setor de saúde complementar vem sofrendo mudanças significativas nos últimos anos.²⁴ Essas mudanças buscaram tornar mais equilibrada a relação entre os consumidores e as operadoras, mas aumentaram de forma relevante os custos dos planos de saúde, o que impactou principalmente a atuação das pequenas e médias operadoras. Como parte das medidas regulatórias impõe limites à elevação dos preços cobrados aos consumidores, a contenção de custos via minimização das falhas de mercado e ganhos de escala passou a ser prioridade para as operadoras (LEANDRO, 2010). Nesse contexto, a verticalização possibilitaria internalizar alguns desses custos, tornando-os menos incertos, o que aumenta a previsibilidade na gestão do negócio.

Esses argumentos vêm sendo levados em consideração pelo Cade, tanto em termos de conduta como de atos de concentração. Não houve ainda restrições em atos de concentração no qual o único objeto era a verticalização, seja ele envolvendo plano de saúde, hospital, clínica ou laboratório. As operações com restrições envolviam tanto concentrações horizontais como integrações verticais. Nesses casos, as restrições muito provavelmente ocorreriam mesmo que não houvesse relações verticais, pois as concentrações horizontais eram significativas.²⁵

Em relação às práticas anticompetitivas, a verticalização pode provocar risco de fechamento de mercado tanto a jusante e como a montante nos mer-

24. As principais medidas adotadas pela ANS foram as seguintes: preços mínimos de comercialização do plano de forma a evitar a assunção de riscos excessivos; inclusão de (extensa) cobertura obrigatória e de limites máximos de carência; limitações quanto à regra de cálculo do prêmio; exigências de medidas para evitar a falência das operadoras, como requisitos de capital mínimo, provisões de risco, provisão para eventos ocorridos e não avisados, além de margem de solvência (LEANDRO, 2010).

25. Entre outros, por exemplo, no Ato de Concentração 08012.008853/2008-28. Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda. e Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.

cados envolvidos, seja por meio de recusa de contratar ou discriminação de preços, quantidade ou mesmo qualidade do serviço ou produto fornecido. O Cade se manifestou recentemente em relação a esse tipo de conduta, no qual ponderou exatamente sobre o risco de fechamento de mercado vis-à-vis os ganhos de eficiências decorrentes do processo de verticalização. Essa ponderação pode ser sumarizada no seguinte trecho da Nota Técnica do órgão:²⁶

Nesse contexto, devem-se levar em consideração possíveis eficiências com redução de custos advindas de um processo de verticalização dos serviços e se essas possíveis eficiências compensam um provável processo de concentração de mercado de prestação de serviços laboratoriais, tendo em vista que a verticalização pode excluir determinados agentes do mercado, caso não haja um acordo quanto a contratação dos exames a serem realizados por meio de laboratório próprio ou pela rede credenciada.

Destaca-se que do ponto de vista empírico, observa-se, nas duas últimas décadas, no mercado de cuidado da saúde e de seguros de saúde, elevado grau de dinamismo em sua estrutura com tendência à consolidação horizontal e vertical dos provedores. Essa consolidação em parte se justifica pela presença de economias de escala e escopo. Firms grandes podem também se beneficiar de preços inferiores junto aos provedores e firms pequenas apresentam um risco maior. Em relação à integração vertical, esta pode reduzir os custos de transação entre seguradoras e provedores. Alguns estudos apontam também a associação entre tamanho das operadoras e qualidade do cuidado como uma explicação para as fusões.

A mensagem passada por esse trecho não é isolada, mas pode ser observada em outros processos analisados pelo órgão. Assim, o Cade tem se mostrado receptível aos argumentos de aumento de concentração e verticalização como elementos importantes para a necessidade de redução de custos enfrentados pelo setor, principalmente pelos planos de saúde. Contudo, pode-se questionar se essa disposição pode ter implicações nas análises das condutas anticompetitivas que chegam ao órgão.

26. Inquérito Administrativo 08700.004911/2012-72. Representante(s): G. Pasteur Laboratório de Análises Clínicas e Patologia Ltda. Representada(s): Unimed Cooperativa de Trabalho Médico – Joaçaba, Unimed Cooperativa de Trabalho Médico – Chapecó, Unimed Cooperativa de Trabalho Médico – Caçador. Parecer 310/SG. Setembro de 2013.

4. Limites da atuação

No bojo da Lei 8.884/94, o SBDC era formado por três órgãos: a Secretaria de Direito Econômico (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Cade. Ao longo dos anos a SDE passou a se especializar na investigação de condutas anticompetitivas, enquanto a SEAE focou sua atuação na instrução de atos de concentração. Ambos os órgãos enviavam seus pareceres ao Cade, que era responsável pela decisão final.

Um dos problemas dessa divisão era o distanciamento das relações envolvidas entre os atos de concentração e as condutas anticompetitivas nos diversos setores. Muitas vezes o entendimento das questões concorrenciais de um setor somente pode ser adequadamente observado ao se acompanhar e analisar a dinâmica das operações de fusões e aquisições em conjunto com as condutas em análise pelo SBDC. Esse entendimento era limitado devido à divisão entre os órgãos de instrução. Com isso, cabia ao Tribunal do Cade, já com a instrução concluída e muitas vezes com relatores distintos, tentar fazer essa análise conjunta.

Com a promulgação da Lei 12.529/2011 esse problema foi minimizado, pois cabe a um único órgão – a Superintendência-Geral do Cade – fazer a instrução de ambos os procedimentos. Assim, a divisão temática das coordenações permite que uma mesma equipe possa avaliar as implicações concorrenciais dos atos de concentração nas condutas em análise, e vice-versa, permitindo “ganhos de escopo” na análise dos diversos mercados.

Na área de saúde parece que esse “ganho de escopo” vem trazendo resultados. Observa-se, em pareceres de atos de concentração elaborados pela Superintendência, uma preocupação em não permitir que estruturas resultantes da operação distorçam ainda mais o frágil equilíbrio entre os agentes do mercado. Por exemplo, entre os argumentos apresentados contra a aprovação sem aplicação de um remédio estrutural no ato de concentração envolvendo o Medgrupo e a Rede D’Or, em Brasília, consta o aumento do desequilíbrio na relação entre os médicos, planos de saúde e os hospitais envolvidos após a operação.²⁷

Por outro lado, essa centralização, principalmente na compra, poderia gerar um efeito negativo: a criação de uma assimetria de poder de negociação/compra favorável à Rede D’Or contra os planos de saúde e contra os profissio-

27. Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A. e Hospital Santa Lúcia S.A. Esse entendimento foi confirmado pelo Tribunal, que aprovou a operação condicionada à alienação de um dos dois maiores hospitais de Brasília que ficariam em poder da Rede D’Or.

nais de saúde. A existência de um equilíbrio nessa relação é importante para que não haja prejuízos ao consumidor no que se refere a preço, qualidade e redução/interrupção da oferta de serviços, entre outros fatores.

Esse entendimento foi confirmado pelo Tribunal, que aprovou a operação condicionada à alienação de um dos dois maiores hospitais de Brasília que ficariam em poder da Rede D'Or. A mesma preocupação quanto ao equilíbrio das relações entre os agentes pode ser observada nas notas relacionadas às condutas anticompetitivas.

A Superintendência concluiu uma séria de processos envolvendo cooperativas de especialidades médicas, sendo a mais numerosa a da especialidade de anesthesiologistas.²⁸ Nessas notas o órgão reconhece que apenas a aplicação de multas e outras punições de publicização da decisão final não têm sido suficiente para inibir a prática das condutas denunciadas, entre elas o descumprimento de planos de saúde e hospitais, ameaças a médicos cooperados e não cooperados, boicotes a concursos públicos e outras formas de contratação pelo setor público, entre outras práticas. Diante disso, tem recomendado a cisão das cooperativas que possuem elevado percentual de médicos no mercado relevante analisado.

Essa recomendação, embora fundamentada e racional do ponto de vista de solucionar o problema anticompetitivo de forma estrutural, esbarra nas limitações de execução da medida proposta. Além disso, pode, de forma unilateral, criar mais distorções no mercado. A própria nota já indica quais seriam alguns dos problemas:

O problema das medidas comportamentais decorre da pouca efetividade delas para determinados casos, pois a simples proibição das cooperativas de decretarem litígio comercial, promoverem descumprimento em massa contra os planos de saúde e hospitais públicos e privados, e boicotes contra concursos públicos, entre outras condutas praticadas pelas cooperativas nos diversos processos que tramitam no Cade, possivelmente não seriam suficientes para se afastar a possibilidade de danos à concorrência – e, por conseguinte, ao consumidor –, pois o que permite à cooperativa praticar essas condutas é a sua característica estrutural de monopólio ou elevado poder de mercado.

28. Processo Administrativo 08012.013467/2007-77. Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Amazonas. Representados: Cooperativa dos Médicos Anesthesiologistas do Estado do Amazonas – COOPANEST-AM e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS; Processo Administrativo 08012.004420/2004-70. Representante: CADE Ex Offício. Representados: Cooperativa dos Médicos Anesthesiologistas do Rio Grande do Norte – COOPANEST-RN; entre outros.

Além disso, o fato de não existir uma agência para regular os preços e condições de funcionamento de uma cooperativa, que não é (nem deve ser) papel do Cade, dificulta o monitoramento da adoção de medidas comportamentais.

As medidas estruturais podem atingir diretamente o problema da monopolização da cooperativa no seu mercado de atuação, sendo mais eficazes na resolução das condutas citadas ao longo da nota. Contudo, medidas estruturais também podem ser de aplicação não trivial, e, algumas delas, podem ser ineficazes. Por exemplo, a proibição de entrada de novos médicos na cooperativa, em um mercado com elevadas barreiras à entrada, pode simplesmente resultar em redução da oferta de especialistas, sem necessariamente incentivar o surgimento de uma nova cooperativa concorrente. A dissolução da cooperativa, por outro lado, pode ser demasiadamente interventiva, sem necessários resultados práticos de maior eficiência.

Esse problema ressalta um ponto central na atuação do órgão principalmente no setor de saúde: por mais que o Cade identifique corretamente o problema, a solução efetiva foge a sua capacidade de atuação.²⁹

Apesar de possuir falhas de mercado que comprometem a atuação eficiente do setor, a área de saúde carece de uma regulação que equilibre, pelo menos parcialmente, as relações entre os diversos agentes. O único dos participantes regulados são as operadoras de planos de saúde.³⁰ Os demais agentes são, em geral, livres para formar preço e definir níveis de qualidade, desde que atendam aos requisitos mínimos legais.³¹ Isso abre um espaço enorme para variações de preço e qualidade entre os prestadores. Tendo em vista os diferentes portes e interesses envolvidos, o resultado é um conflito constante.

Como já destacado, a rígida regulação da ANS tem como objetivo dar mais segurança ao consumidor. Entretanto, o resultado é o aumento dos custos dos planos de saúde, que já são onerados pelo aparecimento de novas tecnologias, normalmente a custos mais elevado, para o tratamento e a prevenção de doenças. Com isso, os planos buscam pressionar os demais agentes do setor a

29. Almeida questiona a atuação do Cade em relação às cooperativas, pois a questão do poder compensatório estaria sendo incorretamente tratada nos processos analisados pelo órgão (ALMEIDA, 2009). Independentemente do resultado dessa discussão, a conclusão, como destacado a seguir, é que o desequilíbrio na relação dos agentes continuará existindo, a despeito da atuação do Cade.

30. Não se está incluindo aqui o mercado farmacêutico, regulado pela Anvisa, pois os conflitos negociais com os demais agentes de mercado são menores, embora não menos importantes, para o consumidor.

31. Como da vigilância sanitária, para estabelecimentos de saúde, e de formação profissional, para os médicos.

reduzir os preços cobrados, sejam eles hospitais, clínicas, médicos ou laboratórios. Como não é atribuição da ANS³² definir o preço dos serviços ofertados por esses prestadores ou intermediar essas relações, os equilíbrios formados são sempre instáveis e tênues.

Por mais que o Cade atue de forma preventiva ou repressiva, essa atuação acaba sendo pontual e de pouco resultado no curto e médio prazo. Isso ocorre porque as condições que criaram as estruturas de mercados atuais não foram definidas pelo Cade. A reprovação de concentrações elevadas de planos de saúde e hospitais em pequenos e médios municípios é importante para não aumentar um problema já existente: os planos de saúde já são concentrados nesses municípios, com destaque para a posição das Unimed, e em grande parte há somente um hospital privado, com pequena escala, em funcionamento. A verticalização em vários casos não ocorre por meio de aquisição, mas de crescimento orgânico. Nesse caso, só cabe ao Cade intervir em sede de conduta.

A atuação do Cade em conduta acaba sendo, mesmo que importante e indispensável nesse setor, limitada. O exemplo das cooperativas é salutar: por mais que o Cade deva investigar e reconheça o problema em questão, sua decisão pode não ter a efetividade desejada para coibir novamente a prática.

A maioria das denúncias envolve, no fundo, a definição de qual é o preço de equilíbrio entre os agentes do mercado. Os agentes com maior poder de barganha, normalmente os maiores planos de saúde em suas regiões, tentam impor condições muitas vezes inviáveis para a manutenção das atividades dos demais prestadores. Como resultado, esses passam a adotar práticas questionáveis do ponto de vista concorrencial. Apesar desse cenário, não é papel do Cade redesenhar a estrutura do mercado, intermediar as negociações ou definir o preço de equilíbrio. Entretanto, muito provavelmente apenas essas medidas poderiam mitigar, de forma mais estável, os problemas relacionados a essas negociações.

Assim, por mais que o Cade melhore a sua atuação por meio de arranjos organizacionais, reconheça os dilemas existentes no setor e proceda a análise de forma dinâmica, existem limitações estruturais do próprio setor que limitam de forma relevante o desempenho da autarquia.

5. Considerações finais

Conforme discutido, o Cade tem avançado na sua atuação no setor de saúde, principalmente após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011. Não obs-

32. Pelo menos até recentemente, pois algumas mudanças normativas têm atribuído à ANS uma maior participação nessas negociações.

tante esse avanço, a estrutura do setor, marcado por falhas de mercado, elevado desequilíbrio no porte dos agentes e vácuo regulatório, limita de forma relevante a ação do órgão. Isso não significa que o Cade não possa aprimorar sua atuação para que ela seja mais efetiva. Um dos caminhos para esse aprimoramento pode ser pela advocacia da concorrência, hoje responsabilidade da SEAE.

De acordo com a nova estruturação do SBDC disposta na Lei 12.529/2011, a SEAE passou a ser responsável pela atribuição de promover a concorrência nas esferas pública e privada.³³ Contudo, a Lei não afastou a possibilidade de o Cade também atuar nesse aspecto.³⁴ Deixar apenas a SEAE com a responsabilidade da advocacia da concorrência na área de saúde é desperdiçar a experiência que o Cade vem acumulando da dinâmica do setor por meio das análises de atos de concentração e condutas anticompetitivas. Assim, seria mais desejável que a atuação fosse complementar, até porque os mecanismos à disposição da SEAE e do Cade não são necessariamente iguais.

Destacam-se aqui três formas que o Cade poderia atuar (e já vem, de forma paulatina em alguns casos, fazendo) na advocacia da concorrência sem sobrepôr às atribuições da SEAE. Primeiro, na elaboração e divulgação de estudos sobre o entendimento do órgão no setor, servindo de orientação para os diversos agentes do mercado. Como a jurisprudência, tanto de condutas anticompetitivas como de atos de concentração, vem se modificando ao longo do tempo e parte das informações é de acesso restrito, estudos que consolida-

33. “Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade [...]”

34. Podem-se citar, por exemplo, os seguintes artigos da Lei que indicam esse entendimento:

“Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

[...] XIV – instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica

[...]

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

[...] XIII – orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XIV – desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV – instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão

[...]”

sem esse entendimento seriam bastante úteis para a sociedade. Esse movimento já começou a ser feito pelo órgão por meio do estudo “Mercado de Saúde Suplementar: condutas” disponível no site da autarquia.³⁵

Uma segunda forma é a maior participação em comissões, conselhos e outros espaços em que é discutida a normatização ou a regulamentação de alguns dos mercados. Conforme visto anteriormente, alguns dos problemas enfrentados pelo Cade e que limitam a sua atuação se referem exatamente à falta ou, em alguns casos, à inadequação das normas referentes ao setor. A participação nesses fóruns pode permitir que os problemas também sejam discutidos do ponto de vista concorrencial a partir da experiência do Cade.

Uma terceira, mas não menos importante, forma de atuação é por meio dos próprios processos administrativos julgados pelo órgão. Muitas das denúncias recebidas pelo Cade referem-se à participação de associações ou outras entidades de praticamente todos os mercados envolvidos na área da saúde, que acabam fomentando atitudes anticompetitivas de seus filiados.³⁶ A mera contribuição pecuniária, como já destacada pela própria Superintendência, não é suficiente para tornar as decisões efetivas. Além disso, condenações de empresas ou cooperativas de forma individual normalmente tem um impacto restrito ao mercado geográfico desses agentes em termos de *enforcement*, para que a prática não se repita. Assim, orientações sobre os limites da atuação dos agentes do mercado, e de preferência por meio de acordos, nos casos em que tiver presente as entidades do mercado envolvido, podem ter uma eficácia maior em aspectos de promoção da concorrência, evitando que as denúncias investigadas voltem a ocorrer.

Há, certamente, outras formas que o Cade pode agir para permitir um melhor ambiente concorrencial no setor de saúde, reduzindo as limitações de sua atuação preventiva e repressiva. Como salientado, o órgão já vem promo-

35. Disponível em: www.cade.gov.br.

36. Como, entre outros, no Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Pronortonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer.

vendo algumas dessas práticas. Espera-se, dessa forma, que os resultados sejam benéficos e permitam um maior equilíbrio nesse setor.

Referências

- ALMEIDA, S.F. *Poder compensatório e política de defesa da concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro*. Tese. Escola de Economia de São Paulo. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 2009.
- ANDRADE, Mônica Viegas *et al.* *Estrutura de mercado do setor de saúde suplementar no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010. Texto para Discussão n. 400.
- ANS. *Estrutura de concorrência no setor de operadoras de planos de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro, jun. 2015.
- BRASIL. Cade. Ato de Concentração 08012.009906/2009-17. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional Ltda., Medial Participações S.A. e Medial Saúde S.A. Órgão Formalizador: Secretaria de Acompanhamento Econômico. Voto: Elvino Carvalho de Mendonça, DF, 17 abr. 2013. Disponível em: www.cade.gov.br.
- BRASIL. Cade. Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca. Voto: Elvino Carvalho de Mendonça, DF, 30 jan. 2013. Disponível em: www.cade.gov.br.
- BRASIL. Cade. Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A., Hospital Santa Lúcia S.A. Superintendência-Geral. Parecer Técnico n. 273/2012. Dezembro de 2012. Disponível em: www.cade.gov.br.
- BRASIL. Cade. Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A., Hospital Santa Lúcia S.A. Voto: Ricardo Machado Ruiz, DF, 05 jun. 2013. Disponível em: www.cade.gov.br.
- BRASIL. Cade. Ato de Concentração 08700.008540/2013-89. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A., Seisa Serviços Integrados de Saúde Ltda. e Hospital Carlos Chagas S.A. Superintendência-Geral. Nota Técnica 36/2014. Janeiro de 2014. Disponível em: www.cade.gov.br.
- BRASIL. Cade. Ato de Concentração 08012.008853/2008-28. Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda. Órgão Formalizador:

Secretaria de Acompanhamento Econômico. Voto: Fernando de Magalhães Furlan, DF, 22 jul. 2009.

BRASIL. Cade. Mercado de saúde suplementar: condutas. *Cadernos do Cade*. Brasília, 2015.

BRASIL. Cade. Processo Administrativo 08012.004420/2004-70. Representante: Cade Ex Offício. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Rio Grande do Norte – COOPANEST-RN. Superintendência-Geral. Nota Técnica 56/2014. Fevereiro de 2014. Disponível em: www.cade.gov.br.

BRASIL. Cade. Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer. Superintendência-Geral. Nota Técnica 173/2014. Junho de 2014. Disponível em: www.cade.gov.br.

BRASIL. Cade. Processo Administrativo 08012.007833/2006-78. Representante: Procuradoria da República em Rondônia – Ministério Público Federal. Representados: Conselho Regional de Medicina de Rondônia (CREMERO) e Associação Médica de Rondônia (AMR). Superintendência-Geral. Nota Técnica 223/2013. Junho de 2013. Disponível em: www.cade.gov.br.

BRASIL. Cade. Processo Administrativo 08012.013467/2007-77. Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Amazonas. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado do Amazonas – COOPANEST-AM e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS. Superintendência-Geral. Nota Técnica 69/2014. Março de 2014. Disponível em: www.cade.gov.br.

BRASIL. Lei 8.884, de 11 de junho de 2004.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

LEANDRO, Tainá. *Defesa da concorrência e saúde complementar: a integração vertical entre planos de saúde e hospitais e seus efeitos no mercado*. Dissertação. Departamento de Economia. Brasília: Universidade de Brasília, 2010.

SANTOS, Thompson. *Determinação de mercados relevantes em saúde suplementar*. Documento de Trabalho n. 46 da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. Março/2008. Disponível em: www.seae.fazenda.gov.br.

VARNEY, Christine A. *Antitrust and Healthcare*. U.S. Department of Justice, 2010.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2015 – 2.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

AÇÕES COLETIVAS [PRIVADAS] COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Breve estudo comparado de uma lacuna na
política antitruste brasileira

FERNANDA MERCIER FARINA

Resumo: Este artigo se destina a analisar um importante mecanismo de *enforcement* da política antitruste no mundo, peça essencial na coibição dos ilícitos econômicos, mas ainda muito pouco explorado na práxis brasileira: as ações coletivas para reparação de danos individuais homogêneos.

Para avaliar o tema, propomos observar a experiência da política antitruste internacional, demonstrando a importância das ações coletivas privadas na efetivação do direito da concorrência e coibição dos ilícitos econômicos.

Posteriormente, fazemos um paralelo com os mecanismos processuais previstos na legislação brasileira para a tutela dos direitos individuais homogêneos, analisando sua eficácia com meio de realização da política antitruste no Brasil.

Palavras-chave: Política antitruste – Defesa da concorrência – Efetividade – Coibição – Prevenção – Ações coletivas – Ação civil pública – Direitos individuais homogêneos – Ação de classe brasileira – Reparação de danos.

Abstract: This article aims to analyse an important enforcement mechanism for antitrust policy around the world, essential key on deterring competition illicit, but still little explored by Brazilian praxis: the antitrust class action for damages.

To study the topic on a national perspective, we propose to observe the experience and directions taken by antitrust policies in other countries, in order to demonstrate the importance of private class actions in enforcing antitrust law and deterring economic illicit.

In conclusion, we aim to compare the existing Brazilian procedural mechanisms for solving collective damage redress and to analyse its efficiency in enforcing antitrust policy in Brazil.

Keywords: Antitrust policy – Competition law – Enforcement – Deterrence – Prevention – Class action – Collective redress – Antitrust class action for damages – Brazilian class action.

1. Introdução

A experiência e a doutrina internacional demonstram que uma parcela muitíssimo significativa da eficiência da política antitruste de um país está no seu *enforcement* privado. Este artigo se destina a analisar esse essencial instrumento de efetivação do direito da concorrência no mundo, ainda muito pouco explorado na prática jurídica brasileira: as ações coletivas para reparação de danos individuais homogêneos decorrentes de ilícitos econômicos.

A política antitruste deve se sustentar em um tripé de combate às condutas anticompetitivas formado pela atuação administrativa, criminal e cível. Esta última devendo ser principalmente conduzida pelos indivíduos lesados, em busca de reparação dos danos sofridos. A estruturação e aplicação efetiva dessas três frentes é que é capaz de criar um ambiente de real desincentivo e coibição das condutas anticoncorrenciais. Quanto mais amplos os meios de combate, maiores são os custos de oportunidade para a cartelização. Portanto, maior o desincentivo e a consequente coibição dos ilícitos concorrenciais.

Para avaliar o tema na perspectiva nacional, propomos observar a experiência e a direção da política antitruste internacional, especialmente a norte-americana, para demonstrar a importância das ações coletivas privadas na efetivação (*enforcement*) do direito da concorrência, e coibição (*deterrence*) dos ilícitos econômicos.

Posteriormente, fazemos um paralelo com os mecanismos processuais previstos no Brasil para a tutela dos direitos individuais homogêneos, apontando suas deficiências e propondo melhorias que potencialmente contribuirão para a eficácia do instituto como meio de realização da política antitruste no Brasil.

2. Efetivação privada da defesa da concorrência (*private enforcement*)

De acordo com Paulo Furquim de Azevedo, “concorrência é, ao mesmo tempo, um direito da sociedade e uma característica econômica fundamental dos mercados”.¹ A defesa da concorrência, ou antitruste, tutela esses direitos difusos por meio da “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem

1. AZEVEDO, P. F. A Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 267.

econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência e função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão do abuso do poder econômico”²

A efetivação (*enforcement*) do direito difuso à livre concorrência se dá, precipuamente, por meio da atuação dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), regidos pela Lei 12.529/2011 (doravante denominada lei de concorrência), bem como pelo Poder Judiciário, e pelo Ministério Público. O SBDC age na esfera administrativa, analisando previamente atos de concentração, a fim de evitar a implementação de estruturas econômicas anticompetitivas (controle preventivo), bem como investiga, julga e pune condutas tipificadas na lei (controle repressivo). O Ministério Público, por sua vez, atua na esfera criminal e cível, no ajuizamento de ações penais para punição de indivíduos envolvidos nos fatos tipificados penalmente e de ações civis públicas para tutela de direitos coletivos. E, finalmente, o Poder Judiciário executa as decisões do SBDC, que se tornam títulos executivos extrajudiciais (art. 93 da lei de concorrência), bem como analisa e julga eventuais processos para concessão de tutelas de urgência e indenizatórias (coletivas ou individuais). Para que o Poder Judiciário possa efetivar eventuais tutelas de urgência ou indenizatórias, no entanto, é necessário que os particulares prejudicados pelas práticas anticompetitivas ajuízem demandas com essa finalidade – sejam elas individuais ou coletivas (princípio da inércia da jurisdição).

O esquema supra-apresentado é obviamente uma simplificação do complexo sistema que tutela o direito difuso à livre concorrência. Nessa simplificação, no entanto, podemos identificar duas grandes estruturas: uma a que nomeamos de pública (*public litigation*), ou seja, o Estado na perseguição ou prevenção de práticas anticompetitivas; e outra que chamamos de privada (*private litigation*), e que abarca os processos ajuizados por indivíduos ou por uma coletividade privada (não estatal) na perseguição de reparação ou prevenção de danos. Essas duas esferas, pública e privada, são complementares à construção de uma política efetiva de defesa da concorrência. A própria lei que rege o SBDC, além da estipulação dos tipos e penas para atos infracionais, ainda prevê que “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” (art. 47 da lei de concorrência).

2. Art. 1º da Lei 12.529/2011.

A reunião de toda essa rede de atuação, administrativa e judicial, pública e privada, no direito da concorrência é que garante um efetivo combate às práticas anticompetitivas, especialmente no que tange à coibição (*deterrence*) dos atos ilícitos. O conjunto de sanções e condenações³ – administrativas, criminais e cíveis (públicas e privadas) – é que montam um real sistema de desincentivo à prática de atos anticoncorrenciais.⁴ Trata-se de uma estrutura observável em todos os países que possuem um sistema eficaz de política antitruste;⁵ quanto mais amarrado o sistema, mais eficiente é a política concorrencial. A mera previsão legal, no entanto, não é suficiente para implementar essa desejada estrutura de prevenção e desincentivo à prática anticompetitiva. É necessário que haja real aplicação das normas, *enforcement*.⁶ Somente condenações reais

3. Claro que a repressão não é a única maneira de garantir um mercado competitivo. Na realidade, políticas governamentais que incentivem a competição e a redução de barreiras à entrada de competidores menores são formas menos custosas e mais eficientes na construção de um ambiente concorrencial sadio (nesse sentido: SAMUELSON, P. A.; NORDHAUS, W. D. *Economia*. 19. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012. p. 177). Mas, o que este artigo busca discutir são as formas de desincentivar a prática anticoncorrencial, o que deve ser cumulado à política de incentivo ao mercado competitivo.
4. Nesse diapasão: “a cartel’s optimal price is likely to be neither the competitive price nor the price that the cartel would set in the absence of antitrust enforcement but rather an intermediate price that depends on the levels of antitrust enforcement efforts and penalties. Our empirical result reveal that increasing antitrust enforcement in the presence of a credible threat of large damage awards has the deterrent effect of reducing mark-ups in the bread industry” (BLOCK, M. K., NOLD, F. C.; SIDAK, J. G. The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 3, p. 429, 1981).
5. De acordo com Rosenberg e Sullivan, o grupo de combate (“tag team”) às práticas anticoncorrenciais nos EUA é composto pela política pública de incentivo à livre concorrência, sanções e medidas preventivas na seara criminal, pelo Federal Trade Commission (FTC) e Antitrust Division of the Justice Department e, finalmente, pelas ações coletivas ajuizadas para reparação de danos (private litigation). ROSENBERG, D.; SULLIVAN, J. P. Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law. *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, n. 523, p. 2, 2005.
6. Nesse sentido: “But whether antitrust policy is sound depends on the enforcement machinery as well as on legal doctrine. It is not enough to have good doctrine; it is also necessary to have enforcement mechanisms that ensure, at reasonable cost, a reasonable degree of compliance with the law. Antitrust is deficient in such mechanisms” (POSNER, R. A. *Antitrust Law*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001. p. 266).

e suficientes⁷ (quantitativa e qualitativamente) são capazes de gerar incentivos negativos significantes à prática de atos ilícitos.⁸

E o *enforcement* por meio de ações privadas representa uma parcela importantíssima na formação de uma política efetiva de defesa da concorrência;⁹ parcela esta pouquíssimo explorada na realidade brasileira – não na lei, que prevê a possibilidade, mas no real número de ações (individuais ou coletivas) ajuizadas por particulares para reparação de danos causados por práticas anticompetitivas.¹⁰

7. Nesse diapasão: “The example illustrates a basic principle in the economic analysis of law enforcement [...] the efficient system of law enforcement is the one in which the fine is as large as possible – equal to the wealth of the individuals whose behavior is being controlled. This allows the probability of detection to be very low in order to save enforcement costs” (POLINSKY, A. M. *An Introduction to Law and Economics*. 3. ed. New York: Aspen Publisher, 2011. p. 82).
8. O objetivo do conluio é determinar os preços para maximizar os ganhos do cartel (presumindo que os players são neutros ao risco). O custo de oportunidade mais significativo para a prática do cartel é a probabilidade de descoberta. A efetividade da política concorrencial depende do grau de incentivos negativos dados os agentes para a prática de atividades anticompetitivas. Enquanto fixar ou combinar preços for favorável, as firmas não optarão por preços competitivos. Nesse sentido: BLOCK, M. K., NOLD, F. C.; SIDAK, J. G. Op. cit., p. 433.
9. Interessante decisão a respeito do tema se deu no precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, (1969): “the purpose of giving private parties treble-damage and injunctive remedies was not merely to provide private relief but was to serve as well the high purpose of enforcing the antitrust law”. E, ainda, em *Perma Life Mufflers, Inc. v. Int'l Parts Corp.* (1968), a mesma corte asseverou que: “the purposes of the antitrust laws are best served by insuring that the private action will be an ever-present threat to deter anyone contemplating business behavior in violation of the antitrust laws”.
10. Há de se ressaltar a atuação do Ministério Público na esfera cível para tutela dos direitos difusos no direito da concorrência. Diversas são as ações coletivas propostas pelo Parquet para reparação de danos à coletividade. No entanto, embora o MP seja um legítimo representante da coletividade, o colocamos no grupo da justiça pública (para os fins de classificação perseguidos neste artigo). Isso porque, ainda que representante dos interesses privados (quando em ações civis públicas para tutela de direitos individuais homogêneos), o MP ainda segue uma política pública. Ao escolher (alocar seus escassos recursos) as demandas que irá propor, o MP toma uma decisão baseada em políticas estatais. Diferentemente se dá nas ações ajuizadas pelos próprios indivíduos (mesmo que por meio de associações), que têm incentivos e motivos distintos do Estado. Não significa, de forma alguma, que rejeitemos a atuação do MP civilmente para tutela dos direitos difusos à livre concorrência. Defendemos, tão somente, que esta atuação deva ser cumulada à

Observando a realidade americana, Nold e Sidak demonstram, com base em estudos empíricos no mercado de pães, que “the deterrent effect of DOJ enforcement efforts came not from the threat of publicly imposed fines or imprisonment but from the increased likelihood of an award of private treble damages to bread consumers or distributors”.¹¹ O estudo dos autores neste mercado demonstrou que acordos decorrentes de *class actions* por cartelização são dez vezes maiores do que as multas impostas pelo Estado. Eles concluem que “only after class actions became a credible private remedy did the Antitrust Division’s enforcement capacity or its filing of a bread price-fixing case deter collusion in the conspiracy-prone bread industry”.¹²

Outro interessante estudo empírico, conduzido por DAVIS e LAND,¹³ sob a perspectiva do valor de mercado de empresas rés em processos antitruste, demonstrou que as consequências financeiras dos litígios privados são muito mais significativas que aquelas decorrentes de litígios públicos. Os autores observam que nos 60 casos estudados de *class actions* para reparação dos danos, compreendidos entre 1990 e 2011, as condenações e acordos totalizaram, somados, entre 34 e 36 bilhões de dólares. De outro lado, todos os casos conduzidos pelo DOJ neste período foram capazes de impor multas pouco acima de 8 bilhões de dólares. Esse resultado impactou inclusive o valor das ações das empresas rés nos casos antitruste observados, que caíram cerca de 0,6% ante o ajuizamento das *class actions*. A conclusão que os autores chegam é de que ações privadas para reparação dos danos decorrentes de atividades anticoncorrenciais são um mecanismo essencial para coibição de condutas anticompetitivas, até mais eficientes que as medidas criminais.

atuação real da sociedade civil na busca de seus direitos individuais, especialmente de maneira agregada (por meio de ações coletivas). A atuação conjunta do MP (pública) e da sociedade civil (privada) na esfera cível é que tem o potencial de formar um conjunto eficiente de desincentivo aos ilícitos econômicos. Nesse sentido: “this is indeed the very essence of private enforcement brought about by class actions. When civil suits are brought by public prosecutors or governmental agencies, as is the case in the Federal US jurisdiction, a policy decision lies behind such enforcement activities. Here we concentrate on the suits brought by the victims, which are by definition decentralised devices for the production of deterrence” (DENOCCA, F.; TOFFOLETTI, L. Compensation Function and Deterrence Effects of Private Actions for Damages: The Case of Antitrust Damage Suits, 2008. p. 11. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1116324>).

11. BLOCK, M. K., NOLD, F. C.; SIDAK, J. G. Op. cit., p. 440-441.

12. Idem, p. 444.

13. DAVIS, J. P.; LANDE, R. H. Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement. *Georgia Law Review*, v. 48, p. 1, 2013.

Na Europa, desde a assinatura do Tratado de Roma em 1957 é possível o ajuizamento de ações privadas para aplicação de normas antitruste. No entanto, um estudo realizado pela European Commission em 2004 avaliou o *enforcement* privado das políticas antitruste europeias como “totalmente subdesenvolvido”. Dezesete dos vinte e sete Estados Membros ainda não haviam proposto qualquer ação coletiva antitruste, e mesmo nos demais países os casos já ajuizados representavam uma realidade isolada.¹⁴

Por este motivo, a European Commission redigiu duas diretivas intituladas *The Green Paper* (2005) e *The White Paper* (2008), ambas objetivando o desenvolvimento de políticas públicas para incentivar o ajuizamento de ações privadas para reparação dos danos causados pelo descumprimento das *European Community Antitrust Rules*. Entre as previsões dos mencionados documentos estão (i) a redução das custas judiciais, com a limitação da condenação em sucumbências somente em casos de ações manifestamente incabíveis;¹⁵ (ii) definição e base para quantificação das indenizações; (iii) incentivos ao ajuizamento de ações coletivas;¹⁶ (iv) uso de arbitragem como mecanismo de solução de conflitos antitruste (para reparação de danos), entre outros.

Os dois documentos resultaram na aprovação da Diretiva 2014/104/EU pelo Parlamento Europeu.¹⁷ A diretiva trouxe diversas previsões objetivando

14. *Making Antitrust Damages Actions more Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios (Final Report for the European Commission)*, 2007. Disponível em: ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf.
15. Nesse sentido: “Litigation cost rules constitute a particularly critical obstacle, because the various ‘loser pays’ rules in the Member States are (as they seem intended to be) an important deterrent to a private plaintiff bringing a novel civil action” (BAKER, D. I. *The EU Green Paper on Private Damage Actions – An Ambitious Response to a Very Difficult Set of Practical and Philosophic Issues. Competition Law Journal*, p. 241, 2005).
16. Comungando do entendimento: “Collective and representative actions are particularly important in the context of defending consumer interests ... Easier enforcement of legal rights and increased ability to recover economic losses are essential to bringing European citizens and their associations closer to European laws and policies” (EUROPEAN Commission, *Commission Staff Working Paper – Annex to the Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust Rules*, p. 193-194, dez. 2005).
17. Vale ressaltar que a diretiva não é vinculante aos Estados-membros da Comunidade Europeia e depende da aprovação de leis locais para que tenha força normativa.

intensificar o ajuizamento (e efetividade) de ações privadas para reparação de danos. Estão entre as principais previsões: (i) a possibilidade de adoção do procedimento de *disclosure of evidence*, inclusive em países de *civil law*; (ii) a vinculação de decisões condenatórias de autoridades de concorrência aos processos cíveis para ressarcimento de danos; (ii) harmonização do prazo prescricional em no mínimo cinco anos, bem como termo inicial deste prazo a partir do momento em que partes lesadas tomarem conhecimento (expresso ou tácito) dos fatos lesivos; (iii) responsabilização solidária dos cartelizados pelos danos causados a terceiros; (iv) presunção de danos decorrentes das práticas anticompetitivas e possibilidade de quantificação genérica destes (sem necessidade de liquidação em ação individual); (v) presunção de transferência direta dos danos do cartel aos consumidores – invertendo o ônus da prova aos cartelizados; entre outras.

O escopo deste artigo não é analisar a fundo as diretivas e discussões, na Europa, sobre o fortalecimento de ações privadas para reparação de danos antitruste, mas sim utilizar este exemplo de direito comparado para demonstrar a tendência da comunidade internacional em intensificar o *enforcement* da política antitruste por meio de ações privadas.¹⁸

3. Ações coletivas como técnica de otimização do *private enforcement*

Conforme defendido na sessão anterior, as ações propostas por indivíduos, privadamente, são parte fundamental na política antitruste, em especial na coibição de condutas anticompetitivas (*deterrence*). Entre essas ações privadas, no entanto, uma espécie particular se destaca como aquela com melhor poten-

18. Para uma análise mais profunda a respeito das diretivas e discussões sobre o tema na Europa ver: EUROPEAN Parliament. Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union, abr. 2014. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf; COMMISSION of the European Communities. Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, dez. 2005. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>; COMMISSION of the European Communities. White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, abr. 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>; CONSOLARI, Private Enforcement of European Union Competition Law. *The International Spectator*, n. 49, p. 134, 2014.

cial de gerar os efeitos preventivos tão desejados. Trata-se das ações coletivas, no Brasil representadas pelas ações civis públicas (ACP).¹⁹

As ações civis públicas para tutela de direitos difusos têm participação importante na política antitruste brasileira, especialmente mediante a atuação do Ministério Público. Mas, para fins da classificação proposta neste artigo e já supraexplicada (nota n. 10), categorizamos-las como ações de natureza pública, porquanto se destinam a implementar políticas de Estado mediante alocação de recursos de uma instituição pública (MP precipuamente).

De outro lado, a ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos perfeitamente se adéqua aos objetivos de *enforcement* privado da política concorrencial. Esse tipo específico de ACP permite a representação

-
19. As ações civis públicas podem ser ajuizadas para tutelar direitos difusos – aqueles que, de acordo com Barbosa Moreira, são “essencialmente coletivos” e “concernem a um número indeterminado e, pelos menos para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos: não um grupo definido e sim uma série que comporta extensão em princípio definida” (BARBOSA MOREIRA, J. C. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo*, v. 61, p. 105, 1991), com previsão na Lei 7.347/85. Além disso, as ACPs podem veicular a tutela de direitos individuais homogêneos. Essas últimas, inseridas no ordenamento em 1990 pelo Código de Defesa do Consumidor, são ditas ações coletivas *sui generis*, pois não se prestam a tutelar direitos transindividuais, mas funcionam como verdadeiro método de agregação de demandas individuais repetitivas. São ações que poderiam ser ajuizadas individualmente, mas o são de forma agregada, coletiva, para fins de eficiência processual e otimização do acesso à justiça. O direito da concorrência comporta as duas formas de tutela – ACP para tutela de direitos difusos e ACP para tutela de direitos individuais homogêneos. Como bem aponta Pfeiffer, o direito à livre concorrência é de titularidade da coletividade, conforme dicção do art. 1º da Lei de Concorrência. E ainda, “o legislador foi ainda mais específico ao incluir o art. 1º, VI, da LACP, que estabelece a expressa possibilidade de ser proposta ação civil pública em decorrência da ‘infração da ordem econômica e da economia popular’” (PFEIFFER, R. A. C. *Tutela coletiva da livre concorrência. Revista de Direito do Consumidor*, v. 49, p. 11, 2004). Assim, a transindividualidade do direito à livre concorrência gera inerentemente o direito de ação por meio ACP para tutela de direitos difusos. Mas, de outro lado, as infrações à ordem econômica tem o condão de gerar sensíveis prejuízos – diretos e indiretos – a indivíduos (consumidores, fornecedores, distribuidores etc.). Esses indivíduos lesados pelas práticas anticompetitivas tem, homogeneamente, direito à cessação dos atos lesivos, ainda em prática (tutela preventiva), bem como (e principalmente) direito à reparação dos danos sofridos – que poderão ser quantitativamente distintos, mas que tem origem comum e, portanto, podem ser agregados para fins de eficiência processual e maximização do acesso à justiça (nesse sentido também PFEIFFER, *idem*, p. 3).

de um conjunto de direitos individuais agregados em uma só demanda, que é oferecida por um representante adequado.²⁰ Isso possibilita que os custos da demanda para o indivíduo sejam drasticamente reduzidos – quiçá absorvidos – pela escala,²¹ o que garante que aqueles que em tese não levariam seus casos a juízo pelo valor marginal o façam por meio da coletividade.²² A coletiviza-

20. O sistema brasileiro, embora não trate expressamente desse requisito, utilizando-se dessa nomenclatura, possui algumas previsões que podem ser entendidas como requisito de representação adequada. Com efeito, o legislador pátrio definiu expressamente no texto legal o rol de legitimados à propositura da ação civil pública, bem como os requisitos (mesmo que só relativos às associações), no art. 5º e incisos da Lei 7.347/85 e no art. 82 do CDC. Com efeito, a lei que rege a ação civil pública, bem como o CDC, preveem uma lista exaustiva de legitimados à propositura da ação coletiva, quais sejam: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e, finalmente, associações. Além de definir o rol de legitimados para a propositura das ações civis públicas, o que, per se, é uma forma de aplicar ex lege o requisito da representatividade adequada, a lei ainda exige que, nos casos de associações civis como autoras das demandas, a mesma deva estar constituída há pelo menos 1 (um) ano, e deva incluir entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Esse último requisito, específico para o caso de a autoria da ação ser proposta por associação civil, será analisado pelo juiz quando do ajuizamento da ação civil pública. E é fundamental que essa análise seja rigorosa, a fim de se evitar o abuso de demandar coletivamente.
21. Transcreve-se: “§ 1.04 The net value of a group of claims for monetary relief is the portion of any payment remaining after litigation costs, including attorney’ fees, are paid. Maximizing this value is a central objective of aggregate litigation primarily because it is a matter claimants normally care about greatly when litigating. Claimants who directly hire attorneys through individual contractual negotiations typically promise contingent- percentage fees partly to reward lawyer for obtaining higher values. This is true both when claimants sue individually and when they sue in groups” (THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of the Law: Aggregate Litigation*. Washington-DC: American Law Institute Publishers, 2010. p. 48-50).
22. Nesse sentido: “The aggregation of plaintiffs may ensure civil enforcement of legal rules where the individual stakes of the beneficiaries of those rules are too small to provide an incentive for the beneficiaries to bring their own actions. The paradigm of this kind of lawsuit is the shareholder derivative action brought to enforce the fiduciary obligations of officers and directors of the corporation. In companies with vast numbers of shareholders, no particular shareholder is likely to have sufficient potential benefit from enforcement of that fiduciary obligation

ção dos direitos individuais não só funciona como instrumento de ampliação do acesso à justiça²³ como também aumenta o valor agregado envolvido na demanda.²⁴ Como consequência, há ampliação do potencial preventivo às práticas anticoncorrenciais, porquanto de maneira agregada a condenação em ações coletivas se eleva consideravelmente, aumentando-se, em consequência, o custo de oportunidade à cartelização.

A origem e certamente o mais desenvolvido instituto de ação coletiva que temos no mundo é a *class action* norte-americana (inspiração para a criação da ACP para direitos individuais homogêneos, que por isso foi apelidada de ação de classe brasileira²⁵). Os EUA desenvolveu sensivelmente o instituto, que se tornou uma poderosa arma da sociedade (e dos advogados) em diversas áreas (ambiental, consumidor, trabalhista, responsabilidade civil etc.)²⁶

to offset the high cost of bringing the lawsuit. There is thus a collective action problem.” (WINTER, R. K. *Aggregating Litigation. Law and Contemporary Problems*, n. 69, p. 2, 1991).

23. “O imperativo da ‘numerosidade’ está relacionado com o escopo das ações coletivas. Estas devem representar, por um lado, uma medida de economia judicial e processual e, por outro, propiciar o acesso à prestação jurisdicional daqueles que, de outro modo, não lograriam receber a tutela dos seus direitos” (CASTRO MENDES, A. G. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 75).
24. Nesse diapasão: “A significant example is the projected introduction of collective actions. These may be more or less similar to the US class actions but still capable to deliver a dramatic increase of private damage suits, since they would solve one of the most formidable obstacle to their development: the lack of incentives for single victims to bring an action against the violator for the disproportion between judicial costs and expected awards. Here we assume that the effect of the introduction of such an instrument would be, regardless of the specific features, to precisely produce a boost of damages actions in number and aggregate value: an effect that (at the level of risk management) for sure would determine a significant increase of the aggregate amount of deterrence” (DENOCCA, F.; TOFFOLETTI, L. *Op. cit.*, p. 24).
25. GRINOVER, A. P. A *class action* brasileira. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva. *Livros de Estudos Jurídicos*, 22-29. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.
26. E como todo mecanismo utilizado ao extremo, chegou a se tornar (em alguns casos) contraprodutivo em diversas maneiras. Não é parte do escopo deste artigo analisar as interessantes e diversas discussões a respeito da eficiência, consequências, alcance e restrições impostas à *class action* nos Estados Unidos. Deixamos a referência de alguns trabalhos sobre o tema: KLONOFF, R. H. *The Decline of Class Action. Washington University Law Review*, v. 90; LUFFE, P. A. *Bad Bargains:*

As consequências da *class action* são tão relevantes que representaram a quebra de diversas empresas nos EUA, notadamente nos casos de reparação pelos danos à saúde causados pela exposição ao amianto (*asbestos cases*).²⁷ E o instrumento se tornou uma ferramenta tão poderosa, que entre 68 e 75%²⁸ (!) dos casos ajuizados (e certificados²⁹) resultam na celebração

The Mistake of Allowing Cost-Benefit Analyses. *Class Action Certification Decisions in The University of Memphis Law Review*, v. 41, p. 65; MULLENIX, Linda S. Lessons from Abroad: Complexity and Convergence. *Villanova Law Review*, v. 46, n. 1, 2000; SINGER, H. J.; KULICK, R. Class Certification in Antitrust Cases: An Economic Framework, working paper. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1568993>; DAVIS, J. P.; CRAMER, E. L. Of Vulnerable Monopolists: Questionable Innovation in the Standard for Class Certification in Antitrust Cases. *Rutgers Law Journal*, n. 41, p. 355.

27. A primeira ação nos Estados Unidos envolvendo danos à saúde por contato e inalação de amianto foi ajuizada em 1929, quando médicos correlacionaram o contato com o mineral a diversas doenças sérias, como câncer. Mas a explosão de demandas se deu nos anos 80. Para se ter uma ideia, a empresa Johns-Manville, elencada como uma das maiores companhias norte-americanas, chegou a pedir falência por conta dos mais de 16 mil processos envolvendo danos por amianto em que figurava como ré. E ela não foi a única. Na década de 90 quase todas as maiores produtoras de amianto quebraram por conta de asbestos litigations. Estima-se que, no total, essas ações envolveram mais de 700 mil trabalhadores contra 8 mil réus, gerando um valor de USD 275 bilhões em indenizações.
28. Sobre o tema: EISENBERG, T.; MILLER, Geoffrey, P. M. Attorney Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, p. 248, 2010; FITZPATRICK, B. T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards in *Journal of Empirical Legal Studies*, n. 7, p. 811, 2010.
29. Além dos requisitos tradicionais exigidos em quaisquer ações nos Estados Unidos, para que se conheça de uma ação como class action ela deve apresentar uma série de exigências específicas exigidas para a simples procedibilidade da ação. Esses requisitos, previstos na Rule 23, são verificados em uma fase preliminar chamada de class certification phase. Para que o juiz certifique uma ação como class action ela deve conter todos os requisitos previstos no item 23(a) da Federal Rule of Civil Procedure, de forma cumulativa: numerosidade, homogeneidade, identidade e representatividade adequada. Aqui não nos cabe tratar de cada um dos requisitos detidamente. No entanto, vale observar que esses requisitos representam a própria identidade da demanda coletiva nos EUA, e demonstram se de fato se está diante de uma hipótese de ação coletiva para agregação de demandas repetitivas. Conforme já dito, os excessos na propositura de class action levaram ao enrijecimento da fase de certificação (KLONOFF. Op. cit., p. 6-7), ao ponto de em 1998 reformarem o Código de Processo Civil para prever uma exceção ao

acordos.³⁰ Claro que isso tem um efeito positivo na coibição de atos ilícitos e reparação dos danos, mas também pode ter implicações perigosas no abuso do direito de ação (batizado nos EUA de efeito *blackmail das class actions*). É por isso que se faz tão fundamental a análise pormenorizada pelo juiz dos requisitos de cabimento, antes de certificá-la como *class action* e dar processamento à ação.

A *class action* é também muito proeminente na tutela do direito à livre concorrência nos EUA,³¹ tanto como instrumento de reparação dos danos (*redress*)³² quanto de coibição (*deterrence*). Entre 2007 e 2010, 3.168 ações individuais foram ajuizadas nos EUA para reparação dos danos causados por condutas anticompetitivas. Entre elas, 1.811 foram *federal class actions*, o que representa mais de 57% das ações totais promovidas. Dessas, 60% foram decorrentes de condenações administrativas, sejam provenientes da autoridade de concorrência americana (FTC) ou de autoridades do exterior.³³ Embora passível de críticas, a *class action* representa um dos principais pilares da política antitruste americana, considerada por parte da doutrina como essencial peça

princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, permitindo recurso da decisão que certifica ou rejeita a class action para appeal courts (s. 23(f) da Rule 23).

30. Nesse sentido: “Class actions raise somewhat different issues in that defendants generally resist aggregation. Once all or most of the possible plaintiffs are included in the action, however, defendants do have an incentive to settle and avoid the costs of further litigation” (WINTER. Op. cit., p. 1).
31. “The United States, from the origins of its antitrust law in 1890, has provided for an expansive role for private actions for violations through treble damages remedies, class action procedures, one-way cost rules, contingent fees, and civil jury trials” (ROACH, K.; TREBILCOCK, M. J. Private Enforcement of Competition Laws. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 34, n. 3, 1996).
32. Deixa-se de lado, aqui, a discussão sobre o poder de real das class actions de compensar as vítimas pelos danos. Esse debate, embora relevante, foge ao escopo deste artigo, que trata dos efeitos preventivos das ações individuais em face das condutas anticoncorrenciais. Sobre o tema, indica-se a leitura de: CRANE, D. A. Optimizing Private Antitrust Enforcement. *Vanderbilt Law Review*, n. 63, p. 675, 2010; CAVANAGH, E. Antitrust Remedies Revisited. *Oregon Law Review*, n. 84, p. 147, 2005; PAGE, William H. Indirect Purchaser Suits After the Class Action Fairness Act 3, 2011, Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1862218.
33. HAWTHORNE, D. W. Recent Trends in Federal Antitrust Class Action. *Antitrust Law Journal*, p. 58, 2010.

na prevenção e desestímulo às práticas anticoncorrenciais.³⁴ Como já apontado *supra*, as condenações e acordos em *class action* representam um montante até mais significativo do que as próprias condenações criminais do DOJ.

As *class actions* são alvo de fortes críticas ante o excesso na sua utilização nos EUA, e muito se temia a importação do instituto para a Europa e Reino Unido. No entanto, as diretivas da Comunidade Europeia, supramencionadas, indicam que a orientação mais atual é a de intensificar e incentivar o ajuizamento das ações privadas, especialmente na sua forma coletiva, exatamente pelo importante potencial que possuem de desincentivar e deter as práticas anticoncorrenciais.

O Reino Unido, por sua vez, demonstrou recentemente especial interesse na coletivização das ações para reparação de danos decorrentes de práticas anticompetitivas. Neste ano, o Parlamento aprovou a *Consumer Rights Act*, que introduziu a *opt-out*³⁵ *antitrust class actions* no país. Isso representa um importante passo na política antitruste do Reino Unido, e certamente mais um forte indicativo de que a orientação internacional é intensificar o combate às práticas anticompetitivas por meio de *enforcements* privados, especialmente mediante a coletivização.³⁶

34. Transcreve-se: “Instead, today most private antitrust filings are class actions filed by customers seeking to recover damages for illegal cartel activity, usually as a follow-on to government enforcement actions. Individual actions are still common, but the courts now have much better tools for weeding out meritless claims earlier in the litigation so that those cases that make it to trial have a better chance of success” (KOLASKY, W. Antitrust Litigation: What’s Changed in Twenty-Five Years? *Antitrust Law Journal*, n. 1, p. 9, 2012).

35. As *class actions* podem ter três naturezas quanto à extensão subjetiva dos seus efeitos: (i) mandatory, ou seja, vinculantes a todos os representados, independentemente de seu interesse na demanda, fazendo coisa julgada e litispendência com relação a todos eles; (ii) opt-in, vinculantes somente aos indivíduos que expressamente manifestarem seu interesse em figurar como representados na demanda coletiva. É a forma mais “tímida” da *class action*, adotada na União Europeia como regra; e, (iii) opt-out, que presume a vinculação automática de todos os representados a menos que se manifestem contrariamente. Esse método privilegia a vinculação e a formação da coisa julgada extensiva aos indivíduos, permitindo que os representados extromitam-se da ação se assim desejarem, não sendo atingidos, nem positiva nem negativamente, pelo resultado da demanda de massa. Essa última é regra mais genérica nas ações coletivas norte-americanas.

36. Sobre o tema: “The CRA and its new collective redress mechanism are likely to cement the UK’s position as a key jurisdiction for bringing competition damages claims in Europe. [...] Development of the new UK system will be watched closely. If the system is considered a success, it could lead to opt-out collective redress

4. Ações de classe brasileiras no direito da concorrência: uma lacuna a ser (urgentemente) preenchida

Todos os dados apresentados e a breve análise comparada realizada nas sessões anteriores tem o condão de demonstrar a importância fulcral que as ações coletivas privadas possuem na política antitruste, especialmente no que tange ao poder de desincentivar e coibir práticas anticompetitivas.

No entanto, conforme já mencionado, embora as ações civis públicas para tutela de direitos difusos (transindividuais) sejam frequentemente utilizadas para tutela da livre concorrência pela atuação do Ministério Público, essas não fazem parte da categoria de ações coletivas privadas que propomos neste trabalho. Aqui ressaltamos a importância da utilização das ações coletivas privadas. Essas, infelizmente, têm pouca expressão nos foros nacionais. Isso não significa que o ordenamento brasileiro não possua instrumentos legais que possibilitem a exploração das ações de classe no direito da concorrência. Pelo contrário. Como já mencionado anteriormente, a conjugação de previsões da CF, da Lei de Concorrência, do CDC, Lei da ACP e do CPC autorizam indiscutivelmente o oferecimento de ações coletivas para reparação agregada dos danos sofridos por indivíduos vítimas de ilícitos econômicos. Diversos pontos da legislação merecem meditação e possivelmente reforma. Mas o que temos, hoje, na legislação vigente, permite sim a exploração do *enforcement* privado da política antitruste por meio de ações coletivas. O que nos falta é implementação!³⁷

Atribuímos grande parte dessa inexpressividade das ações de classe privadas em matéria antitruste à falta de uma cultura generalizada de coletivi-

mechanisms in other types of claims, such as securities litigation, or to renewed impetus for a standardised European antitrust damages collective redress mechanism, possibly on an opt-out basis” (BASS, A. E.; HENDERSON, K. A. UK: A New Dawn For Antitrust Class Actions. *Journal of European Competition Law & Practice*, p. 6, Sep 2015).

37. Com efeito, estudo feito pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais em 2007 identificou como o principal problema das ACPs a ausência de efeitos de cunho utilitarista – eficiência e segurança jurídica – no manuseio dos instrumentos de coletivização. Ou seja, embora previstas na legislação e utilizadas com frequência, as ações coletivas, especialmente aquelas envolvendo direitos individuais homogêneos, não têm apresentado os resultados sociais esperados. Para aprofundamento do tema: TUTELA judicial dos interesses metaindividuais: Ações coletivas – Relatório final. Pesquisa realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça), Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e Escola de Direito da FGV-SP. Brasília-DF, 2007. Disponível em: <http://www.cebepj.org.br/>.

zação das demandas no Brasil, derivada de uma herança excessivamente individualista do processo.³⁸ Outra parcela de culpa pela pequena participação das ações de classe antitruste no *enforcement* da política concorrencial reside em ineficiências e incoerências do sistema legal de ações coletivas no Brasil,³⁹ demandam reforma.⁴⁰ Insta frisar que grande partes das breves críticas à siste-

-
38. “[...] aquela percepção herdada da Idade Média, coroada no direito alemão, em que o processo era instituto entre partes (Sache der Partein), no qual o juiz, inerte, ficava observando o duelo Judiciário entre os litigantes, com poderes instrutórios mínimos, limitando-se tão somente a proferir uma sentença em consonância com o que havia ficado provado nos autos. Essa visão individualista que marcou o direito civil e o direito processual civil no século XIX, obviamente, influenciou a legislação do século XX” (CRUZ E TUCCI, J. R. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 43, p. 143, 2007). E, nesse sentido: “The conventional understanding of litigation is individualistic, founded on an eighteenth-century common-law tradition that everyone should have his own day in court’. For this reason, tort law scholars and judges have consistently asserted that procedures aimed at achieving collective justice in mass tort cases—such as class actions and aggregative litigation—must be limited by an individual, process-based right to participation. Modern torts scholarship has thus been limited to two opposing rationales: individual justice based on autonomy values or collective justice based on efficiency values” (HENSLER, D. Asbestos Litigation in the United States: Triumph and Failure of the Civil Justice System. *Connecticut Insurance Law Journal*, n. 12, p. 255, 2006).
39. A diminuta expressão das ações de classe propostas por particulares no Brasil tem reflexos não só na política antitruste como também e principalmente na multiplicação de demandas individuais repetitivas, o que afoga os tribunais em números incontáveis de processo, resultando em demora na prestação jurisdicional e má-qualidade das decisões proferidas (notadamente decisões ctrl-c, ctrl-v). Esse é o entendimento expressado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 1.167.700/RS, DJe 03.12.2012: “Vivemos, hoje, um momento de crise na prestação jurisdicional. Todos os ministros que integram esta Corte, submetidos a uma carga sobre-humana de trabalho (há meses em que a distribuição supera os 2.000 processos por ministro em um único mês!). [...] [O] amplo acesso [à justiça], para ser factível, precisa vir acompanhado de instrumentos que possibilitem ao Estado dar, à massa de novos litigantes, uma prestação jurisdicional efetiva, justa e em prazo razoável. O desafio, hoje, é o de equilibrar o sistema. E a luta por esse equilíbrio deve ser a plataforma de todos. O principal mecanismo de que dispõe o aplicador do direito nessa luta é o da coletivização do julgamento das macro-lides. Não há sentido em que causas idênticas sejam submetidas, aos milhares, a diversos juízes para julgamento individual”.
40. “Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser

mática das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos que fazemos aqui encontra resposta imediata no projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos de 2004, capitaneado por Grinover, Castro Mendes, Gidi e Watanabe. O projeto infelizmente foi arquivado em 2010 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e hoje aguarda julgamento de recurso interposto em 2012 perante a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

A primeira característica que criticamos com relação à sistemática das ações coletivas no Brasil diz respeito à representação adequada (ou legitimidade) conferida pela norma para propositura das ações. A legislação pátria (na LACP e no CDC) optou por determinar *ex ante* os representantes adequados, definindo-os expressamente e exaustivamente na lei, o que acaba por engessar a iniciativa para as demandas. Melhor seria se, em vez de fixar *ex lege*, a lei abrisse o leque dos legitimados para propositura das ações a todos os cidadãos e poder público, deixando a cargo do juiz, em análise de requisito de procedibilidade das ações (caso a caso), verificar a adequação do(s) representante(s) (como acontece na *class action* americana⁴¹).

Além disso, falta na sistemática das ações coletivas uma fase preliminar destinada exclusivamente a analisar a existência e validade não só dos requisitos gerais do processo, mas principalmente daqueles específicos à validade de uma ação coletiva, exatamente nos moldes da mencionada *class certification phase da class action*. A fase da certificação permite que o juiz se atenha aos requisitos de procedibilidade, antes mesmo de ingressar na análise do méri-

aperfeiçoados. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico” (EXPOSIÇÃO de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo redigido por Castro Mendes. Disponível em: www.direitouterj.org.br/2005/download/ou-tros/cbpc.doc)

41. O artigo 23(a)(4) da Federal Rules of Civil Procedure americana prevê que para que uma ação seja certificada como *class action* (requisito de procedibilidade) o autor, representante da coletividade “will fairly and adequately protect the interest of the class”. A representatividade adequada compõe-se de duas partes: uma relativa às partes que atuam como representantes da coletividade envolvida na lide e a outra relativa aos advogados que patrocinam demanda. Na verificação do requisito, por sua vez, são observadas características de natureza objetivas e subjetivas, tanto com relação aos representantes como com relação aos advogados. No tema, consultar: NAGAREDA, R. Administering Adequacy in Class Representation. *Texas Law Review*, n. 287, 2003; e TIDMARSH, J. Rethinking Adequacy of Representation. *Texas Law Review*, n. 1137, 2009.

to. Ainda, possibilita o contraditório pleno a respeito desses requisitos legais, de forma que a ação possa prosseguir com segurança, sem o receio de que o processo transcorra sem os pressupostos necessários à sua validade e existência – e inibe, por conseguinte, o abuso do direito de demandar coletivamente. Ademais, sem a fase de certificação,⁴² a discussão referente à validade da classe acaba por se confundir com a discussão de mérito, sendo postergada no tempo, de sorte que nesse modelo se transmite pouca ou nenhuma segurança jurídica à coletividade.⁴³

Por fim, a última⁴⁴ crítica que fazemos aqui diz respeito à extensão da coisa julgada e litispendência nas ações civis públicas brasileiras. A coisa julgada no sistema brasileiro só atinge o individual se lhe for favorável ao autor representado (transporte *in utilibus*), caso este não tenha ainda ajuizado sua demanda individual ou a tenha sobrestado para aguardar o desfecho da ação coletiva. A coisa julgada do resultado negativo da tutela coletiva só atingirá, assim, outras ações coletivas. Além disso, nunca há coisa julgada quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.⁴⁵ O sistema brasileiro

42. O mencionado projeto de Código de Processo Civil Coletivo prevê decisão de certificação durante audiência preliminar, como forma de saneamento da demanda, na qual o juiz observa se a demanda “tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva” (art. 18, § 5º, I).

43. Nesse diapasão: “Um exemplo colhido de ações de classe brasileiras pode ser o de pedido de indenização consistente no ressarcimento de fumantes pelos danos provocados pelo tabaco. Nesse caso, pode-se imaginar que a sentença coletiva, mesmo se favorável, afirme simplesmente que o fumo pode ocasionar danos à saúde, condenando a ressarcir aqueles que efetivamente sofreram prejuízos, desde que comprovado o nexo causal entre suas afecções e o uso do tabaco. Toda a prova deverá ser feita no processo de liquidação e será exatamente a mesma que seria produzida em cada ação individual de conhecimento. A sentença coletiva não terá tido utilidade prática.” (GRINOVER, A. P. Da coisa julgada. In: GRINOVER, A. P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do projeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 197).

44. Outras características da sistemática das ações civis públicas merecem reflexão, mas que deixamos de fazer aqui por falta de espaço hábil para tanto. Fazemos referência, no entanto, ao estudo de FARINA, F. M. Q. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte-americana em busca da eficiência processual*. Dissertação (Mestrado) – 2014. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014093904/pt-br.php>.

45. Acrescentando ao tema: “Por conta disso, já se perscrutou inconstitucionalidade nesse regime, na medida em que ele desequilibraria a desejável igualdade entre as partes, ao permitir a reabertura do objeto litigioso por parte dos que rema-

adotou, desse modo, o criticado sistema da *res judicata secundum eventum litis*. E o adotou em uma via de mão única, privilegiando apenas o resultado favorável ao autor representado, nunca o réu.

O CDC, por sua vez, determina no art. 104 que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais. Dessa maneira, a despeito do ajuizamento de ação civil pública, todos os representados podem ajuizar contemporaneamente ações particulares para discutir a mesma questão, se assim quiserem. Em outras palavras, o representado tem de expressamente demonstrar interesse pela inclusão na ação civil pública, mesmo que de modo omissivo, deixando de ajuizar sua ação individual ou sobrestando-a pelo período determinado na lei. Sistema completamente diverso das *class action* norte-americanas.⁴⁶

nesceram alheios à lide coletiva, ou seja, haveria um tratamento privilegiado ao autor individual (v.g., o consumidor de um certo produto imputado como nocivo na ação coletiva ao final desacolhida), porque, então, quem estava com o bom direito – o fabricante-réu na ação coletiva rejeitada – terá pouco proveito, porque poderá ter que retornar à Justiça, agora como demandado em ações individuais” (MANCUSO, R. C. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. 269)

46. A regra geral de preclusion nas class actions para tutela de direitos individuais homogêneos (chamadas class action for damages) é da opt-out, ou seja, a princípio, todos os membros da classe representados estão vinculados aos efeitos preclusivos da ação coletiva, seja de litispendência, seja coisa julgada, a não ser que exerçam seu direito de extromissão. Para tanto, é necessário que se verifiquem presentes todos os requisitos necessários à certificação, especificamente no que diz respeito à representatividade adequada. Aliás, os efeitos da coisa julgada e da litispendência no direito norte-americano exercem influência direta na rigidez dos requisitos de certificação. Com efeito, verifica-se que nas hipóteses de injunctive class actions, ou seja, aquelas que lidam com direitos indivisíveis, nas quais o liame entre os direitos dos membros da classe são muito mais evidentes, a regra de vinculação é da mandatory class action. Isso quer dizer que nos casos de ação coletiva para tutelar direitos difusos e coletivos lato sensu, nos Estados Unidos, todos os representados estarão necessariamente vinculados ao resultado, seja ele positivo ou negativo, ficando-lhes vedado ajuizamento de ação individual que discuta o mesmo fato jurígeno (claim preclusion), ou questão prejudicial (issue preclusion). Por sua vez, nas class actions for damages, que possuem um liame de direitos menos evidente entre os membros da classe, a regra de preclusion é de opt-out, permitindo a extromissão dos membros que não quiserem ser vinculados pelos efeitos da sentença. Essa é a forma que o sistema norte-americano encontrou de contrabalançar a efetividade da tutela coletiva com a segurança jurídica para os representados: nos casos em que o liame entre os direitos dos membros da classe é muito intenso e que os prejuízos pelo ajuizamento das ações

Dessa maneira, verifica-se que o legislador brasileiro optou por técnicas bastante particulares no que diz respeito à coisa julgada e a litispendência nas ações civis públicas. Com intento de preservar ao máximo o direito do acesso à justiça do indivíduo (ubiquidade),⁴⁷ acabou por reduzir de forma relevante os efeitos da tutela coletiva, especialmente no que tange à eficácia em atomizar as demandas repetitivas. Ora, pode-se depreender facilmente do texto legal que o legislador não quis afastar do litigante individual o direito de ajuizar e administrar seu próprio processo, como se a ação coletiva não fosse capaz de tutelar os direitos individuais homogêneos de uma coletividade de forma eficaz.

Esse temor à coletivização também se verifica nos magistrados, que têm dificuldade de aceitar a substituição processual da pessoa física pelo representante. Mas o fato é que essa maneira de tratar a tutela coletiva acaba por desnaturar por completo a natureza e o objetivo das ações coletivas, que é dar eficácia e eficiência à solução de lides. Ao admitir que a ação coletiva produza quase ou nenhum efeito de cunho preclusivo para os representados, seja por limitação subjetiva, de resultado, ou geográfica, a tutela processual coletiva torna-se inútil. Se queremos tutelar direitos coletivos e imprimir, de fato, eficácia à agregação de demandas, temos que mudar a forma como concebemos o direito processual. Para tanto, é imperioso que a lei expanda efeitos subjetivos da coisa julgada e litispendência nas ações coletivas (pelo menos aquelas para tutela dos direitos individuais homogêneos).⁴⁸ Do contrário, jamais daremos incentivos suficientes à implementação de uma cultura de coletivização.

individuais separadas seriam muito grandes, a obrigatoriedade da tutela coletiva se impõe, verificada inclusive pela técnica de estabilização da demanda. Já nos casos em que o liame (commonality) entre o direito dos representados é mais tênue, e que a possibilidade de ações individuais seria mais evidente, deixa-se mais alargada a possibilidade de extromissão da ação coletiva para usufruto do direito de ação individual.

47. Nesse sentido: “O sistema processual coletivo é concebido, a princípio, de molde a desestimular o afluxo de demandas individuais à Justiça, até porque a tutela judicial objetivada é molecular, voltada a prevenir a atomização do conflito coletivo em múltiplas e repetitivas ações particulares. Tudo, naturalmente, sem perder de vista a garantia do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), que hoje merece uma releitura, não podendo ser visto como um incentivo à litigância, ao risco de que o numero excessivo de ações individuais acabe por desfigurar o caráter verdadeiramente coletivo do conflito.” (MANCUSO, op. cit., p. 266, sem grifo no original).
48. Nesse diapasão: “Mas os conceitos de conexidade, continência e litispendência são extremamente rígidos no processo individual, colocando entraves à identificação das relações entre processos, de modo a dificultar sua reunião ou extinção. No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos o que se tem em mente, para a identificação dos fenômenos acima indicados, não é o pedido, mas

Tal postura legal poderia ter sido corrigida no recém aprovado (ainda em *vacatio legis*) novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), mas não o foi. O NCPC, embora tenha buscado meios para aliviar a multiplicação de ações repetitivas, não o fez dando força à coletivização. Pelo contrário. O único instituto que fortalecia as ações coletivas (conversão da ação individual em coletiva) foi vetado (art. 333).

Verifica-se, por essas brevíssimas ponderações, que a sistemática legal das ações coletivas no Brasil precisa de revisão em diversos aspectos, principalmente nos institutos que têm condão de dar à coletivização o poder de solucionar litígios repetitivos, e fortalecer as tutelas concedidas em sede de ação civil pública. Não obstante, conforme já mencionamos, a sistemática em vigor permite sim a utilização das técnicas processuais de coletivização para [satisfatória] tutela dos direitos individuais homogêneos. Também na seara do direito concorrencial.

É preciso, urgentemente, que os indivíduos lesados pelas práticas anti-concorrenciais e os advogados preencham essa lacuna na política antitruste. Aproveitar o espaço para reparação dos danos privados significa não só reparar direitos individuais violados, mas principalmente aumentar os custos de oportunidade às práticas anticompetitivas, coibindo-as.

Precisamos nos alinhar à política internacional de ampliação do *enforcement* privado na política antitruste. Todos ganhamos com isso: a sociedade, os indivíduos lesados e a livre concorrência. Só perdem os infratores, que terão mais um lutador de peso para enfrentar no ringue antitruste.

5. Conclusão

A experiência e a doutrina internacional demonstram que uma parcela muitíssimo significativa da eficiência da política antitruste de um país está no seu *enforcement* privado. A cultura que incentiva o ajuizamento de ações privadas (especialmente coletivas) para reparação dos danos gerados pelos ilícitos econômicos resulta num ambiente de desincentivo e coibição das práticas anticoncorrenciais.

o bem jurídico a ser protegido; pedido e causa de pedir serão interpretados extensivamente; e a diferença de legitimados ativos não será empecilho para o reconhecimento da identidade dos sujeitos. Isso significa que as causas serão reunidas com maior facilidade e que a litispendência terá um âmbito maior de aplicação” (GRINOVER, A. P. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, A. P.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 13).

O mecanismo que se mostra mais eficiente nesta empreitada privada é a *class action*, por permitir a agregação dos direitos individuais homogêneos de todos os lesados pelos ilícitos antitruste, maximizando as condenações e ampliando o poder de acesso à justiça e reparação dos danos. Esse caminho já é fortemente seguido nos EUA, onde a *class action* representa um instrumento excepcionalmente significativo de coibição (*deterrence*) das práticas anti-competitivas. É também a trilha que parece percorrer agora a Comunidade Europeia, com a aprovação de diretivas que incentivam políticas públicas de intensificação das ações privadas para reparação de danos, e o Reino Unido, que acaba de aprovar a *Consumer Rights Act*, na qual se prevê a possibilidade de *opt-out class action for damages*.

É inegável que a direção da política antitruste internacional é a de fortalecer cada vez mais a atuação dos indivíduos (privados) no *enforcement* da política antitruste. No Brasil, no entanto, a parcela de ações de classe privadas para reparação de danos decorrentes de ilícitos econômicos ainda é tímida.

Parte dessa inexpressividade decorre da falta de cultura processual brasileira em coletivizar. Mas também decorre de falhas no próprio sistema de ações coletivas. De qualquer forma, a legislação brasileira em vigor, a despeito de falhas e ineficiências, permite a autuação coletiva privada para reparação de danos. Precisamos preencher essa lacuna na práxis. Isso trará ainda mais efetividade ao direito da concorrência nacional, desincentivando e coibindo cada vez mais os ilícitos econômicos e reparando os direitos individuais lesados. Temos um cheque valioso nas mãos, só nos falta descontar!

Referências

- AZEVEDO, P. F. A Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- BAKER, D. I. The EU Green Paper on Private Damage Actions – An Ambitious Response to a Very Difficult Set of Practical and Philosophic Issues. *Competition Law Journal*, p. 241, 2005.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, v. 61, p. 105, 1991.
- BASS, A. E.; HENDERSON, K. A. UK: A New Dawn For Antitrust Class Actions. *Journal of European Competition Law & Practice*, p. 6, Sep 2015.
- BLOCK, M. K., NOLD, F. C.; SIDAK, Joseph Gregory. The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 3, p. 429, 1981.
- CASTRO MENDES, A. G. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

- CAVANAGH, E. Antitrust Remedies Revisited. *Oregon Law Review*, n. 84, p. 147, 2005.
- COMMISSION of the European Communities. Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, dez. 2005. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>.
- COMMISSION of the European Communities. White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, abr. 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>.
- CONSOLARI, Private Enforcement of European Union Competition Law. *The International Spectator*, n. 49, p. 134, 2014.
- CRANE, D. A. Optimizing Private Antitrust Enforcement. *Vanderbilt Law Review*, n. 63, p. 675, 2010.
- CRUZ E TUCCI, J. R. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 43, p. 143, 2007.
- DAVIS, J. P.; CRAMER, E. L. Of Vulnerable Monopolists: Questionable Innovation in the Standard for Class Certification in Antitrust Cases. *Rutgers Law Journal*, n. 41, p. 355.
- DAVIS, J. P.; LANDE, R. H. Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement. *Georgia Law Review*, v. 48, p. 1, 2013.
- DENOCCA, F.; TOFFOLETTI, L. Compensation Function and Deterrence Effects of Private Actions for Damages: The Case of Antitrust Damage Suits, 2008. p. 11. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1116324>.
- EUROPEAN Commission, Commission Staff Working Paper – *Annex to the Green Paper* – Damages actions for breach of the EC antitrust Rules, p. 193-194, dez 2005.
- EUROPEAN Parliament. Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union, abr. 2014. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf.
- EISENBERG, T.; MILLER, Geoffrey, P. M. Attorney Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, p. 248, 2010.
- EXPOSIÇÃO de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo redigido por Castro Mendes. Disponível em: www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc.

- FARINA, F. M. Q. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte-americana em busca da eficiência processual*. Dissertação (Mestrado) – 2014. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014093904/pt-br.php>.
- FITZPATRICK, B. T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards in *Journal of Empirical Legal Studies*, n. 7, p. 811, 2010.
- GRINOVER, A. P. A *class action* brasileira. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva. *Livros de Estudos Jurídicos*, 22-29. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.
- GRINOVER, A. P. Da coisa julgada. In: GRINOVER, A. P. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do projeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- GRINOVER, A. P. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, A. P.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.
- HAWTHORNE, D. W. Recent Trends in Federal Antitrust Class Action. *Antitrust Law Journal*, p. 58, 2010.
- HENSLER, D. Asbestos Litigation in the United States: Triumph and Failure of the Civil Justice System. *Connecticut Insurance Law Journal*, n. 12, p. 255, 2006.
- KLONOFF, R. H. The Decline of Class Action. *Washington University Law Review*, v. 90.
- KOLASKY, W. Antitrust Litigation: What's Changed in Twenty-Five Years? *Antitrust Law Journal*, n. 1, p. 9, 2012.
- LUFF, P. A. Bad Bargains: The Mistake of Allowing Cost-Benefit Analyses. *Class Action Certification Decisions in The University of Memphis Law Review*, v. 41, p. 65.
- NAGAREDA, R. Administering Adequacy in Class Representation. *Texas Law Review*, n. 287, 2003.
- MANCUSO, R. C. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MAKING Antitrust Damages Actions more Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios (Final Report for the European Commission), 2007. Disponível em: ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf.
- MULLENIX, Linda S. Lessons from Abroad: Complexity and Convergence. *Villanova Law Review*, v. 46, n. 1, 2000.

- PAGE, William H. Indirect Purchaser Suits After the Class Action Fairness Act 3, 2011, Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1862218.
- PFEIFFER, R. A. C. Tutela coletiva da livre concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 49, p. 11, 2004.
- POLINSKY, A. M. *An Introduction to Law and Economics*. 3. ed. New York: Aspen Publisher, 2011.
- POSNER, R. A. *Antitrust Law*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001.
- ROACH, K.; TREBILCOCK, M. J. Private Enforcement of Competition Laws. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 34, n. 3, 1996.
- ROSENBERG, D.; SULLIVAN, J. P. Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law. *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, n. 523, p. 2, 2005.
- SAMUELSON, P. A.; NORDHAUS, W. D. *Economia*. 19. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012.
- SINGER, H. J.; KULICK, R. Class Certification in Antitrust Cases: An Economic Framework, working paper. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1568993>.
- TUTELA judicial dos interesses metaindividuais: Ações coletivas – Relatório final. Pesquisa realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça), Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e Escola de Direito da FGV-SP. Brasília-DF, 2007. Disponível em: <http://www.cebepj.org.br/>.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of the Law: Aggregate Litigation*. Washington-DC: American Law Institute Publishers, 2010.
- TIDMARSH, J. Rethinking Adequacy of Representation. *Texas Law Review*, n. 1137, 2009.
- WINTER, R. K. Aggregating Litigation. *Law and Contemporary Problems*, n. 69, p. 2, 1991.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2015 – 3.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

APONTAMENTOS SOBRE O COMPARTILHAMENTO EFICIENTE DE INFORMAÇÕES ENTRE CONCORRENTES

*A few remarks regarding the efficient exchange
of information among competitors*

RICARDO VILLELA MAFRA ALVES DA SILVA

Resumo: A troca de informações entre concorrentes pode gerar efeitos econômicos adversos, especialmente aqueles relacionados à facilitação da colusão tácita e paralelismo de preços. No entanto, em determinados mercados, a troca de informações pode gerar relevantes eficiências, corrigindo distorções que dificultam ou impedem o adequado funcionamento do mercado. O presente artigo terá como objeto de estudo o compartilhamento eficiente de informações entre concorrentes, buscando indicar as hipóteses nas quais a conduta beneficiará a concorrência.

Palavras-chave: Troca de informações – Assimetria de informações – Paralelismo – Economia da informação – Defesa da concorrência – Funcionamento do mercado – Eficiências econômicas.

Abstract: The exchange of information among competitors can generate adverse economic effects, especially those related to facilitation of tacit collusion and price parallelism. Notwithstanding, in certain markets, the exchange of information may create relevant efficiencies, correcting distortions that hamper or even prevent the adequate functioning of the market. This paper will address the efficient exchange of information among competitors, with the objective to set forth hypothesis in which the conduct will be beneficial to competition.

Keywords: Exchange of information – Information asymmetry – Parallelism – Information economics – Competition defense – Market functioning – Economic efficiency.

1. Introdução

Tradicionalmente, o foco do direito da concorrência com relação ao compartilhamento de informações entre concorrentes refere-se à facilitação de práticas concertadas. A difusão de informação entre agentes econômicos acerca de preços, estrutura de custos, estratégia comercial, entre outros, possibilita a coordenação tácita em mercados de concorrência imperfeita. Essa constatação, por sua vez, tem como consequência um fato agravante para o direito concorrencial: a mera coordenação tácita entre concorrentes não é considerada ato ilícito, devendo haver prova de algum tipo de acordo expresso entre as partes para a caracterização do cartel.¹

O desenvolvimento tecnológico atual fornece aos agentes econômicos meios de comunicação capazes de transmitir informações instantaneamente,

1. Nesse sentido, “a caracterização de um cartel não se dá meramente pelo paralelismo de preços entre concorrentes do mercado. A prática de cartel vai além deste espectro, devendo ser comprovada qualquer tipo de combinação entre empresas que esteja restringindo a livre concorrência. É a chamada doutrina do paralelismo plus, por meio da qual não é suficiente o paralelismo para que haja a conduta infratora, requerendo ainda que haja um plus, ou seja, que haja algum outro elemento concreto de prova, como uma reunião ou comunicação entre as empresas, que poderia ter sido utilizado como forma de coordenação do cartel” (Cade, Processo Administrativo 08012.006539/1997-97, Relator Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em 9 de março de 2005). Assim, “[n]ão é por outro motivo que órgãos antitruste estrangeiros têm formatado mecanismos de triagem, afastando a possibilidade de investigações com base em denúncias formalizadas por consumidores ou quaisquer outros baseadas em verificações de preços iguais de combustíveis no mercado, exigindo, para dar início a um procedimento investigatório, evidências de contato entre concorrentes” (Cade, Processo Administrativo 08012.005545/1999-16, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 28.04.2010). A coordenação tácita entre concorrentes está relacionada com o fenômeno do paralelismo consciente, possibilitado em mercados com baixo número de concorrentes. “Muitas vezes, a identificação do caráter anticoncorrencial de uma prática colusiva é tarefa difícil, pois, ao observar o mercado, o intérprete pode deparar-se com preços semelhantes que decorrem não de um acordo, mas do funcionamento ‘normal’ daquele setor econômico. A existência de price leadership ou mesmo de comportamento uniforme das empresas não implica necessariamente conluio ou abuso de posição dominante. Ao contrário, a semelhança das estratégias pode ser decorrência do processo normal de competição. A doutrina especializada dá o nome de ‘paralelismo consciente’ a esse fenômeno, que geralmente ocorre em mercados com reduzido número de agentes” (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 346-347).

impondo novos desafios à defesa da concorrência. Atualmente agentes econômicos são capazes de se comunicar por plataformas digitais na rede mundial de computadores,² compartilhando informações de forma instantânea.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) já enfrentou, em ocasiões passadas, os desafios decorrentes da atuação coordenada de concorrentes possibilitada pelo compartilhamento de informações.³

Recentemente, o órgão instaurou processo administrativo para investigar diversos bancos que supostamente se coordenaram para manipular taxas de câmbio.⁴ Segundo a Superintendência-Geral do Cade, a prática foi concretizada por meio de acordos para a fixação de preços e condições comerciais e compartilhamento de informações sensíveis.⁵

2. Por esse motivo, Whish e Bailey ressaltam: “Clearly competition authorities would not be happy if Internet chat rooms were to become the twenty-first century equivalent of the ‘smoke-filled rooms’ of the nineteenth and twentieth centuries” (WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012. p. 547).
3. Por exemplo, no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02, no qual o conselheiro Ricardo Machado Ruiz afirmou: “Como melhor se verá, este cartel se caracterizou pela interação frequente entre rivais, que facilitou: (i) o intercâmbio de informações comerciais e concorrenciais sensíveis, especialmente no que se refere a datas de implementação de aumento, (ii) a definição de uma estratégia comum, e (iii) o monitoramento, a fiscalização, a identificação de desvios do acordo, que, sem qualquer sombra de dúvida, ocorreu durante tempo considerável” (Cade, Processo Administrativo 08012.011027/2006-02, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 28.08.2013).
4. Nota Técnica 7/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, da Superintendência-Geral do CADE, a respeito da instauração do Processo Administrativo 08700.004633/2015-04. A nota técnica teve a seguinte ementa: “Procedimento Administrativo. Acordo de Leniência. Suposta prática de condutas anticompetitivas no mercado de taxas de câmbio envolvendo a moeda brasileira Real e moedas estrangeiras. Instauração de Processo Administrativo, nos termos dos artigos 13, V, e 69 e seguintes, da Lei 12.529/2011 c/c artigo 146 e seguintes do Regimento Interno do Cade”.
5. Item 5 da Nota Técnica 7/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Órgãos de defesa da concorrência estrangeiros também analisaram casos referentes a atuações coordenadas entre concorrentes, por meio de troca de informações para manipulação de taxas de referência utilizadas no mercado financeiro. Por exemplo, a Comissão Europeia, em 4 de dezembro de 2013, anunciou a aplicação de multa no valor de 1,71 bilhão de euros a bancos acusados de manipular a taxa LIBOR. Vide EUROPEAN COMMISSION. *Antitrust: Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry*. Disponível

O compartilhamento de informações entre agentes – seja pela troca recíproca ou pela divulgação unilateral de informações – é algo comum e inerente à atividade econômica. Basta lembrar, por exemplo, que muitas regulações setoriais têm como um de seus objetivos, justamente, a disseminação de informações. Pode-se citar, também, o dever de informar aplicável a administradores de companhias.⁶

Portanto, em algumas situações, o compartilhamento de informações entre concorrentes pode apresentar relevantes eficiências. Cabe, portanto, analisar algumas dessas hipóteses, traçando as linhas gerais que caracterizam o acordo eficiente de compartilhamento de informações entre concorrentes.

Para os fins da presente análise, é relevante abordar o impacto da informação sobre a concorrência e as hipóteses concretas nas quais a troca de informações entre agentes rivais pode ser eficiente. Para o estudo das hipóteses concretas de compartilhamento eficiente de informações entre concorrentes, serão utilizadas a jurisprudência e prática estrangeiras.

2. O impacto da informação sobre a concorrência

A obtenção de informações sobre o mercado, a preferência dos consumidores, qualidade dos bens ofertados, entre outros, é essencial para o sucesso do agente econômico. Conforme afirmam Whish e Baley, os agentes não podem atuar em um “vácuo estatístico” e, assim, utilizam todas as informações que são capazes de obter.⁷

em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm. Acesso em: 2 ago. 2015. Nos Estados Unidos da América, alegações sobre a manipulação da Libor também foram apreciadas pelo Poder Judiciário do ponto de vista da legislação concorrencial. Cf. ELLIOTT, David A. PETERS, S. Kristen. LIBOR Manipulation litigation: current litigation and the changing landscape. Disponível em: <http://www.martindale.com/matter/asr-1936924.LIBOR.pdf>. Acesso em: 2 AGO. 2015.

6. Art. 157 da Lei 6.404/1976. No âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, a Instrução Normativa 358/2002 regulamenta a informação de divulgar fatos relevantes da companhia. Por outro lado, administradores também têm a obrigação de não divulgar informações que possam por em risco interesse legítimo da companhia (art. 157, § 5º, da Lei 6.404/1976).
7. “Competitors cannot compete in a statistical vacuum: the more information they have about the market conditions, the volume of demand, the level of capacity that exists in an industry and the investment plans of rivals, the easier it is for them to make rational and effective decisions on their production and marketing strategies. Competitors may benefit, without harming their customers, by exchanging information on matters such as methods of accounting, stock con-

A disseminação de informações no mercado, no entanto, nem sempre será benéfica ao processo concorrencial,⁸ podendo facilitar a coordenação tácita e paralelismo consciente entre rivais, especialmente em mercados de produtos homogêneos.⁹

Em mercados de produtos não homogêneos, a assimetria de informações pode ter o benefício de intensificar a concorrência, incentivando a diferenciação de produtos¹⁰ e forçando o agente econômico a tomar decisões em ambiente de incerteza, em cenários nos quais o preço é apenas uma das variáveis competitivas.¹¹ Em mercados oligopolizados, a falta de informação pode ser-

trol, book-keeping or the draftsmanship of standard-form contracts” (WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law... cit.*, p. 540).

8. Conforme ressalta Hovenkamp: “[t]he two extremes are easy to characterize: markets in which information is very bad function poorly; markets in which information is perfect on all sides function well. Unfortunately, there is not a smooth continuum in between. It does not follow that the more information that exists, the more efficiently and competitively the market will perform. Indeed, sometimes exchanges of price information among competing sellers can facilitate collusion” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005. p. 216).
9. Em mercados de produtos homogêneos, o principal elemento diferenciador entre os agentes econômicos é o preço. A ampla disseminação de informações, especialmente sobre preços futuros, pode induzir o paralelismo de preços, eliminando parte da concorrência. Em mercados de produtos diferenciados, ao contrário, os agentes econômicos dispõem de outras formas de competição além do preço de seus produtos.
10. “Elemento característico da concorrência monopolista é a diferenciação dos produtos, com base na inovação (lançamento de novos produtos e de novos modelos). Neste mercado os bens não são homogêneos como na concorrência perfeita, mas também não são meros sucedâneos remotos uns dos outros como no monopólio. Aqui as empresas não reproduzem mercadorias idênticas, nem artigos completamente distintos” (NUNES, A. J. Avelãs. *Economia política: a produção – mercados e preços*. Coimbra: Serviços de Ação Social da U.C., 2007. p. 398).
11. Como, por exemplo, em mercados oligopolizados. O oligopólio é “um regime extremamente volátil, pois com base num conluio entre os oligopolistas, chamado de cartel, pode transformar-se num monopólio. Por outro lado, não chegando eles a um acordo ou rompendo-o, quando já existente, passam a atuar de maneira muito próxima à da concorrência imperfeita, desencadeando guerras comerciais para a conquista de mercados. Ressalte-se, entretanto, basearem-se tais guerras não tanto nos preços, mas sim na qualidade – real ou imaginária – dos produtos, por meio de novos modelos, melhores no acabamento ou na apresentação, aumento do tempo de garantia, promoções, brindes, campanhas publicitárias e outros expedientes. Quando os oligopolistas estão em processo competitivo, isto

vir como obstáculo a comportamentos tendentes ao paralelismo;¹² por outro lado, pode resultar na tomada de decisão equivocada, por falta de informações adequadas,¹³ ou, ainda, estimular o comportamento irracional proposital com o objetivo de confundir rivais.¹⁴

é, sem conluios com os demais, aplica-se-lhes muito adequadamente o modelo Teoria dos Jogos, pois cada um deles estará numa situação muito próxima à do jogador que precisa saber qual o próximo lance dos seus parceiros, mas não tem como fazê-lo” (NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 267-268).

12. Deve-se ressaltar, no entanto, que agentes econômicos em mercados oligopolizados com produtos pouco diferenciados tendem a alcançar o paralelismo tácito no longo prazo. O comportamento estratégico pautado na observação da reação do concorrente é a premissa básica do modelo de concorrência em mercados oligopolizados desenvolvido por Augustin Cournot, assim exemplificado por Herbert Hovenkamp: “[t]he process by which a Cournot equilibrium is reached goes like this. We begin with a market with two firms, called duopoly. The first firm sets its output as if it were a monopolist, by equating its marginal cost and marginal revenue. That is, it simply assumes that the other firm will produce zero. The second firm then takes the residual demand – the demand that is left over after the first firm has set its price and output – and equates its own marginal cost and marginal revenue. The first firm will then need to revise its price downward, or it will lose too many sales to the second firm; so it will equate its marginal cost and marginal revenue once again, using the residual demand curve left by the output of the second firm. The second firm will respond to this revised output by the first firm, and so on. They will finally reach an equilibrium point where each is equalizing its own marginal cost and marginal revenue. If the two firms are the same size and have identical marginal cost curves, they will end up with the same output as well. Each will produce two-thirds of the monopoly output; so total output will be 1.333 times the monopoly output” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... cit., p. 160).
13. Deve-se ressaltar que, nesse caso, o comportamento irracional não seria derivado de um processo de tomada de decisão irracional, mas sim da decisão do agente econômico que não possui a quantidade de informações adequada. Assim, “[b]usiness decisions that are based on limited information and that subsequently lose substantial amounts of money are not necessarily irrational. Most decisions, whether personal or professional, must be made on the basis of incomplete information” (LESLIE, Christopher R. Rationality analysis in antitrust. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, v. 158, p. 261-353, 2010, esp. p. 284).
14. Jean Tirole denomina esta estratégia como “investimento em desinformação” (investments in disinformation), por meio do qual o agente econômico emprega recursos no sentido de confundir os seus rivais (por exemplo, por meio de preços

Assim, dependendo das condições do mercado e a forma de concorrência, a disseminação de informações pode ter efeitos benéficos para o mercado, reduzindo o ambiente de incerteza¹⁵ e permitindo a tomada de decisões racionais,¹⁶ assim como pode ter efeitos indesejáveis, ao facilitar a colusão.

A troca de informações pode ser o principal escopo de determinado acordo entre agentes rivais, assim como pode ser uma condição acessória ao objeto principal. Por esse motivo, grande parte das cooperações entre concorrentes provavelmente conterá previsão de troca de informações.¹⁷

A OCDE indica que a troca de informações é geralmente utilizada de três formas distintas: (i) como elemento de um acordo mais amplo para divisão de mercado ou fixação de preço, no qual a troca de informações funciona como

abaixo do custo médio de produção) ou para intimidá-los (TIROLE, Jean. *The theory of industrial organization*. Londres: The MIT Press, 1988. p. 361 e ss).

15. Frank H. Knight formula concepção de incerteza a partir da premissa de que o mundo é composto de elementos que se comportam de forma consistente sob as mesmas circunstâncias. Assim, a certeza depende do conhecimento dos elementos com os quais se está lidando e as circunstâncias aplicáveis, o que resultaria em um cenário previsível. A incerteza, conseqüentemente, decorre do não conhecimento dessas variáveis. “We have, then, our dogma which is the presupposition of knowledge, in this form; that the world is made up of things, which, under the same circumstances, always behave in the same way. The practical problem of inference or prediction in any particular situation centers around the first two of these three factors: what things are we dealing with, and what are the circumstances which condition their action? From knowledge of these two sets of facts it must be possible to say what behavior is to be expected” (KNIGHT, Frank. H. *Risk, uncertainty and profit*. Disponível em: <https://mises.org/library/risk-uncertainty-and-profit>. Acesso em: 26 jul. 2015. p. 204).
16. Conforme estudo da Organisation for Economic Co-operation and Development (“OCDE”), a troca de informações pode proporcionar (i) a eliminação de assimetrias de informação; (ii) o favorecimento da escolha informada por participantes do mercado; e (iii) a viabilização, em alguns casos, do próprio funcionamento do mercado, como no caso do mercado de seguros. Vide OCDE. *Information exchanges between competitors under competition law*. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.
17. “In addition, some undisputedly pro-competitive or efficient arrangements necessarily involve an exchange of information as a ‘side effect’. Increasing transparency for consumers almost certainly also brings the information to the attention of competitors. Nearly all legitimate cooperation between competitors involves some information exchange” (PAPP, Florian Wagner-von. *Information Exchange Agreements*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2015674>. Acesso em: 2 ago. 2015. p. 4).

um facilitador; (ii) como elemento assessorio de um acordo eficiente, como *joint venture*, contrato de estabelecimento de padrão ou acordos de pesquisa e desenvolvimento; ou (iii) como prática isolada, isto é, quando a troca de informação é o único meio de colaboração.¹⁸

A estrutura do mercado é relevante para determinar se um acordo de troca de informações entre concorrente pode ou não causar efeitos anticompetitivos.¹⁹ Enquanto a troca de informações em mercados concentrados pode levar ao paralelismo consciente, a redução da assimetria de informações em mercados que apresentam baixa concentração pode permitir a atuação mais racional dos agentes econômicos, sem que isso resulte em arrefecimento da concorrência.

Dependendo da estrutura do mercado e da forma como a informação é compartilhada, a concorrência pode ser beneficiada com o comportamento mais racional e mais previsível dos agentes econômicos, sem que configure o alinhamento tácito. Em outras palavras, permite-se o nivelamento da concorrência em parâmetros adequados, possibilitando a correta precificação de ativos e alocação de recursos.²⁰

-
18. “Generally, information exchanges among competitors may fall into three different scenarios under competition rules: (i) as a part of a wider price fixing or market sharing agreement whereby the exchange of information functions as a facilitating factor; (ii) in the context of broader efficiency enhancing cooperation agreements such as joint venture, standardization or R&D agreements; or (iii) as a stand-alone practice, whereby the exchange of information is the only cooperation among competitors” (OCDE. Information exchanges... cit., p. 9).
 19. Na União Europeia, a facilitação do comportamento uniforme por meio da troca de informações depende, principalmente, das circunstâncias do mercado e da troca de informação em si. Assim, “whether an exchange of information facilitates collusive behavior depends on not only the initial market conditions but also how the exchange of information may change those conditions” (WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition Law... cit., p. 544).
 20. Ao discutir sobre as possíveis vantagens da troca de informações, Florian Wagner-von Papp afirma que “there is also the contrary argument that we should not let competitors stumble around helplessly in the dark. Providing them with more accurate estimates of market conditions and expected future developments allows them to avoid wasted effort. Where competitors pool their information, a greater number of them can adapt their competitive conduct to the ‘average’ of the distribution of the estimates about the market conditions. This reduces the probability that competitors make their competitive decisions based on estimates or expectations in the ‘tail ends’ of the distribution, which are less likely to be or become true. From this perspective, reducing variance around the average – e.g., the dispersion of prices – is a good thing, as long as the information does not also

Ao estudar a importância do conhecimento no funcionamento do mercado, F.A. Hayek destaca o papel do mecanismo de formação de preços do mercado como uma forma de disseminação de informações a respeito das preferências de consumidores e comportamento dos agentes econômicos.²¹ Assim, a racionalidade econômica dos agentes em sua tomada de decisão será tão limitada quanto forem escassas as informações com base nas quais a decisão foi adotada.

A importância da informação na tomada de decisão do agente econômico e na precificação de bens também é ressaltada pela vertente da economia da informação. George Stigler, por exemplo, destaca a relevância da informação e das instituições que promovem a sua distribuição, sob a perspectiva do estabelecimento dos preços de mercado. Nesse contexto, Stigler analisa a efetividade de determinadas formas de divulgação de informações, como publicidade e instituições que têm como propósito reunir compradores e vendedores de determinados bens.²² De forma semelhante, George Akerlof demonstrou que a assimetria de informações em determinado mercado pode causar problemas de seleção adversa, reduzindo a qualidade dos bens ofertados, assim como o tamanho do próprio mercado, dificultando ou até mesmo impedindo o seu funcionamento.²³ Em mercados nos quais a assimetria de informações tem grande impacto na correta avaliação e alocação de riscos, o problema da seleção adversa pode ser intensificado, conforme exposto por Kenneth J. Arrow.²⁴

influence the location of the average itself” (PAPP, Florian Wagner-von. Information Exchange Agreements... p. 16).

21. “Fundamentally, in a system where the knowledge of the relevant facts is dispersed among many people, prices can act to coordinate the separate actions of different people in the same way as subjective values help the individual to coordinate the parts of his plan. [...] We must look at the price system as such a mechanism for communicating information if we want to understand its real function – a function which, of course, it fulfills less perfectly as prices grow more rigid” (HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*. The American Economic Review, Pittsburgh, v. 35, p. 519-530, 1945, esp. p. 527).
22. STIGLER, George J. *The economics of information*. The Journal of Political Economy, Chicago, v. 69, p. 213-225, 1961, esp. p. 216.
23. AKERLOF, George A. *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. The Quarterly Journal of Economics, Nova Iorque, v. 84, p. 488-500, 1970, esp. p. 489 e ss.
24. Ao analisar o caso da assimetria de informações, seus efeitos na avaliação de riscos no mercado de seguro e o fenômeno da seleção adversa, Kenneth J. Arrow esclarece: “[i]n the case of adverse selection, the insured has a greater knowledge of the risks than the insurer. His or her demand behavior will change accordin-

Desse modo, a troca de informações pode ser benéfica à sociedade e aos agentes econômicos de forma geral, possibilitando a tomada de decisão racional e a correta precificação dos ativos. O caráter benéfico ou danoso da troca de informações dependerá da estrutura do mercado (se é concentrado ou pulverizado), assim como a forma de divulgação e a natureza das informações.

3. A troca de informações entre concorrentes eficiente: hipóteses concretas

A redução da assimetria de informações pode criar benefícios relacionados ao melhor funcionamento do mercado e à facilitação de tomada de decisão informada pelos agentes econômicos.

De modo mais específico, é possível elencar algumas eficiências relevantes decorrentes da redução de assimetrias no mercado, como: (i) promover melhor entendimento do mercado e estrutura da demanda, o que permite comercialização e distribuição mais eficaz, além de facilitação da entrada; (ii) permitir, em mercados com alta flutuação de demanda, controle mais eficiente sobre estoques; (iii) possibilitar a prática de comparação (“*benchmarking*”), por meio da qual concorrentes podem comparar desempenhos e buscar aumentar sua própria eficiência; e (iv) permitir inovação tecnológica em mercados caracterizados por custos e investimentos altos em tecnologia, especialmente nos casos em que incertezas sobre o futuro podem reduzir incentivos a estes investimentos.²⁵

A Comissão Europeia, em sentido semelhante, estabelece que o compartilhamento de informações pode levar os agentes econômicos a “melhorar a sua eficiência interna, realizando comparações com as melhores práticas dos seus concorrentes”, solucionar distorções na oferta e demanda, “permitindo uma entrega mais rápida de produtos perecíveis aos consumidores ou abordando o problema de uma procura instável”, assim como beneficiar consu-

gly. In equilibrium, the insurer is correct on the average but cannot distinguish among insured with varying risks. Those with higher risks find their insurance underpriced relative to the true risks and will therefore buy more insurance than is efficient. Therefore, the average risk per dollar of insurance is higher; the premium must rise and might conceivably rise to the point of eliminating low-risk individuals from the market. If the insurance company can observe the total amount of insurance purchased by an individual, it might infer his risk status and use that information in setting rates” (ARROW, Kenneth J. Risk Allocation and information: some recent theoretical developments. Disponível em: [https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978_gp3\(8\)_arrow.pdf](https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978_gp3(8)_arrow.pdf). Acesso em: 2 ago. 2015. p. 12).

25. OCDE. Information exchanges... p. 9-10.

midores, “reduzindo os seus custos de pesquisa de produtos e melhorando as possibilidades de escolha”²⁶

No contexto norte-americano, Sullivan e Grimes afirmam que o compartilhamento de informações pode ser benéfico ou neutro do ponto de vista concorrencial, a depender das circunstâncias do caso concreto. Segundo os autores, a redução da assimetria de informações pode permitir que produtores e consumidores tomem decisões de forma racional, promover a racionalização da oferta, assim como facilitar o processo de inovação em mercados dinâmicos.²⁷

A disseminação de informações também pode ter o relevante efeito de reduzir custos de transação. Conforme demonstrado por Coase, o próprio ato de realizar transações comerciais apresenta custos relacionados à falta de informação sobre quem está disposto a negociar e em quais termos.²⁸

Os custos de transação podem ser divididos entre custos de coordenação e custos de motivação. Os custos de coordenação (*coordination costs*) são os custos despendidos para estruturar o negócio, buscar parceiros comerciais e clientes. Os custos de motivação (*motivation costs*), por sua vez, envolvem principalmente os custos decorrentes de assimetria de informações, quando as partes não possuem todos os dados relevantes sobre quem está disposto a ne-

26. COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 20 set. 2015. p. 13.

27. “Some concerted information collection and dissemination is competitively helpful or neutral. Producers and marketers, as well as consumers, need information to act rationally, and there may be scale efficiencies in the development and dissemination of information, as well as in other functions. If the costs of information are high, market actors may proceed without enough of it. This may be especially so in dynamic markets where information, once gathered, can become quickly obsolete. If scale efficiencies can be gained by cooperation in information gathering, that is a competitive plus” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Publishing Co., 2006. p. 261).

28. “In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost” (COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960, esp. p. 15).

gociar e sobre os termos da negociação. Os custos de motivação também estão associados ao risco de comportamento oportunista pela outra parte.²⁹

Uma vez que os agentes econômicos incorrem em custos para se valer do mecanismo de mercado, a tendência natural é que busquem adotar o procedimento que seja mais eficiente (isto é, mais econômico) do ponto de vista dos custos de transação a serem incorridos.³⁰

Quanto maior forem os custos de transação impostos aos agentes econômicos, menor será a eficiência do funcionamento dos mercados. Em situações de custos de transação demasiadamente altos, os agentes econômicos podem inclusive chegar a impasses com relação à formação de preços e termos de negociação.³¹

No caso *Chicago Board of Trade v. United States*³² (“*Chicago Board v. US*”), a Suprema Corte norte-americana analisou o caso de instituição que estabelecia a coordenação entre agentes econômicos, inclusive com compartilhamento de informações, com o objetivo de reduzir custos de transação.

Em *Chicago Board v. US*, a controvérsia girou em torno de possível fixação de preço por concorrentes com efeitos anticompetitivos. Por meio da *Chicago Board of Trade*, milhares de compradores e vendedores encontravam-se diariamente, das 9h:30m às 13h:15m, para estabelecer os preços de grãos que seriam utilizados até a sessão seguinte. Os preços dos produtos eram disseminados entre compradores e vendedores de forma imediata, em quadros negros, até o fechamento da sessão. Segundo a regra do “call”, a comercialização de grãos somente poderia ocorrer após o estabelecimento do preço que seria praticado.³³

29. FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 315.

30. *Idem*, p. 313-314.

31. “Em meio a todos esses fatores, o elemento de mais difícil determinação torna-se exatamente o preço relativo de cada produto. Sobretudo quando comprador e vendedor não se encontram em mercados concorrenciais, a definição dos preços pode levar a impasses. A determinação das características do produto é motivo de preocupação principalmente naqueles contratos de longa duração. Neles frequentemente o vendedor nega-se a especificar com precisão as condições (inclusive de preço) em que o produto virá a ser fornecido no futuro. Essas incertezas são bastante inconvenientes para o comprador que quer planejar sua atividade econômica” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 392-393).

32. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

33. Cf. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy...* cit., p. 212.

Apesar de o governo norte-americano ter processado a entidade, alegando que os diversos produtores de grãos fixavam preços, as alegações foram refutadas pela Suprema Corte, considerando em sua decisão que a regra do “call” permitia a criação de ambiente altamente competitivo. Assim, apesar de a comercialização de grãos ser realizada com base em preços fixados no âmbito da Chicago Board of Trade, o estabelecimento deste valor ocorria em ambiente altamente competitivo.³⁴

Desse modo, pode-se afirmar que a reunião diária de diversos compradores e vendedores para negociar preços da comercialização de grãos tinha como efeito a redução substancial de custos de transação. Além disso, a divulgação imediata de preços nos quadros negros da Chicago Board of Trade comunicava aos agentes econômicos os valores sob negociação, o que possibilitava a tomada de decisão racional, permitindo, assim, o funcionamento competitivo do mercado. Apesar de a Suprema Corte não ter analisado o caso profundamente na perspectiva econômica,³⁵ pode-se dizer que as eficiências decorrentes das

34. “In challenging the call rule, the government made no attempt to show that it generated an output restriction or enabled the Board members to increase price. They argued simply that the rule ‘fixed’ prices and was therefore illegal. In rejecting that proposition, Justice Brandeis noted that the call rule ‘created’ a public market for grain scheduled to arrive. The market, after all, is not where the transaction is consummated but the price is determined. Under the ‘call’ rule all price determination was made under the most public and competitive of circumstances, with no buyer or seller in a position to take advantage of another party’s ignorance. Finding no plausible way that the rule could disguise price fixing, the Court unanimously ordered the complaint dismissed” (Idem, *ibidem*).
35. Em seu voto condutor, Justice Brandeis forneceu as seguintes razões para considerar o funcionamento da Chicago Board of Trade em consonância com a legislação concorrencial: “(a) It created a public market for grain ‘to arrive.’ Before its adoption, bids were made privately. Men had to buy and sell without adequate knowledge of actual market conditions. This was disadvantageous to all concerned, but particularly so to country dealers and farmers. (b) It brought into the regular market hours of the Board sessions, more of the trading in grain ‘to arrive.’ (c) It brought buyers and sellers into more direct relations because, on the call, they gathered together for a free and open interchange of bids and offers. (d) It distributed the business in grain ‘to arrive’ among a far larger number of Chicago receivers and commission merchants than had been the case there before. (e) It increased the number of country dealers engaging in this branch of the business, supplied them more regularly with bids from Chicago, and also increased the number of bids received by them from competing markets. (f) It eliminated risks necessarily incident to a private market, and thus enabled country dealers to do business on a smaller margin. In that way, the rule made it possible for them

negociações no Chicago Board of Trade foram possíveis, ao menos em parte, em razão do grande número de ofertantes e da homogeneidade do produto, característicos dos mercados de comercialização de grãos.

Com relação especificamente a acordos que têm como objetivo principal estabelecer a troca de informações entre concorrentes, a Suprema Corte deparou-se com a questão poucas décadas após a entrada em vigor da legislação de defesa da concorrência, nos casos *American Column & Lumber Co. v. United States*³⁶ (“*American Column v. US*”) e *Maple Flooring Manufacturers’ Assn. v. United States*³⁷ (“*Maple Flooring Association v. US*”).

No caso *American Column v. US*, Hovenkamp noticia que a Suprema Corte considerou ilegal acordo de troca de informações por meio do qual cada membro fornecia aos demais membros relatórios detalhados acerca do preço de cada venda e aquisição de bens, o nome da contraparte, a sua própria taxa de produção e estoque, assim como estimativa de produção futura.³⁸ O objetivo do acordo era, alegadamente, evitar a superprodução, permitindo que os membros do acordo reduzissem a oferta sempre que necessário. Apesar de a Suprema Corte ter considerado o acordo ilegal, Hovenkamp destaca que o acordo incluía um grande número de membros, os quais eram responsáveis por apenas 1/3 (um terço) do mercado, o que potencialmente limitava sua capacidade de gerar efeitos anticompetitivos.³⁹ Assim, a ilegalidade do acordo foi

to pay more to farmers without raising the price to consumers. (g) It enabled country dealers to sell some grain to arrive which they would otherwise have been obliged either to ship to Chicago commission merchants or to sell for ‘future delivery.’ (h) It enabled those grain merchants of Chicago who sell to millers and exporters to trade on a smaller margin and, by paying more for grain or selling it for less, to make the Chicago market more attractive for both shippers and buyers of grain. (i) Incidentally, it facilitated trading ‘to arrive’ by enabling those engaged in these transactions to fulfill their contracts by tendering grain arriving at Chicago on any railroad, whereas formerly shipments had to be made over the particular railroad designated by the buyer”

36. *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377 (1921).

37. *Maple Flooring Manufacturers’ Assn. v. United States*, 268 U.S. 563 (1925).

38. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy...* cit., p. 216.

39. “Even assuming an explicit price fixing agreement, it is difficult to see how a cartel with that many members, controlling only one-third of the market, could have a substantial effect on prices. Indeed, one frequently overlooked but very important issue in data dissemination cases is the relationship between the domain over which information is exchanged and the scope of the relevant market” (Idem, *ibidem*).

determinada com base na intenção das partes, e não na sua potencialidade de gerar danos à concorrência.⁴⁰

Quatro anos após *American Column v. US*, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Maple Flooring Association v. US*, considerando legal o acordo de troca de informações entre concorrentes no setor de pisos de madeira. Segundo a Suprema Corte, o que diferenciava *Maple Flooring Association v. US* de *American Column v. US* era, essencialmente, a quantidade e natureza das informações compartilhadas.⁴¹

Segundo Hovenkamp, essas diferenças eram irrelevantes para a potencialidade anticoncorrencial do acordo, sendo que a Suprema Corte deixou de analisar o aspecto mais importante do caso: a *Maple Flooring Association* envolvia 22 (vinte e dois) produtores, que em conjunto detinham 70% (setenta por cento) do mercado.⁴²

A aparente tendência da Suprema Corte de não analisar em detalhes a estrutura do mercado afetado pela troca de informações entre concorrentes começou a ser alterada no caso *Sugar Institute Inc. v. United States*,⁴³ conforme noticiam Sullivan e Grimes.⁴⁴

40. “The Court found a violation without addressing the question of power nor did it discuss structure except to state basic facts about the number of participants and their aggregate share. Rather, it focused on purpose. [...] The opinion does not directly indicate whether the inference that the anticompetitive purpose had been, in part, achieved was essential to the outcome, but its tone suggests otherwise. Acting cooperatively in a manner intended to threaten price and output is itself the offense” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust*... p. 263).

41. Em seu voto condutor, Justice Stone afirmou: “In *American Column & Lumber Co. v. United States*, supra, the defendant association adopted a plan for the gathering from its members daily, and disseminating among them weekly, reports of all sales and shipments actually made, giving prices, names and addresses of purchasers, the kind, grade, and quantity of commodity sold and shipped. [...] The opinion of the Court in that case rests squarely on the ground that there was a combination on the part of the members to secure concerted action in curtailment of production and increase of price, which actually resulted in a restraint of commerce, producing increase of price”.

42. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*... cit., p. 217.

43. *Sugar Institute, Inc. v. United States*, 297 U.S. 553 (1936).

44. “This was the first time that the Court, in discussing information exchange, seemed to think that market structure might be relevant to the outcome” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust*... cit., p. 265).

Em casos recentes, a Suprema Corte passou a analisar a estrutura do mercado para inferir se a troca de informações entre concorrentes teria o potencial de reduzir ou não a rivalidade entre eles. A partir de casos como *United States v. Container Corp.*⁴⁵ e *United States v. United States Gypsum Co.*,⁴⁶ é possível afirmar que firmou-se o entendimento de que a estrutura do mercado é um dos fatores decisivos para determinar se a troca de informações entre concorrentes pode trazer benefícios à sociedade e ao mercado.⁴⁷

Recentemente, por meio de procedimentos de consulta prévia (“*business reviews*”), o Departamento de Justiça norte-americano (“DOJ”) tem demonstrado preocupação também com a natureza da informação compartilhada entre concorrentes. Por exemplo, em 19 de junho de 2006, o DOJ esclareceu que não tinha intenção de questionar acordo de compartilhamento de informações no qual as partes adotariam cuidados para evitar a troca de dados concorrentialmente sensíveis.⁴⁸ Em outra consulta, respondida em 13 de maio de 2003, o DOJ solicitou a modificação de uma proposta de um sistema de compartilhamento de informações entre distribuidores de produtos químicos, para que fossem adotados mecanismos para evitar o acesso a informações de preço.⁴⁹ A mesma preocupação foi demonstrada em consulta respondida em 12 de março de 2002, na qual o DOJ enxergou potenciais benefícios no compartilhamento de informações sobre o histórico de crédito de clientes.⁵⁰

45. *United States v. Container Corp.*, 393 U.S. 333 (1969).

46. *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978).

47. SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust...* cit. p. 268.

48. DEPARTMENT OF JUSTICE. Request for business review advice – Fair Factories Clearinghouse. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/response-fair-factories-clearinghouses-request-business-review-letter>. Acesso em: 26 set. 2015.

49. “At the Department’s request, BroChem has modified its original proposal to ensure that price-sensitive information is not accessible to competitors or others who should not have access to it. Specifically, as indicated in your letter dated November 18, 2002, BroChem will establish computer safeguards to ensure that each chemical producer can access only the data that the producer has provided to BroChem, and that each chemical distributor has access only to information regarding products that the chemical producers have authorized the distributor to market” (DEPARTMENT OF JUSTICE. Response to Brochem Marketing, Inc.’s request for business review letter. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/response-brochem-marketing-incs-request-business-review-letter>. Acesso em: 26 set. 2015).

50. DEPARTMENT OF JUSTICE. Response to national consumer telecommunications data exchange request for business review letter. Disponível em: <http://www>.

No direito comunitário europeu, conforme decidido pela Comissão Europeia no caso *Asnef-Equifax*,⁵¹ a legalidade dos acordos de troca de informações deve ser analisada a partir das características do mercado em questão, dos termos e condições do acordo e da natureza das informações em si (isto é, se são públicas ou confidenciais, se são transmitidas de forma agregada ou individualizada e se dizem respeito a fatos passados ou presentes).⁵² No caso concreto, a Comissão Europeia determinou que a troca de informações entre concorrentes sobre a condição de crédito de consumidores a princípio não teria o potencial de ferir a concorrência, contanto que atendidos determinadas exigências a respeito da natureza das informações e desde que permitido o acesso não discriminatório de agentes econômicos a tais dados.

Ademais, a Comissão Europeia esclarece que a eficiência da troca de informações existe quando o acordo entre os concorrentes tem como objetivo corrigir alguma distorção de mercado causada pela assimetria de informações. Assim, em mercados nos quais há desajuste entre oferta e demanda, alocação ineficiente de risco, poucos dados a respeito da qualidade de produtos, entre outros, a troca de informações pode auxiliar os agentes de mercado a corrigir tais distorções. A criação de eficiências, nesse contexto, dependerá de diversos fatores relacionados à estrutura do mercado, à natureza das informações compartilhadas, características do acordo em si e inexistência de meio menos restritivo para se alcançar os benefícios pretendidos.⁵³

Percebe-se, portanto, que a prática e jurisprudência estrangeiras indicam que a troca de informações entre concorrentes pode gerar relevantes eficiências, especialmente com relação à correção de distorções causadas pela assimetria de informações e redução de custos de transação, permitindo o adequado funcionamento do mercado e dos mecanismos de formação de preços. A efeti-

justice.gov/atr/response-national-consumer-telecommunications-data-exchange-request-business-review-letter. Acesso em: 26 set. 2015.

51. Comissão Europeia, Caso C-238/05, Terceira Seção, julgado em 23.11.2006.
52. Conforme o acórdão do caso: “Por conseguinte, a compatibilidade de um sistema de intercâmbio de informações entre estabelecimentos financeiros relativo à solvabilidade dos clientes, com as regras comunitárias da concorrência, não pode ser apreciada de forma abstracta. Depende das condições económicas nos mercados em questão e das características próprias do sistema em causa, como, designadamente, a sua finalidade, as condições de acesso e de participação no intercâmbio, bem como da natureza das informações trocadas – podendo estas, por exemplo, ser públicas ou confidenciais, agregadas ou detalhadas, históricas ou actuais – a sua periodicidade e a sua importância para a fixação dos preços, volumes ou condições da prestação”.
53. COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação... p. 21-22.

va geração de eficiências dependerá da estrutura do mercado em questão, das características do acordo sob análise, da natureza da informação e da forma de seu compartilhamento.

4. Conclusão

A troca de informações entre concorrentes pode causar efeitos concorrenciais adversos. Em mercados concentrados ou de produtos homogêneos, a disseminação de informações pode levar ao paralelismo de preços e colusão tácita.

Por outro lado, a assimetria de informações também gera efeitos adversos, dificultando ou até impedindo o adequado funcionamento do mercado. A economia já identificou algumas distorções causadas pela falta de informações pelos agentes econômicos, como seleção adversa, precificação incorreta, alocação ineficiente de riscos, descolamento de oferta e demanda, presença de altos custos de transação, entre outras. Nesses casos, a troca de informações pode criar relevantes eficiências.

Não obstante, a jurisprudência e prática estrangeiras demonstram que a eficiência da troca de informações entre concorrentes depende de fatores relacionados à estrutura do mercado, às características do acordo em si e à natureza das informações compartilhadas.

Em mercados concentrados, a disseminação de informações pode facilitar a colusão. As características do acordo também são relevantes. Eventual proibição ou restrição do acesso de novos concorrentes ao acordo de troca de informações pode criar barreiras à entrada no mercado. A natureza das informações, por sua vez, também deve ser analisada. Informações transmitidas de forma agregada geralmente representam menos preocupações que informações individualizadas. Da mesma forma, dados atuais ou projeções apresentam maior potencial danoso que informações passadas.

Em suma, a troca de informações entre agentes rivais nem sempre será prejudicial à concorrência. Cabe à autoridade de defesa da concorrência avaliar as circunstâncias do caso concreto para determinar se certa prática de compartilhamento de informações tem efeitos econômicos adversos ou benéficos.

Referências

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Nova Iorque, v. 84, p. 488-500, 1970.

- ARROW, Kenneth J. *Risk Allocation and information: some recent theoretical developments*. Disponível em: [https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978_gp3\(8\)_arrow.pdf](https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978_gp3(8)_arrow.pdf). Acesso em: 2 ago. 2015.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações sobre a aplicação do art. 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 20 set. 2015.
- DEPARTMENT OF JUSTICE. *Request for business review advice – Fair Factories Clearinghouse*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/response-fair-factories-clearinghouses-request-business-review-letter>. Acesso em: 26 set. 2015.
- DEPARTMENT OF JUSTICE. *Response to Brochem Marketing, Inc.'s request for business review letter*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/response-brochem-marketing-incs-request-business-review-letter>. Acesso em: 26 set. 2015.
- DEPARTMENT OF JUSTICE. *Response to national consumer telecommunications data exchange request for business review letter*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/response-national-consumer-telecommunications-data-exchange-request-business-review-letter>. Acesso em: 26 set. 2015.
- ELLIOTT, David A.; PETERS, S. Kristen. *LIBOR Manipulation Litigation: Current Litigation and the Changing Landscape*. Disponível em: <http://www.martindale.com/matter/asr-1936924.LIBOR.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2015.
- EUROPEAN COMMISSION. *Antitrust: Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry*. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm. Acesso em: 2 ago. 2015.
- FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012.
- HAYEK, Friedrich August von. The Use of Knowledge in Society. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 35, p. 519-530, 1945.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005.
- KNIGHT, Frank. H. *Risk, uncertainty and profit*. Disponível em: <https://mises.org/library/risk-uncertainty-and-profit>. Acesso em: 26 jul. 2015.

- LESLIE, Christopher R. Rationality analysis in antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 158, p. 261-353, 2010.
- NUNES, A. J. Avelãs. *Economia política: a produção – mercados e preços*. Coimbra: Serviços de Acção Social da U.C., 2007.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- OCDE. *Information exchanges between competitors under competition law*. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- PAPP, Florian Wagner-von. *Information Exchange Agreements*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2015674>. Acesso em: 2 ago. 2015.
- STIGLER, George J. The economics of information. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 69, p. 213-225, 1961.
- SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Publishing Co., 2006.
- TIROLE, Jean. *The theory of industrial organization*. Londres: The MIT Press, 1988.
- WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2016 – 1.º COLOCADO –
GRADUAÇÃO

A QUANTIFICAÇÃO ECONÔMICA DE DANOS DECORRENTES DE CARTEL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PAPEL DISSUASOR DO DANO MORAL COLETIVO

Um estudo de caso do cartel de combustíveis
em Guaporé – RS

VINÍCIUS ULER LAVORATO

Resumo: O presente trabalho se dedica à investigação das ações de reparação de danos decorrente da responsabilidade civil decorrente do ilícito concorrencial. Elegeu-se, como metodologia de investigação, o estudo de caso. Desse modo, iniciou-se o trabalho pela análise dos prejuízos ocasionados por ilícitos concorrenciais. Descreveu-se, em seguida, um dos modelos de quantificação de danos propostos pela teoria econômica. Ao final, analisou-se o caso do cartel de combustíveis no município de Guaporé – RS, valendo-se do modelo econômico descrito. Em seguida, compara-se o valor obtido pelo cálculo econômico com o valor arbitrado pelo Judiciário. Ao final, propõem-se novas pesquisas a serem desenvolvidas futuramente.

Palavras-chave: Ilícito concorrencial – Quantificação de danos – Responsabilidade concorrencial – indenização – Fixação de preços.

Keywords: Antitrust torts – Quantification of damages – Antitrust liability – Damage award – Price-fixing.

1. Introdução

Com a crescente popularização da Advocacia da Concorrência no Brasil verificada nos últimos anos, a ação de reparação de danos materiais e morais

coletivos decorrentes de ilícitos antitruste começam a estar cada vez mais presentes no Judiciário brasileiro.

A legislação civil e processual civil cuida de regular os procedimentos judiciais a fim de se obter a indenização por ato ilícito, ainda que sua aplicação ao direito da concorrência ainda não esteja totalmente pacificada.

Por outro lado, no contexto da advocacia da concorrência, é importante destacar que as indenizações servem não apenas para reparar os prejudicados pelo ilícito, mas também para dissuadir a prática de atos anticoncorrenciais.

Para que o efeito dissuasório da indenização seja atingido, é importante que se quantifique adequadamente o prejuízo. É dizer: a indenização só servirá para desestimular a prática ilícita se o valor arbitrado for próximo o suficiente do prejuízo causado a ponto de retirar os ganhos do agente que o ocasionou, de modo a deslocar o equilíbrio da equação de custo-benefício.

Este trabalho se dedica, pois, não aos aspectos processuais da ação de reparação de danos, mas sim à teoria e às ferramentas econômicas disponíveis para o julgador ao arbitrar o valor da indenização devida.

Para tanto, o artigo se divide em duas grandes partes: a primeira delas tratando da teoria econômica e dos modelos de estimativa de prejuízos no contexto de cartéis para a fixação de preços e, em uma segunda parte, dedicando-se à análise da indenização por dano moral coletivo arbitrada no caso do Cartel de Combustíveis em Guaporé – Rio Grande do Sul.

2. Teoria econômica do cartel

Antes de adentrar à análise do caso objeto deste estudo propriamente dito, cumpre traçar breves apontamentos sobre a estrutura econômica dos cartéis para fixação de preços e demonstrar como esses ilícitos concorrências ocasionam danos aptos a serem reparados pela via da indenização.

Para tanto, a presente seção tratará da estrutura econômica do cartel propriamente dita, e das ferramentas de identificação e quantificação dos danos efetivamente ocasionados pela prática de preços concertados propostas por Hellwig (2006).

A análise que se pretende realizar irá se concentrar nos prejuízos alocativos decorrentes da fixação de preços por cartelistas. A escolha metodológica se justifica a fim de viabilizar o estudo de caso proposta ao fim, sem deixar de reconhecer, contudo, a importância do estudo dos impactos econômicos dos acordos de divisão de mercados, bem como dos prejuízos distributivos ocasionados por condutas anticompetitivas.

2.1 O cartel do ponto de vista econômico

O fenômeno da cartelização é caracterizado, essencialmente, por dois resultados clássicos: a fixação de preços e a divisão de mercado entre os membros do cartel. Harrington (2006) nos descreve os mecanismos que levam a esses resultados, com base em dados coletados sobre cartéis na União Europeia.

Embora as estruturas de mercado cartelizadas nem sempre sejam de fácil identificação, é fato que elas existem e alteram a dinâmica do mercado constantemente. Algumas estimativas menos conservadoras chegam a afirmar que até 40% de todo o volume de comércio internacional está sob a influência de cartel (Nussbaum *apud* Levenstein; Suslow, 2002, p. 1).

Pois bem. De plano, é importante ressaltar que a colusão em preços não significa, necessariamente, a fixação de um preço único a ser adotado por todos os membros do cartel. A colusão no preço significa tão e simplesmente a adoção de uma política de preços única, a fim de incrementar artificialmente o lucro dos membros do acordo colusivo.

Por evidente, essa estratégia pode se traduzir na fixação de um preço único a ser adotado por todos os participantes, como fez o Cartel Mundial da Lisina. Por outro lado, alguns acordos colusivos em mercados mais complexos adotam sistemas extremamente sofisticados na fixação de preços, como no caso do cartel estabelecido no mercado europeu de produtos elétricos e mecânicos de carbono e grafite, que criou um sistema de preços baseado em características do produto e do consumidor.

Assim, se é certo que mercados com produtos altamente homogeneizados são favoráveis à ocorrência de cartéis (Veljanovski, 2007, p. 4), em mercados de produtos não homogêneos o empecilho à cartelização, ocasionado por fatores competitivos não relacionados ao preço, pode ser transposto por meio do estabelecimento de uma fórmula única de preços, em vez de se optar pela fixação do valor de venda diretamente (Harrington, 2006, p. 10–11).

Harrington (2006) aponta, ainda, que o instrumento da fixação de preços como mecanismo de cartelização acarreta, necessariamente, uma identidade dos “preços de cartel”,¹ mas não implica obrigatoriamente a identidade de preços efetivamente praticados. Isso ocorre porque, nas palavras de Harrington (2006, p.7)² “they would agree to a ‘target’ (or ‘recommended’) price and a ‘floor’ (or ‘minimum’ or ‘bottom’) price which was lower than the target price”.

1. O “preço de cartel” costuma ser definido como uma faixa de preços aceitáveis, e não um valor numérico fixo propriamente.
2. “eles [os cartéis analisados] concordavam em um preço “alvo” (ou “recomendado”) e um preço de “pisso” (ou “mínimo” ou “inferior”), que era inferior ao preço alvo”, em tradução livre.

Harrington (2006) também destaca algumas propriedades mercadológicas que, por serem muito mais consistentes com mercados cartelizados que com mercados competitivos, podem ser vistas como indicadores de cartelização, ou, na nomenclatura adotada pelo autor, “marcadores de colusão”.

Quanto à fixação de preços, são eles: (i) o aumento na padronização dos produtos ofertados, decorrentes da necessidade de vigilância e fiscalização do cumprimento do acordo colusivo; (ii) maior uniformidade de preços, qualidade e preços de produtos e serviços auxiliares entre as firmas cartelistas; (iii) aumento do preço tabelado e redução na variação de descontos concedidos a clientes; e (iv) maior variação de preços entre diferentes países, em razão das restrições de ofertas em cada mercado atingido pelo cartel e, conseqüentemente, alteração na curva de preço/demanda.

2.2 Quantificação de danos

Nesta seção, dedicar-se-á aos métodos econômicos de quantificação de prejuízos, notadamente daqueles de natureza alocativa, decorrentes de cartel, é dizer: daquele prejuízo que é causado ao mercado como um todo e que não é apropriado pelo cartelista.

Importante traçar, pois, uma breve digressão sobre as implicações econômicas ocasionadas pelo acordo colusivo de fixação de preços em um mercado onde os consumidores da empresa que participa do acordo anticoncorrencial são os destinatários finais³ dos bens vendidos em sobrepreço. Hellwig (2006) nos propõe um cenário hipotético exemplificativo (Figura 1).

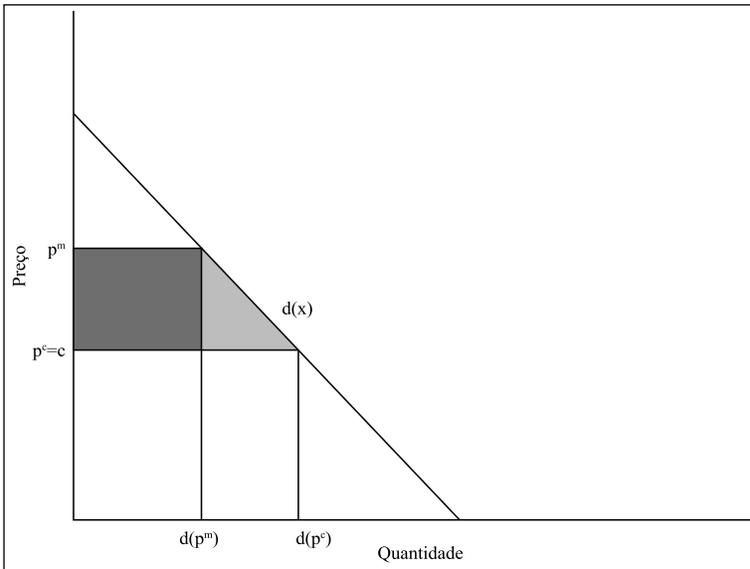
O autor define, para tanto, um mercado onde todos os prejudicados pelo sobrepreço são consumidores finais. Nesse mercado hipotético, os fornecedores vendem seus produtos a um preço de monopólio p^m . Determinado consumidor compra uma quantidade $d(p^m)$ de um fornecedor participante do acordo colusivo. Nessa hipótese, pode-se avaliar os danos por meio do estabelecimento de um contrafactual.⁴ Adota-se, na elaboração do contrafactual em

3. O modelo proposto comporta, com algumas pequenas adaptações, a mesma análise pode ser aplicada à mercados onde o consumidor da firma cartelista é um agente intermediário que utiliza este bem como insumo de sua produção. Este modelo, apesar de também descrito no mesmo artigo já citado, não será analisado no presente trabalho em razão da natureza do caso concreto que se pretende analisar ao final.
4. Embora o estabelecimento de um contrafactual não possa ser realizado a partir da mera análise de preços ao longo do tempo, existem diversas formulações teóricas geralmente aceitas do ponto de vista econômico. Nesse sentido, ver Veljanovski (2007, p. 12) e Clark; Hughes e Wirth (2004)

tela, a hipótese de concorrência perfeita, na qual o preço competitivo p^c é igual ao custo marginal de produção, custo esse idêntico para todos os produtores.

Anote-se que este é um modelo que depende de circunstâncias muito particulares (como a ausência de custos de pesquisa para o consumidor, a diferenciação dos produtos e a ausência de concorrência por motivos outros que não o preço, entre outros fatores). O modelo é, contudo, geralmente aceito como padrão normativo válido para se utilizar numa análise contrafactual. O gráfico seguinte representa essas circunstâncias.

Figura 1 – Efeitos da fixação de preço em consumidores diretos e não competidores



Fonte: elaboração do autor.

Tem-se, pois, um prejuízo distributivo, representado pelo preço excedente que se paga por uma quantidade $d(x)$. Pode-se dizer, portanto, que o prejuízo distributivo reduz o bem-estar econômico do consumidor na mesma medida do lucro excedente percebido pelo cartelista. Esse valor corresponde à área em sombreado escuro na Figura 1, e pode ser expresso numericamente pela seguinte operação:

$$p^m - p^c * d(p^m)$$

Existe, ainda, um prejuízo alocativo. Aqui, há uma redução no bem-estar econômico do mercado,⁵ sem que haja um aumento correspondente no bem-

5. Embora alguns autores, como Hellwig (2006), definam o prejuízo alocativo como um prejuízo privado experimentado pelo consumidor da firma cartelista, a posi-

-estar econômico do cartelista, *i. e.*, há um peso-morto gerado pela cartelização. Esse prejuízo alocativo representa, pois, as eficiências perdidas em função dos consumidores que deixaram de comprar o produto porque seu benefício marginal é menor do que o preço de monopólio. Esse dano pode ser calculado como o produto da quantidade de produtos não vendidos em razão do sobrepreço, representado por:

$$d(p^c) - d(p^m)$$

e da média da utilidade de cada unidade não vendida, $\frac{(p^m + (p^c))}{2}$,⁶ ou, ainda, a área do triângulo sombreado na Figura 1. Assim, tem-se o dano econômico total da cartelização sendo representado pela soma dos prejuízos distributivos e dos prejuízos alocativos, o que se traduz matematicamente na seguinte operação:

$$p^m - p^c * d(p^m) + \frac{d(p^c) - d(p^m) * (p^m - p^c)}{2}$$

Desse modo, ainda que o prejuízo alocativo dispense a demonstração do valor do dano ocasionado para o direito brasileiro, por se tratar de hipótese de dano moral coletivo, como se demonstrará a seguir, a adequada quantificação do prejuízo contribui para a política de defesa da concorrência.

Isso porque o prejuízo alocativo decorrente da fixação de preços, diferentemente de outras lesões a direitos difusos, permite a identificação do prejuízo em termos monetários, e a observância deste valor quando da fixação do *quantum* indenizatório permite que se atenda de maneira mais efetiva o papel dissuasor e reparador da indenização no direito brasileiro.

ção majoritária parece-nos alinhar-se ao entendimento de que a redução da demanda socialmente desejada, *i. e.*, a demanda eficiente para um preço competitivo, é um prejuízo experimentado pelo mercado como um todo. Nesse sentido, Posner (1975), Crane (2009), Elzinga & Breit (1976), Landes (1983) e outros.

6. A utilidade média, aqui, é calculada levando-se em conta que no ponto $d(p^m)$ a última unidade comprada possui uma utilidade de p^m para o consumidor. Esta utilidade média reduz gradualmente, até que atinge o valor p^c no ponto $d(p^c)$. Assim, a média do preço de monopólio e do preço competitivo será o valor médio da utilidade de cada unidade não vendida sempre que a função da demanda for linear. Quando a função da demanda não for linear, a média aqui utilizada representará uma aproximação do valor real de utilidade de cada unidade adicional, valor este que poderia ser calculado com precisão obtendo-se a integral abaixo da função da demanda entre os pontos p^m e p^c .

Assim, uma vez identificados e quantificados os efeitos prejudiciais causados pelo sobrepreço, incumbe ao direito encontrar soluções para a reparação desses danos.

3. O caso do cartel de combustíveis de Guaporé

3.1 Apresentação do Caso

Analisar-se-á, na presente seção, o caso do cartel de combustível no município de Guaporé/RS.⁷ Para tanto, adotam-se os modelos econômicos detalhados na seção anterior. Cumpre, pois, determinar, inicialmente, os dados necessários para a aferição matemática dos prejuízos sofridos.

3.2 Coleta de dados

Para fins de modelagem, considerar-se-á o Cartel como estando em atividade entre os anos de 1999 e 2002. Isso porque os primeiros indícios concretos de formação de cartel datam de 1999 (Estado do Rio Grande do Sul, 2007, p. 16), enquanto o marco final foi definido como o ano de início das investigações da prática por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Brasil, 2009, p. 1638). A estimativa é, pois, extremamente conservadora, pois somente considera a atuação cartelista entre a data em que se obteve provas concretas de sua existência, e considera, ainda, a imediata cessação das atividades quando do início da investigação do SBDC.

3.2.1 Preços praticados pelo Cartel e pelo mercado nacional

Inicia-se a busca pelos dados necessários a partir dos preços praticados pelo Cartel e seus respectivos contrafactuais. Sabe-se que o preço praticado pelo Cartel era de aproximadamente R\$ 1,43 em 1999 (Estado do Rio Grande do Sul, 2007, p. 24-25) e R\$ 1,98 em 2001 (Brasil, 2009, p. 43). Os preços médios nacionais para o período de 1999-2002 são, respectivamente: R\$ 1,06 (ANP, 2001, Tabela 3.20); R\$ 1,37 (*Id.*, *ibid.*); R\$ 1,74 (ANP, 2009 Tabela 3.20) e R\$ 1,73 (*Id.*, *ibid.*). Os preços cartelizados para os anos de 2000 e 2001 não estavam disponíveis. Utilizou-se, pois, como *proxy*, o percentual de sobrepreço apurado para o ano de 2002,⁸ chegando-se aos seguintes dados:

7. O caso foi analisado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica no âmbito do Processo Administrativo 08012.005495/2002-14, e a condenação para reparar os danos decorrentes da conduta foi analisada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível em Ação Civil Pública 70018714857.

8. Eleveu-se o ano de 2002 como *proxy* em razão de haver apresentado menor sobrepreço percentual. Adotou-se essa estratégia, novamente, na busca de uma estimativa comedida.

Tabela 1 – Preços nacionais e municipais para os anos de 1999-2002

	Preço de monopólio	Preço médio nacional	Sobrepço percentual
1999	R\$1,43	R\$1,06	134,91%
2000	R\$1,57	R\$1,37	114,45%
2001	R\$1,99	R\$1,74	114,45%
2002	R\$1,98	R\$1,73	114,45%

Fonte: elaboração do autor.

3.2.2 Frota de veículos no Estado do Rio Grande do Sul e no Município de Guaporé

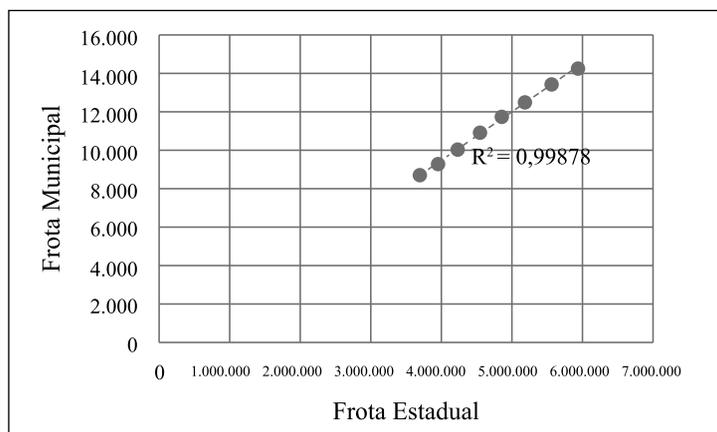
Na seção seguinte, utilizar-se-ão os dados da frota municipal de Guaporé para estimar a demanda por gasolina na cidade. Como nem todos os dados sobre a frota estão disponíveis, estima-se, nesta seção, os dados faltantes.

Estão disponíveis dados sobre a frota municipal e estadual para os anos de 2007-2014 (Denatran, 2016), bem como dados da frota estadual para o período de 1999-2002.

É necessário, portanto, obter dados sobre a frota de veículos no município para os anos de 1999-2002, que serão posteriormente utilizados como variável independente para a estimativa da demanda real nos anos em questão.

Para tanto, realiza-se uma regressão linear simples, adotando a frota municipal como variável dependente e a frota estadual como variável independente. Inicialmente, plota-se os dados disponíveis (2007-2014) em um gráfico de dispersão para verificar o grau de correlação entre as variáveis:

Figura 3 – Gráfico de dispersão entre as frotas municipal e estadual



Fonte: elaboração do autor.

Vê-se, pois, que a regressão é altamente confiável, já que se está diante de um coeficiente de determinação (r^2) de 0,99878, indicando, pois, uma fidelidade de 99,878% na explicação decorrente da regressão linear. A equação da regressão pode ser expressa por

$$y = 0,00253963x - 572,98244$$

Superada a questão da precisão da regressão proposta, tem-se a seguinte tabela, em que se indica a frota municipal para o período de 2007-2014 (Denatran, 2016) e a frota estadual para o período de 1999-2002 e 2007-2014 (Denatran, 2016). A frota municipal para os anos de 1999-2002 foi obtida pela equação de regressão demonstrada *supra*:

Tabela 2 – Frotas municipal e estadual para os períodos de 1999-2002 e 2007-2014

	Frota estadual	Frota municipal
1999	2.361.336	5.424
2000	2.548.743	5.900
2001	2.706.175	6.300
2002	2.884.540	6.753
2007	3.681.786	8.744
2008	3.932.416	9.377
2009	4.225.426	10.111
2010	4.517.467	10.942
2011	4.830.877	11.798
2012	5.174.713	12.654
2013	5.543.498	13.490
2014	5.914.212	14.350

Fonte: elaboração do autor.

3.2.3 Demanda real e demanda contrafactual

Definidos os preços praticados pelo cartel e seu respectivo contrafactual, cumpre anotar, em seguida, a quantidade comercializada pelos cartelistas – isto é, a demanda por gasolina no município de Guaporé-RS – bem como seu contrafactual. Novamente utiliza-se de um *proxy* para obter os valores desejados.

A análise partirá dos dados fornecidos pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis sobre a quantidade de gasolina comercializada

no município de Guaporé (ANP, 2016). O valor será adotado em sua integralidade pois, como se sabe, o cartel em questão era detentor de 100% do mercado municipal (Brasil, 2009, p. 1631).

Ocorre que nem todos os dados necessários para o cálculo estão disponíveis diretamente, razão pela qual adotar-se-á a estratégia estatística da regressão linear simples para suprir os dados faltantes.

Partindo-se dos dados disponíveis diretamente, quais sejam: a demanda real por gasolina no município de Guaporé e a frota de veículos daquele município, auferida sempre no mês de janeiro de cada ano (Denatran, 2016). Os dados para os anos de 2007-2014, que serão utilizados para fins de regressão, podem ser vistos na tabela a seguir:

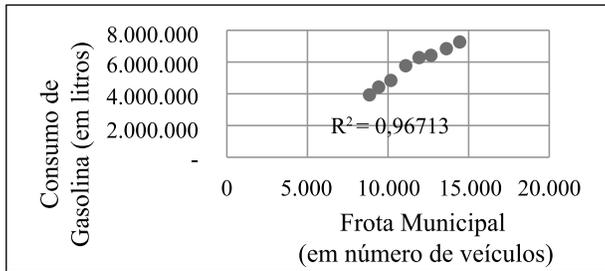
Tabela 3 – Demanda real e frota municipal para os anos de 2007-2014

	Demanda real (em litros de gasolina)	Frota municipal (em número de veículos)
2007	3.999.599	8.744
2008	4.532.632	9.377
2009	5.034.500	10.111
2010	5.883.000	10.942
2011	6.409.050	11.798
2012	6.570.500	12.654
2013	7.005.000	13.490
2014	7.383.500	14.350

Fonte: elaboração do autor.

Em seguida, plota-se um gráfico de dispersão, para verificar a correlação estatística entre os dados de demanda por gasolina e frota de veículos:

Figura 5 – Gráfico de dispersão entre frota municipal e consumo de gasolina



Fonte: elaboração do autor.

Tem-se, mais uma vez, uma regressão razoavelmente precisa, com coeficiente de determinação (r^2) de 0,96713 e a seguinte equação:

$$y = 599,729005x - 1004629$$

Aplicando a equação aos dados de frota municipal para o período de 1999-2002, tem-se a seguinte tabela:

Tabela 4 – Frota municipal e demanda por gasolina para os anos de 1999-2002

	Frota (em número de veículos)	Demanda real
1999	5424	2.248.301
2000	5900	2.533.772
2001	6300	2.773.664
2002	6753	3.045.341

Fonte: elaboração do autor.

3.2.4 Demanda contrafactual

Uma vez obtidos os dados reais para o período cartelizar, resta, somente, estimar a demanda contrafactual a fim de permitir o cálculo de prejuízos ocasionados ao mercado, nos moldes delineados nas seções anteriores.

Para estimar a demanda contrafactual, parte-se dos dados de demanda real e de elasticidade-preço da gasolina para o período analisado.

Estudos realizados no âmbito do Programa de Recursos Humanos da ANP (Roppa, 2005, p. 61) estimam a elasticidade-preço da gasolina para o período como, em módulo, 0,471758 para uma análise de curto p₁

Utilizando-se, pois, da fórmula geral da elasticidade-preço ($E_{pd} = \frac{\Delta\%Q}{\Delta\%P}$) e os valores de preço e demanda estimados anteriormente, tem-se a seguinte demanda contrafactual para os anos analisados.

Tabela 5 – Demanda contrafactual para o período analisado

	Demanda contrafactual
1999	2,691,513.27
2000	2,721,179.14
2001	2,975,335.93
2002	3,268,140.30

Fonte: elaboração do autor.

3.3 Estimativa de prejuízo alocativo e distributivo

Estimados todos os valores desconhecidos, utilizar-se-ão, agora, as fórmulas descritas no item 2.2 deste trabalho para estimar os prejuízos alocativos e distributivos do Cartel analisado para o período de 1999-2002.

O prejuízo distributivo – isto é, a quantia que o grupo cartelista percebeu ilicitamente de seus consumidores – é calculado como o produto da quantidade efetivamente vendida e do sobrepreço praticado.

O prejuízo alocativo – aquele prejuízo causado ao mercado por conta da ineficiência de mercado gerada pelo cartel e juridicamente reparável pela figura dos danos morais coletivos –, por seu turno, é calculado como metade do produto da quantidade que se deixou de vender e do sobrepreço praticado.

Tabela 6 – Prejuízos distributivo e alocativo no período de cartel

	Prejuízo distributivo	Prejuízo alocativo
1999	R\$831,871.42	R\$81,994.25
2000	R\$506,754.43	R\$18,740.70
2001	R\$693,415.93	R\$25,209.03
2002	R\$761,335.24	R\$27,849.92

Fonte: elaboração do autor.

3.4 Da fixação do dano pelo acórdão de apelação em ação civil pública

Desse modo, tem-se que o prejuízo alocativo ocasionado pelo cartel (isto é, aquele prejuízo apto a ser reavido pela via da indenização por dano moral coletivo) é da ordem de R\$ 150.000,00.

Ao verificar o acórdão que analisou o caso, vê-se que, apesar de a decisão ter tecido extensa fundamentação sobre os aspectos do mercado, abordando sua dimensão geográfica e de produto, bem como levando em consideração o *market share* dos envolvidos e ainda a possibilidade de existência de paralelismo consciente, ao fixar o valor do dano moral coletivo, limitou-se o acórdão a manter o valor arbitrado na origem, de R\$ 20.000,00. O juiz de primeiro grau, por seu turno, fixou o valor sem amparo em qualquer análise mais adensada.

Não se pode, contudo, acreditar que os danos morais coletivos decorrentes do ilícito antitruste, assim como outros danos morais coletivos, não é passível de quantificação. Ainda que alguns direitos transindividuais não possam ser adequadamente quantificados, como o meio ambiente e a moralidade pública, não se pode estender o entendimento ao direito a um mercado pautado pela livre concorrência.

Isso porque, como se viu, ao violar a livre concorrência por meio de fixação de preços, os agentes econômicos causam um dano ao mercado que, apesar de não ser incorporado ao patrimônio daquele que comete o ilícito, é plenamente quantificável para o mercado.

Desse modo, verifica-se que o valor arbitrado pelo Judiciário no caso não é capaz de reparar sequer 20% do dano efetivamente causado. Ainda que a iniciativa em reconhecer o mercado saudável como direito difuso seja louvável, a sua defesa pressupõe o arbitramento de indenizações condizentes com os prejuízos causados, sob pena de tornar a indenização inefcaz, seja por não reparar efetivamente o dano, seja por não atingir seu objetivo dissuasório.

4. Conclusão

Este é, pois, o papel da economia nas ações de indenização de ilícitos anticoncorrenciais: servir de instrumento de quantificação ao julgador para permitir a melhor adequação do valor arbitrado com a realidade dos fatos.

O aprimoramento da técnica judiciária na análise dos casos envolvendo indenizações decorrentes de ilícitos concorrenciais, com a incorporação de fermentas interdisciplinares, permitirá, cada vez mais, o fortalecimento da defesa da concorrência, na medida em que a responsabilização na seara civil se somará às já consolidadas responsabilidades penal e administrativa criando mais um desincentivo às práticas anticoncorrenciais.

Necessita-se, contudo, de maiores pesquisas na área, englobando um número estatisticamente significativo de casos e de diversos Tribunais. Com efeito, é indispensável traçar um panorama geral da atual situação brasileira para que se possa propor medidas e estratégias eficazes.

Referências Bibliográficas

- ANP. *Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo e do Gás Natural 2001*. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?pg=82346&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&1474246597642>. Acesso em: 2 set. 2016.
- ANP. *Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo e do Gás Natural 2009*. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?pg=82346&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&1474246597642>. Acesso em: 2 set. 2016.
- ANP. *Vendas anuais de etanol hidratado e derivados de petróleo por município*. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?pg=78003&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&1446929908402>. Acesso em: 2 set. 2016.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Administrativo 08012.005495/2002-14. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, 31 de agosto de 2011.
- CLARK, Emily; HUGHES, Mat; WIRTH, David. Analysis of economic models for the calculation of damages. *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*. Ashurst, 2004.
- DENATRAN. *Frota de veículos*. Disponível em: <http://www.denatran.gov.br/frota.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível em Ação Civil Pública 70018714857. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, 12 de julho de 2007.
- HARRINGTON, Joseph E. How Do Cartels Operate? *Foundations and Trends in Microeconomics*, v. 2, n. 1, p. 1-105, 2006.
- HELLWIG, Martin. Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economists's Perspective. *Conference on Private Enforcement in Antitrust*, 2006.
- LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. What Determines Cartel Success? *Economics Department Working Paper Series*, v. 90, 2002.
- ROPPA, Bruna Fontes. *Evolução do consumo de gasolina no Brasil e suas elasticidades: 1973 a 2003*. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2005.
- VELJANOVSKI, Cento. The Economics of Cartels. *Finnish Competition Law Year Book 2006*, 2007.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2016 – 1ª COLOCADA –
PÓS-GRADUAÇÃO

CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO POR *SHOPPING* *CENTERS* COMO CONDUTA ANTICOMPETITIVA

Metodologias de análise no contexto
brasileiro

PATRÍCIA SERSON DELUCA

Resumo: A imposição de cláusula de raio por *shopping centers* em contratos de locação com lojistas, embora seja usual no Brasil, é prática que vem sendo combatida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade na medida em que pode configurar infração à ordem econômica, nos termos da legislação concorrencial brasileira. Considerando os debates recentes do Tribunal Administrativo do Cade sobre o assunto, este trabalho tem por objetivo analisar a evolução da jurisprudência do órgão, com especial foco nas possíveis metodologias de análise a serem adotadas: ilicitude *per se*, análise formal e regra da razão.

Palavras-chave: Cláusula de raio – *Shopping center* – Conduta anticompetitiva – Ilicitude *per se* – Regra da razão.

Keywords: Radius clause – Shopping mall – Anticompetitive conduct – Per se violation – Rule of reason.

Introdução

No Brasil, a aglomeração de grandes centros comerciais (ou *shopping centers*) em áreas de elevada densidade demográfica costuma ser regra. Na cidade

de São Paulo, por exemplo, capital mais populosa do Brasil,¹ são 52 *shoppings* em operação, com estimava de outros dois concluídos até o final do ano de 2016.² Dada a relativa proximidade em que esses centros de compra estão localizados, tornou-se bastante comum a inclusão de “cláusulas de raio” nos contratos de locação firmados entre os *shopping centers* e os lojistas que ali se instalam.

Em essência, a cláusula de raio impõe ao lojista-locatário uma obrigação de não fazer, que o impede de se estabelecer em locais próximos ao empreendimento, outros *shoppings*, ou mesmo em lojas de rua, implicando, assim, exclusividade territorial. Por ser um dispositivo contratual que restringe a atuação do lojista, muito se questiona sobre a abusividade na utilização de tais cláusulas, em alusão ao princípio constitucional da livre concorrência e da livre-iniciativa.

Sob a perspectiva concorrencial, a cláusula de exclusividade adstrita a determinada área é tida como uma restrição vertical. Isso porque empreendimento e lojista podem ser considerados elos subsequentes da cadeia e, mais que isso, há uma transferência do direito de decidir sobre a área em que o lojista vai atuar.³ Sendo assim, a prática é potencialmente lesiva ao ambiente competitivo, pois pode levar ao fechamento de mercado e à criação de dificuldades ao funcionamento de concorrentes. Por outro lado, justificativas econômicas podem legitimar a adoção desse tipo de cláusula, uma vez que ela pode gerar eficiências, tais como a garantia do retorno do investimento e a coibição do comportamento oportunista de lojistas.

Diante disso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), órgão responsável pela repressão a condutas anticompetitivas, tem adotado como metodologia para a análise da licitude da cláusula de raio a regra da razão.

1. Fonte: IBGE. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/pdf/analise_estimativas_2014.pdf. Acesso em: 17 set. 2016. Em 2010, São Paulo possuía 11.253.503 habitantes e tinha uma densidade demográfica de 7.398,26 habitantes/km². Fonte: IBGE. Disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=355030>. Acesso em: 9 set. 2016.
2. Dados da Associação Brasileira de Shopping Centers – ABRASCE, atualizado até 24.08.2016. Disponível em: <http://www.portaldoshopping.com.br/monitoramento/numeros-nas-capitais>. Acesso em: 9 set. 2016.
3. AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito econômico concorrencial*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199.

Recentemente, porém, o Tribunal do Cade debateu a possibilidade de adotar outras abordagens para o exame desse tipo de conduta. A mais severa delas seria configurar o estabelecimento de cláusulas de raio como prática anticompetitiva *per se*, determinando-se a total vedação a obrigações dessa natureza.⁴ Outra metodologia proposta foi a aplicação de uma presunção relativa de ilicitude, o que significa dizer que o Cade, ao constatar a existência da conduta, presumirá que esta seja ilícita, mas abrirá oportunidade para que o acusado apresente prova em contrário, demonstrando, por exemplo, que não detinha posição dominante ou indicando as eficiências resultantes da prática.⁵

O presente trabalho objetiva, assim, identificar as abordagens aplicadas para a caracterização da cláusula de raio por *shopping centers* em contratos de locação com lojistas como infração à ordem econômica, nos termos da Lei 12.529/2011, Lei de Defesa da Concorrência brasileira (“LDC”), percorrendo a análise dos precedentes do Cade que envolveram a questão para, então, apontar os possíveis desdobramentos decorrentes da adoção de uma ou de outra metodologia.

Inicialmente, na Seção II, serão apresentadas as possíveis metodologias para a análise concorrencial de condutas. A Seção III endereçará a questão especificamente quanto à cláusula de raio. Em seguida, a Seção IV se destina a analisar a evolução da jurisprudência do Cade sobre o tema e, por fim, a Seção V contém as conclusões do estudo aqui proposto.

1. A caracterização do ilícito antitruste: abordagens per se, análise formal e regra da razão

Tendo em vista as discussões recentes travadas no Tribunal Administrativo do Cade, é importante ter claros os pressupostos de cada um dos métodos propostos para a análise de cláusula de raio em contratos de locação com *shopping centers*. Nesse sentido, será feita a seguir uma breve descrição dessas abordagens e de suas origens.

A definição de violações antitruste surgiu, no direito norte-americano, a partir da regra contida no art. 1º do *Sherman Act*, que prevê que qualquer

4. Aliás, discussões sobre a proibição da cláusula de raio têm sido travadas não apenas no âmbito do Cade, mas também nos Poderes Legislativo e Judiciário. Por exemplo, está atualmente em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei 214, de 2009, de autoria do Senador Valdir Raupp, que tem por objetivo proibir a cláusula de raio, por meio de alterações na Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato).
5. Como será visto na Seção II, esse método é bastante próximo à análise do ilícito pelo objeto ou “formal-based approach”, adotado no contexto europeu.

acordo que restrinja o comércio entre os Estados ou com as nações estrangeiras é ilícito.⁶ Devido à amplitude da norma, após longo debate nos tribunais estado-unidenses, firmou-se entendimento de que a ela deveria ser dada interpretação restritiva, já que haveria certas práticas que, embora pudessem representar algum grau de restrição à concorrência, também gerariam benefícios à competição e ao bem-estar do consumidor. Em relação a essas, portanto, seria aplicada a *rule of reason* (ou regra da razão). Segundo o princípio da razoabilidade, para se concluir quanto à ilicitude de determinada prática supostamente anticompetitiva, devem ser ponderados os efeitos deletérios e os possíveis benefícios, a exemplo das eficiências econômicas, que dela puderem advir.

Por outro lado, certas condutas sempre serão desarrazoadas, aplicando-se a elas a regra da proibição. Diz-se *per se* a conduta que configura um ilícito concorrencial por si só, isto é, são atos que sempre implicarão restrição não razoável da concorrência. Os potenciais efeitos lesivos ao ambiente competitivo resultantes da prática são tão graves que não haveria qualquer justificativa econômica capaz de concluir pela sua permissão. Isso significa que, uma vez caracterizada a conduta – por exemplo, se provada a existência de certo acordo anticoncorrencial –, esta merecerá repressão por parte do órgão antitruste, não sendo necessário analisar os efeitos ao mercado dela decorrente.⁷

Na União Europeia, diferentemente, a legislação concorrencial introduziu dois conceitos para a caracterização da infração: ilícito pelo objeto e pelos efeitos. Nos termos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE, serão proibidos quaisquer acordos que afetem o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objeto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.⁸

6. Tradução livre de: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”.
7. Segundo Paula Forgioni: “A ilicitude *per se* desobriga a autoridade antitruste de realizar uma análise mais profunda do ato praticado e do seu contexto econômico: a partir do momento em que uma conduta é tomada como ‘ilícita *per se*’ e considerada restritiva da concorrência, de forma não razoável, deverá ser repudiada” (FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 199).
8. Art. 101, TFUE: “The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which [...]”.

Muito embora num primeiro momento a classificação europeia possa se assemelhar à dicotomia ilícito *per se*/regra da razão do direito norte-americano, a rigor, há uma diferença fundamental entre o dito *ilícito pelo objeto e o ilícito per se*: na Comissão Europeia, sempre se admite a possibilidade de que haja justificativas objetivas para a conduta,⁹ enquanto a Corte Americana refuta que sejam possíveis quaisquer defesas para a licitude da prática.¹⁰ Sobre a diferenciação entre essas duas abordagens adotadas por uma e outra jurisdição,¹¹ bem explicou Alexander Italianer, então Diretor-Geral de Concorrência da Comissão Europeia, em discurso proferido em dezembro de 2014:

Para condutas “por natureza”, nos termos dos artigos 101 e 102, a defesa de eficiências continua disponível. Essa possibilidade de as partes apresentarem argumentos de eficiência também em casos de conduta “por natureza” é uma importante diferença em relação ao modo pelo qual as cortes americanas vêm interpretando a *Section 1* do *Sherman Act*. É por isso que não é correto equiparar a noção europeia de “anticompetitivo por objeto” ou “por natureza” à noção de “ilícito *per se*”.¹²

9. Nesse sentido, bem explica Wouter Wills: “Indeed, contrary to US antitrust law, EU antitrust law does not contain any *per se* prohibitions. Article 101 TFEU always allows for the possibility of justification under Article 101(3) TFEU, and the application of Article 102 TFEU is also always subject to the possibility of objective justification” (WILLS, Wouter P. J. The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called “more economic approach” to abuse of dominance. *World Competition: Law And Economics Review*, v. 37, n. 4, p. 25, set. 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407. Acesso em: 9 set. 2016).
10. Veja, nesse sentido decisão no caso Northern Pacific Railway vs. United States (1958): “There are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use”.
11. Wills também elucida, ao tratar especificamente da prática de descontos exclusivos: “It is often said that the EU case-law on abuse of dominance is ‘form-based’, with the strong suggestion that this is something undesirable. It is far from clear what exactly is meant by the case-law being ‘form-based’. If it means that the EU case-law *per se* prohibits the use of exclusivity rebates or other practices by dominant undertakings, it is based on a misreading of that case-law, because the case-law always provides for the possibility of objective justification” (idem, p. 20).
12. ITALIANER, Alexander. *The Object of Effects*. CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy Brussels, 10 December 2014. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf. Acesso em: 2 set. 2016. Tradução livre de: “For ‘by nature’ conduct under

A LDC, com clara influência no regulamento europeu, também adotou as noções de “por objeto” e de “efeito potencialmente gerado” para a caracterização de atos que podem configurar infração à ordem econômica, conforme seu art. 36. Assim, em regra, a adoção de uma abordagem *per se* seria inadmissível no contexto brasileiro.¹³

Apesar disso, na importação desses conceitos ao direito pátrio, atribui-se, no mais das vezes, igual significado às expressões “ilícito *per se*” e “ilícito pelo objeto”. Um exemplo disso pode ser observado no excerto a seguir, extraído de Nota Técnica da Superintendência-Geral do Cade:¹⁴

[...] O que se tem, portanto, é que uma conduta é anticompetitiva se (i) tiver objeto lícito, mas possuir potencialidade lesiva ou (ii) se tiver objeto ilícito. A interpretação desta estrutura normativa permite, pois, que se possa classificar as condutas em dois tipos: condutas por objeto e condutas por efeitos.

O resultado prático e útil desta classificação na aplicação da lei antitruste é evidente. Quando uma conduta for considerada anticompetitiva porque possui objeto ilícito, ou seja, sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais, existe uma presunção de ilegalidade, aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra *per se*. Neste caso, frise-se, a mera existência de uma conduta com determinado objeto é anticompetitiva, não sendo necessárias análises posteriores sobre efeitos ou detalhadas sobre o mercado.

Essa aparente confusão entre os termos utilizados para identificar a metodologia de análise a ser empregada em cada caso pode resultar em conclusões diversas quanto à licitude de determinada prática.

Como visto, a caracterização do ilícito pelo objeto, ou análise formal, consiste em atribuir à conduta uma presunção de ilicitude, já que teria, por natureza, a característica de restringir a concorrência. No entanto, essa presunção é relati-

both 101 and 102 the efficiency defence remains available. This possibility for parties to raise efficiency arguments also in cases of ‘by nature’ conduct is an important difference to the way US courts have been interpreting Section 1 of the Sherman Act. This is why it is not accurate to equate the European notion of ‘anti-competitive by object’ or ‘by its nature’ with the notion of ‘per se illegal’”.

13. Paula Forgioni afirma que “no Brasil, não há “infração *per se*”, pois as condutas do § 3o, para serem declaradas ilícitas, necessitam da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo caput do art. 36” (FORGIONI, Paula Andrea. Op. cit., p. 133).
14. Nota Técnica SG/Cade 17/2016, emitida no âmbito do Processo Administrativo 08012.000774/2011-74.

va, uma vez que se admite a existência de justificativas econômicas, objetivamente identificáveis, que poderiam compensar os efeitos deletérios à concorrência.

O Cade já adotou, em precedentes, análise baseada na presunção relativa de ilicitude, ou seja, uma análise mais formalista, ao tratar de outra restrição vertical: a fixação de preço de revenda. Em caso paradigmático, em que foi investigada e condenada a empresa SKF do Brasil Ltda.,¹⁵ estabeleceu-se esse novo padrão para avaliação da regularidade de políticas comerciais desse tipo.

O efeito prático da adoção dessa abordagem é a possibilidade de inversão do ônus da prova: enquanto na análise pela regra da razão “clássica” cabe à autoridade provar que não há eficiências capazes de superar os prejuízos à concorrência; na análise formal, a existência de justificativas econômicas para a licitude da prática deve ser apresentada pela parte investigada.

Tendo sido apresentadas as possíveis abordagens para a caracterização do ilícito concorrencial, passa-se agora à identificação da cláusula de raio como conduta anticompetitiva.

2. Cláusula de raio como conduta anticompetitiva

O estabelecimento de cláusula de raio em contratos de locação entre *shopping centers* e lojistas é uma restrição vertical e, como tal, poderá ser considerada um ilícito concorrencial na medida em que, em determinadas circunstâncias fáticas, resultar em prejuízos à concorrência e em redução do bem-estar do consumidor.¹⁶ No entanto, dela também podem decorrer eficiências econômicas, devendo ser analisada, portanto, pela regra da razão. Esse é o posicionamento majoritário da doutrina, tanto pátria como internacional, sendo esta bastante enfática quanto à impossibilidade de se admitir a cláusula de raio como violação *per se* da legislação concorrencial. Note-se o entendimento de Massimo Motta:¹⁷

[...] restrições verticais e integrações verticais possuem diversos fatores de eficiência: embora em certas circunstâncias possam causar efeitos anticompetitivos, uma proibição *per se* seria claramente inapropriada, já desconsideraria efeitos de eficiência que prevalecem na maioria dos casos. A regra da razão parecer ser certamente mais aconselhável.

15. Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 21.02.2013.

16. AZEVEDO, Paulo Furquim de. Op. cit., p. 207.

17. MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2004. p. 377. Tradução livre de “vertical restraints and vertical mergers have a number of efficiency features: although in some circumstances they might have some anti-competitive effects, a *per se* prohibition rule would clearly be inappropriate, since it would forego efficiency effects which are likely to dominate in most cases. A rule of reason appears certainly more advisable”.

A razão para se refutar a proibição *per se* da utilização de cláusulas de raio está na existência de justificativas econômicas. A primeira e mais facilmente compreendida, trata-se da garantia do retorno do investimento realizado na construção do *shopping center*, o que seria justificado pelo alto risco do negócio.¹⁸

Além disso, também se reconhece que a cláusula evita o comportamento oportunista do lojista, o chamado efeito *free rider*. Explica-se: o pagamento do aluguel pelo lojista contém uma parcela fixa e outra variável, que depende do fluxo de clientes e do faturamento das lojas. Assim, se o lojista instala outra loja em região próxima ao centro comercial e consegue atrair a clientela, desviando os consumidores do empreendimento, exime-se do pagamento da parcela variável do aluguel, prejudicando o coletivo (*shopping center* e demais lojistas).¹⁹

Por fim, outra justificativa utilizada nesse caso é a preservação do *tenant mix*, ou seja, da combinação de lojas e atrações do *shopping center*. Quando do desenvolvimento do projeto do empreendimento, o administrador realiza um estudo de viabilidade, levando em conta a localização, o público alvo, entre outras variáveis, visando congregar uma cesta de lojas adequada para tornar o empreendimento o mais rentável possível, de forma a maximizar as sinergias.²⁰ O *tenant mix* constituiria, assim, um elemento diferenciador, em especial em relação às lojas âncoras de cada *shopping*, que mereceria especial proteção, assemelhando-se à ideia de inovação e propriedade intelectual.

Não obstante, a potencialidade e a gravidade dos efeitos negativos que podem resultar da adoção de cláusula de raio são também bastante claros. As principais preocupações concorrenciais, nesse caso, são o fechamento do mercado e a elevação das barreiras à entrada, com a criação de dificuldades ao

-
18. A admissibilidade dessa justificativa é, porém, questionável, sob o ponto de vista do Direito da Concorrência. Destacou o Conselheiro João Paulo de Resende, em seu voto vista no Processo Administrativo 08012.012740/2007-46: “Para as demais atividades econômicas que não se enquadram como monopólio natural, o risco deve ser entendido como parte do negócio, cabendo aos empreendedores encontrar formas de rentabilizar seus investimentos sem ferir a livre concorrência. Nesse sentido, [...] as cláusulas de raio não podem levar a situações em que sejam admitidos legalmente como monopólios empreendimentos que não reúnem as características econômicas para tanto”.
 19. Sobre o assunto, o Conselheiro Luis Rigato Vasconcellos traçou importante diferenciação em relação ao comércio de rua e a outros shopping centers, ao julgar o caso Shopping Iguatemi. Segundo ele, as alegações de comportamento oportunista não encontrariam respaldo quando se trata de shopping concorrente, uma vez que também este deve oferecer facilidades semelhantes às oferecidas pelo Iguatemi.
 20. CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 10, n. 3, 2003.

funcionamento e estabelecimento de concorrentes. Isso porque, como visto, a diversidade das lojas presentes no *shopping center* é fator essencial para o empreendimento. Ao restringir a territorialidade em que determinadas lojas atuam, limita-se o acesso de novos *shopping centers*, entrantes no mercado, a esses lojistas. Além disso, pelo lado do lojista, há uma restrição à livre concorrência e à livre-iniciativa, muitas vezes desproporcional, já que o direito de decisão sobre onde instalar novas unidades é transferido ao agente a montante.²¹

A licitude da conduta dependeria, assim, da razoabilidade da cláusula em si, isto é, qual sua abrangência, em termos materiais, temporais e dimensionais²² que guardariam proporcionalidade com as justificativas econômicas identificadas. Uma cláusula estabelecida dentro dos limites não levará ao abuso da posição dominante, vez que não terá potencialidade de produzir efeitos anticompetitivos.²³

No que se refere à extensão do raio, se este for pequeno o suficiente para evitar o comportamento oportunista do lojista e, ao mesmo tempo, gerar menores prejuízos à concorrência, a cláusula deve ser permitida. De maneira semelhante, a duração da cláusula deve ser o tempo necessário para garantir o retorno do investimento inicial e o estabelecimento da clientela, descartando-se prazos indeterminados ou excessivamente longos. Ainda, quanto às especificações objetivas da cláusula, não se devem admitir previsões contratuais que extrapolem sua razão de ser, como, por exemplo, ampliando-se o ramo de atividade e a marca sujeitos à exclusividade territorial.

3. Evolução da jurisprudência do Cade²⁴

Estabelecidas as premissas quanto às abordagens para a análise de condutas unilaterais anticompetitivas, especificamente sobre restrições verticais, e quanto à visão geral da imposição de cláusula de raio como ilícito concorren-

21. AZEVEDO, Paulo Furquim de. Op. cit., p. 229.

22. Ou, como prefere Fábio Konder Comparato, a licitude de restrições convencionais de concorrência será enquadrada dentro de limites precisos de objeto, de tempo e de espaço (COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXXIV, n. 97, p. 23-28, 1995).

23. O mesmo se diz da cláusula imposta por agente que não detém posição dominante no mercado. Como bem explica Paulo Furquim, é o caso, por exemplo, de restrições verticais estabelecidas em contratos de franquia de redes de médio ou pequeno porte. Nesse caso, não se vê atendido o requisito de dominância e, portanto, não terá potencialidade de causar efeitos negativos à concorrência (AZEVEDO, Paulo Furquim de. Op. cit., p. 209).

24. O Apartado de Jurisprudência contém quadro que sintetiza os precedentes do Cade que envolveram a análise da conduta de imposição de cláusula de raio e que foram analisados para a elaboração do presente artigo.

cial, passa-se a tecer considerações sobre a jurisprudência do Cade, com foco em identificar os métodos de análise empregados em cada caso. Para tanto, será feito um recorte dos precedentes do Cade em dois blocos distintos, de acordo com o momento em que foram julgados, em razão das diferenças identificadas na análise entre os casos mais antigos e mais recentes.

O primeiro bloco abrange os processos administrativos instaurados no final dos anos 90 e início dos anos 2000 e julgados entre 2005 e 2007. Trata-se de investigações que resultaram na condenação dos *shoppings* Iguatemi²⁵ e Center Norte, ambos localizados na cidade de São Paulo.

O segundo bloco é formado pelos casos examinados de 2015, quando a questão da cláusula de raio voltou a estar na pauta de julgamento do órgão antitruste, até setembro de 2016.²⁶ Destaca-se que desse conjunto, houve apenas um caso de condenação em relação a sete *shopping centers* de Porto Alegre e suas administradoras. Um processo foi arquivado em função da incidência de prescrição intercorrente e um terceiro teve como desfecho a celebração de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (“TCC”), por meio do qual o North Shopping Fortaleza se comprometeu a reformular a cláusula prevista no contrato de locação, restringindo o seu raio de exclusividade e limitando seu

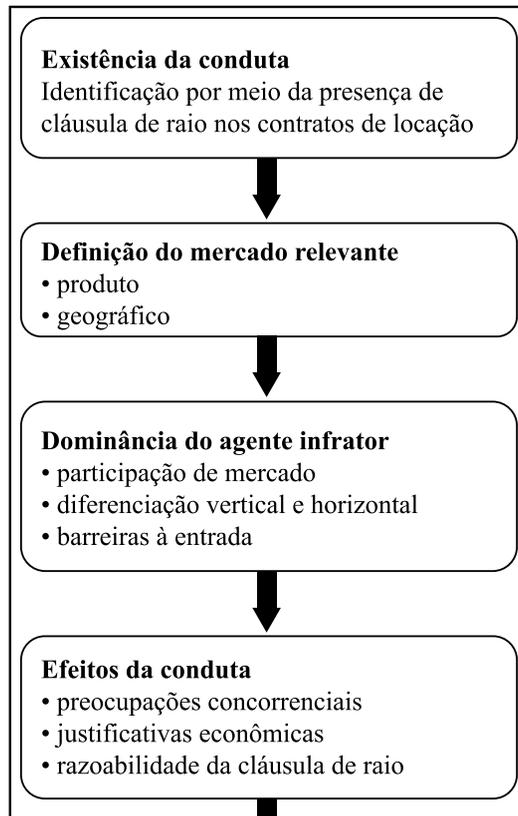
25. Em verdade, o Shopping Iguatemi já havia sido condenado, em 2003, por prática de imposição de restrição vertical a lojistas (Processo Administrativo 08012.009991/1998-82). No entanto, a cláusula em discussão naquele caso, não se tratou de cláusula de raio propriamente dita, uma vez que impunha exclusividade a lojas de grife, que não poderiam se instalar em outros shoppings de alto padrão da capital paulista. Muito embora as conclusões acerca dos efeitos da cláusula de exclusividade sejam bastante próximas às relacionadas à cláusula de raio, esse precedente não será analisado no detalhe no presente artigo. Digno de nota, ainda, que no julgamento do segundo caso, em 2007, o shopping foi considerado reincidente, sendo aplicada multa em patamar superior como consequência.
26. Em 2010 e 2014, dois outros procedimentos sob análise do Cade versaram sobre cláusulas de restrição vertical envolvendo shopping centers, mas não serão aqui analisados profundamente. O primeiro deles por que tratou do julgamento de Requerimento de TCC (Requerimento 08700.003933/2009-10), em que o Shopping Jardim Sul propôs acordo para arquivamento do Processo 08012.012081/2007-48 em relação a ele. Referido processo, que será objeto de análise deste artigo, posteriormente, veio a ser arquivado em relação aos demais shoppings representados, pela verificação de incidência de prescrição intercorrente. O segundo, pois versou sobre a imposição de cláusula restritiva por parte da rede de lanchonete McDonald’s, que impedia a instalação de unidade de seu concorrente Bob’s em uma das praças de alimentação do Shopping Iguatemi de Porto Alegre, denominada “gourmet center” (Processo Administrativo 08012.000751/2008-64). Esse processo também foi arquivado em função da ocorrência de prescrição intercorrente, já que o Cade deixou de praticar atos instrutórios por um período superior a três anos.

prazo, além de recolher contribuição pecuniária. Houve ainda uma Consulta, realizada pelo Shopping Center Norte que, contudo, foi arquivada por perda do objeto, já que a consulente requereu a desistência do feito.

Bloco I:

Embora contenham algumas diferenças analíticas, os votos dos Conselheiros Relatores Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (Shopping Center Norte²⁷) e Luis Fernando Rigato Vasconcellos (Shopping Iguatemi²⁸), norteadores das decisões do Conselho nos respectivos processos, podem ser agrupados, para a finalidade didática aqui proposta, por terem seguido etapas bastante similares.

Em máxima síntese, o passo a passo do exame feito pelos conselheiros pode ser assim representado:



27. Processo administrativo 08012.002841/2001-13, julgado em 19.01.2005.

28. Processo administrativo 08012.006636/1997-43, julgado em 04.09.2007.

Sem adentrar na análise de mérito dos casos, a metodologia adotada remonta claramente aos critérios básicos de análise estabelecidos no Guia anexo à Resolução Cade n. 20, de 9 de junho de 1999:²⁹ o primeiro passo consiste na caracterização da conduta, seguindo-se à análise da detenção de posição dominante no mercado relevante por parte da empresa investigada. Na sequência, de acordo com o Guia, devem ser avaliados os efeitos (reais ou potenciais) negativos à concorrência decorrentes da conduta e, por último, ponderação entre os efeitos negativos e as justificativas econômicas (eficiências) visando obter os efeitos líquidos da conduta.

Desnecessário mencionar, portanto, que o exame desses precedentes seguiu a regra da razão. Nesse sentido, o próprio Guia indica que deve ser aplicado, na análise de práticas restritivas, o princípio da razoabilidade, avaliando seus efeitos anticompetitivos e ponderando-os *vis-à-vis* seus possíveis benefícios compensatórios. Destaca-se também trecho do voto do relator Roberto Pfeiffer no caso Center Norte:

[...] resta claro que o tratamento de tais cláusulas não deve ser *per se*, seja para concluir pela sua licitude, seja para aduzir a sua licitude (*sic*). Assim, será justamente a partir da análise da razoabilidade do teor e modo de implementação da cláusula operada pelo Shopping Center Norte e de seus efeitos sobre o mercado relevante em questão que será efetivada a análise de sua licitude frente à lei de proteção da concorrência.

Em ambos os processos, concluiu-se pela condenação nos *shopping centers* por infração à ordem econômica consubstanciada na limitação ao acesso de novas empresas ao mercado e na criação de dificuldades ao desenvolvimento de concorrentes (conforme art. 21, IV e V, da Lei 8.884/94, então vigente), efeitos esses não compensadas pelas eficiências alegadas. Ao Center Norte e ao Iguatemi foram impostas multas correspondentes a 1% e 2% de seu faturamento anual bruto, respectivamente, além da imediata cessação da conduta, por meio da retirada da cláusula de raio de todos os contratos de locação semelhantes.³⁰⁻³¹

29. Embora a Resolução 20 tenha sido expressamente revogada pela Resolução 45, os guias sobre práticas restritivas que constam como anexos continuam em vigor.

30. Em razão da agravante de reincidência, conforme indicado na nota 25 supra.

31. Foram ainda estabelecidas penalidades acessórias, como a publicação do extrato da decisão em jornal de grande circulação, multa diária em caso de descumprimento e a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

Bloco II:

A primeira proposta de alteração da forma de se examinar cláusulas de raio surgiu por recomendação da Superintendência-Geral do Cade. Ao emitir notas técnicas relativas aos processos que investigavam *shoppings* localizados na cidade de São Paulo³² e de Porto Alegre,³³ a Superintendência sugeriu que fossem estabelecidos parâmetros para a análise da razoabilidade da cláusula.

Os critérios recomendados diziam respeito aos três aspectos principais de abrangência da cláusula: objeto, espaço e tempo. Quanto à questão territorial, considerou-se razoável a cláusula que atingisse um raio de até dois quilômetros. Já as cláusulas com extensão superior a cinco quilômetros de raio não deveriam ser aceitas, tendo em mente o padrão de densidade populacional das cidades brasileiras. O raio com extensão entre dois e cinco quilômetros ensejaria uma análise casuística, valendo-se da regra da razão.

Em relação ao objeto da cláusula de raio, seriam aceitas apenas as cláusulas que estivessem limitadas aos controladores da locatária, isto é, não fossem estendidas aos seus demais sócios, bem como à marca utilizada no empreendimento, sem que haja restrição quanto à exploração de marca diversa, ainda que no mesmo ramo de atividade.

O aspecto temporal, ainda, estaria adstrito a um prazo de cinco anos.³⁴

Apesar de a Superintendência-Geral ter pugnado pela condenação das representadas em ambos os casos, em relação aos *shoppings* de São Paulo,

32. Processo Administrativo 08012.012081/2007-48, julgado em 11.11.2015. Representados: Saphyr Administradora de Centros Comerciais S.A. (Shopping Villa-Lobos), Condomínio Pro-Indiviso Shopping Villa-Lobos, Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. (Morumbi Shopping), Condomínio Morumbi Shopping, Brookfield Brasil Shopping Centers Administradora Ltda. (nova denominação de Plaza Shopping Administradora Ltda. – Shopping Pátio Higienópolis) e Condomínio Comercial Shopping Pátio Higienópolis.
33. Processo Administrativo 08012.012740/2007-46, julgado em 31.08.2016. Representados: Administradora Gaúcha de Shopping Center S/A; Companhia Zaffari Comércio e Indústria; Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda.; Isdralit Indústria e Comércio Ltda.; Shopping Rua da Praia Ltda.; Condomínio Civil Shopping Center Iguatemi Porto Alegre; Condomínio Shopping Moinhos (Fundo de Investimento Imobiliário Pateo Moinhos de Vento); Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Iguatemi Empresa de Shopping Centers S/A; Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas; Br-Capital Distribuidora de Títulos de Valores Mobiliários S/A; e Niad Administração Ltda.
34. Aqui, fez-se um paralelo com as cláusulas de não concorrência que, de acordo com a jurisprudência consolidada do Cade, são consideradas legítimas se limitadas a um prazo máximo de cinco anos.

como já mencionado, o processo foi encerrado sem julgamento do mérito, já que foi admitida a ocorrência de prescrição intercorrente, como indicado pelo Ministério Público Federal (“MPF”) e pela Procuradoria Federal junto ao Cade.

Já no julgamento do processo envolvendo os centros comerciais de Porto Alegre, a discussão ganhou novos contornos. O Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, de forma conservadora, optou por analisar a questão sob a regra da razão, caso a caso, sem observar os parâmetros sugeridos pela Superintendência-Geral.³⁵ Assim, prosseguiu à definição de mercado relevante, à identificação da existência de poder de mercado³⁶ e aos efeitos da conduta, verificando se haveria razoabilidade na cláusula estabelecida por cada um dos *shopping centers* representados. Ao final, o Conselheiro explicita que o ônus da prova sobre a razoabilidade das dimensões das cláusulas adotadas foi invertido, para que as investigadas justificassem os benefícios advindos da conduta, o que não ocorreu. Nesse cenário, por entender que houve prática de ilícito anticoncorrencial, o relator concluiu pela condenação dos *shoppings* e (de suas administradoras) que possuíam cláusula de raio em contratos de locação, com a imposição de multa que totaliza mais de 15 milhões de reais.

A inversão do ônus da prova abriria margem para uma análise mais formalista da cláusula de raio, já que as preocupações concorrenciais são inerentes à prática, cabendo ao investigado provar a existência de justificativas econômicas. Sobre a questão, o Conselheiro João Paulo de Resende assim se manifestou:

Como vimos, em maior ou menor grau, a depender do nível de fechamento do mercado, a simples presença da cláusula produz risco concorrenciais. Isso posto, julgar pela sua legalidade no caso específico requer que se comprove que seus efeitos positivos têm o condão de contrabalançar tal impacto negativo, gerando, portanto, efeitos líquidos em prol do consumidor final.

35. Nos termos do voto (p. 18): “Para a realização da análise da suposta ilicitude da conduta e por se tratar de uma restrição vertical, optei por uma postura conservadora de análise sob a regra da razão e de efeitos da conduta. Cumpre destacar, que a opção por aplicação da regra da razão para a análise por efeitos não desfaz o mérito da proposta de parâmetros feita pela SG, porquanto corrobora a tese de que cláusulas de raio não podem ser concebidas sem o mínimo de razoabilidade na definição de suas dimensões em um contrato de locação”.

36. Quanto ao poder de mercado dos *shoppings* envolvidos, o Conselheiro Márcio de Oliveira aduziu que independeria da participação de mercado detida por cada um deles, mas decorreria da disparidade entre os poderes de barganha entre os lojistas e os *shopping centers*.

Nesse momento, uma relevante pergunta se apresenta: a quem cabe tal missão, à Autoridade da Concorrência ou às Representadas? Na resposta a essa pergunta, alinho-me ao entendimento do voto-relator, no sentido de que, uma vez constatado o potencial lesivo e sendo possível o seu enquadramento no dispositivo inculcado no art. 20, I, e no art. 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36, inciso I, e § 3º, inciso III, da Lei 12.529/2011), inverte-se o “ônus da prova”, cabendo às Representadas justificar os benefícios da cláusula.

No mesmo caso, a Conselheira Cristiane Alkmin, embora tenha acompanhado o relator em seu dispositivo, divergiu quanto à metodologia de análise aplicada. Segundo ela, a conduta deveria ser considerada *ilícito per se*, porque a cláusula de raio não traz externalidades positivas sociais, isto é, o *shopping center* não seria socialmente relevante a ponto de merecer a permissão de um monopólio temporário, como denominou a Conselheira. A conclusão, de acordo com a economista, seria a mesma, qualquer que fosse o empreendimento. Argumentou ainda que o principal motivo de seu posicionamento adviria de uma análise custo-benefício entre o controle feito pelo Cade e os recursos públicos, escassos, empregados no exame do caso.

O enquadramento da cláusula de raio como ilícito *per se* foi também corroborado pelo Parecer do MPF, no âmbito do caso North Shopping.³⁷ O Procurador Lafayette Petter manifestou preocupação quanto a tal conduta anticompetitiva, afirmando que os benefícios gerados seriam destinados apenas aos detentores do empreendimento, sem qualquer repasse ao consumidor ou à sociedade. Complementou, ainda, que, na visão do MPF a cláusula de raio, ou qualquer outra restrição territorial do gênero, deveria ser simplesmente excluída, primando-se pelo alcance dos princípios constitucionais da livre-iniciativa e livre concorrência.

Aliás, como mencionado anteriormente, o caso North Shopping foi encerrado com a celebração de acordo entre o *shopping* e o Cade.³⁸ Importante destacar que a solução negociada não vedou totalmente a cláusula de raio imposta pelo centro comercial de Fortaleza, mas restringiu-a para que estivesse dentro dos parâmetros propostos pela Superintendência-Geral. Assim, a cláusula passou de cinco quilômetros de extensão para dois quilômetros e sua duração foi reduzida de dez para cinco anos. O North Shopping se obrigou, ainda, a recolher contribuição pecuniária no valor de 460 mil reais, aproximadamente.

37. Processo Administrativo 08700.004938/2014-27.

38. Requerimento 08700.003364/2016-3, julgado em 22.06.2016.

4. Conclusões

O assunto atinente à cláusula de raio por *shopping centers* tem tomado grande relevância em debates não apenas no âmbito do Cade, mas também em outras esferas, devido à frequência com que tais cláusulas aparecem em contratos de locação com lojistas, em diversos Estados do país, e à percepção de que restringem, em certa medida, a livre-iniciativa e a livre concorrência.

A partir do retrospecto da jurisprudência do Cade, no que tange à metodologia de análise adotada a casos que se debruçaram sobre o tema, foi possível observar que, sob a perspectiva antitruste, a aplicação da regra da razão parece ser mais coerente com a legislação e a prática brasileiras.

Não obstante, a relativização da regra da razão “clássica”, embutindo à análise um espectro de presunções relativas, aproximando-se do *formal-based approach* europeu, é uma opção condizente com a natureza da cláusula de raio e com a caracterização de infração à ordem econômica da LDC, visto que são identificados efeitos anticompetitivos decorrentes da prática.

Da mesma forma, o estabelecimento de parâmetros para a análise da razoabilidade da cláusula de raio é um mecanismo permitido e útil, uma vez que confere aos administrados maior grau de segurança jurídica ao definir sua política comercial. Ressalta-se, porém, que esses parâmetros não podem ser vinculativos, isto é, não se pode definir o que é lícito ou ilícito com base apenas na aplicação indiscriminada desses critérios, já que, no caso concreto, esses podem não guardar proporcionalidade na ponderação com as eficiências geradas. Nesse sentido, a edição de guia pelo Cade, em caráter não vinculante, que consolidasse os parâmetros da jurisprudência sobre a matéria seria iniciativa bem-vinda.

A tentativa de se impor, porém, maior rigor à análise empreendida pelo órgão antitruste, determinando a condenação *per se* da conduta, parece não estar alinhada com o sistema brasileiro atual e tampouco com o entendimento majoritário da doutrina nacional e estrangeira. A inclinação jurisprudencial nesse sentido, portanto, deve ser vista com cautela, pois poderá levar à inibição de condutas legítimas e pró-competitivas.

Referências

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito econômico concorrencial*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199-244.

- COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXXIV, n. 97, p. 23-28, 1995.
- CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 10, n. 3, 2003.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Northern Pacific Railway Co et al. vs. United States*. Appeal from the United States District Court for the Western District of Washington. Relator: Justice Black. Washington D.C., 10.03.1958.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: RT, 2007.
- GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. Restrições verticais no direito da concorrência: estudo de casos à luz da regra da razão e do ilícito *per se* nos Estados Unidos e na União Europeia. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 405-430, 2010. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1063/756>. Acesso em: 15 set. 2016.
- ITALIANER, Alexander. *The Object of Effects*. CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy Brussels, 10 December 2014. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf. Acesso em: 2 set. 2016.
- MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2004.
- WILS, Wouter P. J. The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called “more economic approach” to abuse of dominance. *World Competition: Law And Economics Review*, v. 37, n. 4, p. 25, set. 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407. Acesso em: 9 set. 2016.

Ano	Processo	Partes	Decisão
2003	Processo Administrativo 08012.009991/1998-82	Representados: Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda. e Condomínio Shopping Center Iguatemi Representante: Participações Morro Vermelho Ltda.	Condenação

IDEIAS EM COMPETIÇÃO – 10 ANOS DO PRÊMIO IBRAC-TIM

Ano	Processo	Partes	Decisão
2005	Processo Administrativo 08012.002841/2001-13	Representado: Center Norte S/A – Construção, Empreendimento, Administração e Participação Representante: Condomínio Shopping D	Condenação
2007	Processo Administrativo 08012.006636/1997-43	Representado: Condomínio Shopping Center Iguatemi Representantes: Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo e Procuradoria Geral do Cade	Condenação
2010	Requerimento de TCC n. 08700.003933/2009-10	Requerentes: Administradora PMW S.A., Participações Morro Vermelho S/A e Condomínio Shopping Jardim Sul	Celebração de TCC
2014	Processo Administrativo 08012.000751/2008-64	Representado: McDonald's Comércio de Alimentos Ltda. Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Rio Grande do Sul	Arquivamento (prescrição intercorrente)
2015	Processo Administrativo 08012.012081/2007-48	Representados: Saphyr Administradora de Centros Comerciais S.A. (Shopping Villa-Lobos), Condomínio Pro-Indiviso Shopping Villa-Lobos, Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. (Morumbi Shopping), Condomínio Morumbi Shopping, BrookfieldBrasil Shopping Centers Administradora Ltda. (nova denominação de Plaza Shopping Administradora Ltda. – Shopping Pátio Higienópolis) e Condomínio Comercial Shopping Pátio Higienópolis Representante: Cade <i>ex officio</i>	Arquivamento (prescrição intercorrente)
2015	Consulta 08700.007124/2015-25	Consulente: Center-Norte S.A. – Construção, Empreendimentos, Administração e Participação	Arquivamento por perda de objeto (desistência)

A quantificação econômica de danos decorrentes de cartel

Ano	Processo	Partes	Decisão
2016	Processo Administrativo 08012.012740/2007-46	<p>Representados: Administradora Gaúcha de Shopping Center S/A; Companhia Zaffari Comércio e Indústria; Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda.; Isdralit Indústria e Comércio Ltda.; Shopping Rua da Praia Ltda.; Condomínio Civil Shopping Center Iguatemi Porto Alegre; Condomínio Shopping Moinhos (Fundo de Investimento Imobiliário Pateo Moinhos de Vento); Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Iguatemi Empresa de Shopping Centers S/A; Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas; Br-Capital Distribuidora de Títulos de Valores Mobiliários S/A; e Niad Administração Ltda.</p> <p>Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Rio Grande do Sul</p>	Condenação
2016	Processo Administrativo 08700.004938/2014-27 Requerimento de TCC 08700.003364/2016-31	<p>Representado: North Shopping Fortaleza</p> <p>Representante: Victor Regis Brasil e Silva</p>	Celebração de TCC

APLICAÇÃO DA LEI CONCORRENCIAL COM RELAÇÃO A PREÇOS EXCESSIVOS

Uma questão de política antitruste ou equidade?

RICARDO VILLELA MAFRA ALVES DA SILVA

Abstract: This essay analyzes the approach of antitrust law toward excessive pricing, inquiring whether antitrust law should be enforced against excessive pricing as a matter of policy and/or fairness. Upon examination of basic concepts of price theory to explain why price matters, and brief review of literature regarding criteria to define excessive pricing, this essay concludes that excessive pricing should not be subject to prosecution as a matter of policy, but abusive pricing should be subject to prosecution as a matter of fairness, provided that the firm has significant market power and faces an inelastic demand curve.

Keywords: Antitrust policy – Excessive pricing – Abusive pricing – Price theory – Fairness.

Resumo: Este trabalho analisa a aplicação da lei concorrencial com relação a preços excessivos, questionando se ela deve ser aplicada contra preços excessivos por questões de política pública e/ou equidade. Mediante estudo de conceitos básicos de teoria do preço para explicar por que preços importam e breve revisão de doutrina sobre critérios para definir preços excessivos, conclui-se que preços excessivos não devem ser objeto de preocupação por questões de política pública, enquanto que preços abusivos devem ser objeto de preocupação por questões de equidade, contanto que o agente tenha poder de mercado significativo e encontre demanda inelástica.

Palavras-chave: Política antitruste – Preço excessivo – Preço abusivo – Teoria do preço – Equidade.

Introduction

In every jurisdiction that has passed antitrust laws, authorities have struggled, at some point, with the following question: should the antitrust laws be enforced against excessive pricing?

As noted by Frederick Abbott, such question denotes a paradox in antitrust policy, to the extent that many experts agree that one of the main objectives of antitrust law is, precisely, “to protect consumers against the charging of excessive prices”.¹

The treatment of excessive pricing remains, to this date, one of the most challenging issues of antitrust enforcement. On the one hand, there are numerous policy questions that must be addressed. How to determine when a price is excessive? Should there be a differentiation between excessive and abusive price? If a price is deemed excessive, can the antitrust authority determine what the fair price should be? If so, are there instruments or methods that enforcers may use to set forth the fair price?

One the other hand, there are fairness arguments in favor of enforcement against excessive pricing, especially when the product in question is deemed essential (*e.g.*, medicine). Should antitrust allow dominant firms to exploit consumers by charging excessive pricing? Is it fair to leave consumers unassisted when they are unable to acquire essential goods due to excessive pricing?

Enforcers have generally refrained from applying antitrust law directly against excessive pricing,² “even though it is the incipient threat of future ‘excessive’ prices that motivates enforcement action against exclusionary behavior and cartels”.³

In Brazil, the issue was addressed by Carlos Ragazzo, who argues that antitrust should fight the causes of the excessive pricing, and not the excessive pricing itself.⁴

1. ABBOTT, Frederick M. Excessive pharmaceutical prices and competition law: doctrinal development to protect public health. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2719095>. Accessed on August 27, 2016. p. 2.
2. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Excessive prices. Available at: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>. Accessed on August 27, 2016. p. 2.
3. *Ibid.* p. 2.
4. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Preço abusivo, eficácia jurídica e análise econômica: afinal, onde está a cabeça de bacalhau? *Revista do IBRAC*, v. 18, p. 21-43, 2011. Frederick M. Abbott criticizes such solutions, denominated by him as the “fixing the market” alternative. “There is a fundamental problem with the ‘fixing the market’ approach when addressing products protected by legislatively authorized market exclusivity mechanisms such as patents and regulatory marketing exclusivity. That is, mechanical aspects of the market are not broken in the conventional antitrust sense. Rather, the market has been designed without adequate control mechanisms or ‘limiters’ that act to constrain exploitive behavior. Political institutions, such as legislatures, that might step in are constrained by

Notwithstanding, the issue will inevitably reemerge from time to time, and it is reasonable to assume that, sooner or later, the Administrative Council for Economic Defense (“Cade”) will be required to take a firm stance regarding the treatment of excessive pricing. For example, the excessive pricing debate returned to the spotlight when, in the end of 2015, when the price of the drug Daraprim, used for treating life-threatening infection, rose from US\$13,50 to US\$750,00, following the acquisition of the drug’s intellectual property by a firm.⁵

The matter at hand is not an easy one, so this brief essay does not have the intention of providing all the answers for the daunting problem. Therefore, we will limit our subject to the following questions: (i) whether antitrust authorities should fight excessive pricing as a matter of policy; and (ii) whether antitrust authorities should fight excessive pricing as a matter of fairness.

The first section of this essay will address the importance of price in a capitalist economy and how price variations affect welfare. A few basic concepts developed by price theory, that are useful for the issues discussed herein, will be explained.

The second section will provide a brief overview two of the main problems faced by antitrust authorities when dealing with excessive pricing: where exactly to draw the line between fair and excessive prices and what are the implications of such issue.

The third section will set forth a proposal to deal with excessive pricing. The proposal will be based on the idea that should be a differentiation between excessive pricing and abusive pricing. Thus, we will argue that excessive pricing should not be prosecuted by antitrust authorities as a matter of policy, whereas abusive pricing should be fought by antitrust authorities as a matter of fairness. Accordingly, a few possibilities will be discussed about how to define abusive pricing.

1. Why does price matter?

Price is one of the most important (if not the most important) variable in a healthy capitalist market. Its main function is to show both to consumers

political economy (e.g., lobbying), and do not respond as they should” (ABBOTT, Frederick M. Excessive pharmaceutical... p. 2).

5. POLLACK, Andrew. Drug goes from \$13.50 a tablet to \$750, overnight. The New York Times, New York, 20 Sept. 2015. Available at: http://www.nytimes.com/2015/09/21/business/a-huge-overnight-increase-in-a-drugs-price-raises-protests.html?_r=0. Accessed on August 27, 2016.

and producers how much quantity of a certain good or service is desired.⁶ Thus, price allows market participants to allocate scarce resources in the most efficient manner.

From a social perspective, price has an additional meaning: it limits access to products. Expensive products are accessible to a small percentage of society, while cheap products are accessible to a larger group of people.

The difference between how price is understood from a social and economic point of view leads to situations where high prices may be deemed unfair from a social perspective, but not from an economic perspective.

But economics does not forgo the social impact of high prices altogether. It deals with the social issue arising from high prices by showing that a loss of welfare occurs whenever prices go up. In this context, it is said that a deadweight loss occurs whenever firms restrict output and extract rents from consumers.

As explained by Posner, the deadweight loss is the loss suffered by society as a result of a price increase, which is not offset by the rent transferred to the firm by consumers.⁷

Figure 1 – Deadweight loss representation⁸

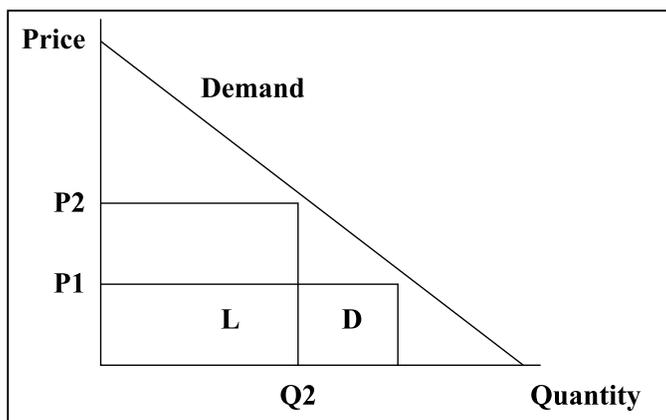


Figure 1 shows the graphic representation of the deadweight loss generated by a price raising from P1 to P2, and a consequent restriction

6. For the sake of simplicity, “product” will be used hereinafter to mean both goods and services.
 7. POSNER, Richard. The social costs of monopoly and regulation. The Journal of Political Economy, Chicago, v. 83, p. 807-828, 1975. p. 807-809.
 8. See original in Ibid. p. 808.

of output from Q1 to Q2. The area comprising L and D represents the loss yielded by the price raise. The square area marked as L is equivalent to the transfer of rent from consumers to the firm; in other words, it represents a loss of wealth by consumers, which is offset by a gain of wealth by the firm.⁹ The triangle D, by its turn, represents the loss of wealth that is not rent transferred from consumers to the firm. In other words, area D is equivalent to the loss of wealth of non-consumers of the product in question, that now will be unable (or unwilling) to acquire it. It is a loss shared by all society and is not offset by a gain of wealth by the firm, which is why it is generally denominated as a deadweight.¹⁰

The deadweight loss, therefore, is the closest economic representation of the main social issue generated by high prices: it excludes a certain number of people from the market. In theory, the larger the triangle D, the higher the number of people who are kept from consuming the product in question.

The exclusion of consumers from market and loss of welfare are the reason why one of the main concerns of antitrust is keeping prices at the lowest levels possible¹¹ (together with increasing product quality and innovation).

9. It must be said that such offsetting is not deemed neutral from a welfare perspective by antitrust enforcers in most jurisdiction, since it is purely a transfer of rent. Williamson has proposed a more detailed tradeoff model specifying which type of welfare gains might be taken into account to offset a loss generated by a price raise. See WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an antitrust defense: The Welfare Tradeoffs. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 58, p. 18-36, 1966; WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an antitrust defense revisited. *The University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 125, p. 699-736, 1977.
10. The explanation of the deadweight loss graphical representation is derived from basic principles of price theory and it has been set forth by many economists. Notwithstanding, many of these assumptions and more sophisticated models based on such assumptions may be found in POSNER, Richard. *The social costs of monopoly and regulation*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 83, p. 807-828, 1975.
11. The lowest level that a firm can set its price, according to price theory, is where demand curve intersects with the firm's marginal cost curve. Below that point, firms would be offering their products at a loss, which would not be a rational economic behavior. However, this would only occur in perfectly competitive markets, which is rarely the case. This is why we state that antitrust seeks to keep prices as low as possible under given market circumstances, which is not to say that the lowest level possible cannot be substantially above the firm's marginal cost. Even though this affirmation may be unsettling to some antitrust scholars and practitioners, we believe that stating the opposite would be clearly wrong (e.g., "keeping prices at the lowest levels possible is not among the main concerns of antitrust po-

Price theory can also demonstrate how valuable a product is not only by pointing out its demand curve, but also by showing how rigidly demand reacts to a price raise. The degree to which demand reacts to changes in price is called elasticity. If, as a result of a price increase, there is a proportionately small decrease in demand, it is said that the demand curve is inelastic. If, however, there is a proportionately large decrease in demand in response to a price increase, the demand is deemed elastic.

An inelastic demand occurs when the product in question does not have close substitutes and it is somehow essential to consumers. Medicines, for example, will probably have an inelastic demand if they are essential and have no close substitutes. In those cases, the consumer is “locked” to the product, and even substantial increases in price might not be sufficient to lower demand.¹²

The implications of low elasticity are not ignored by antitrust authorities. The Horizontal Merger Guidelines of the U.S. Federal Trade Commission and Department of Justice, for example, determines that restriction of output is more likely to occur as a result of a merger if: (i) the resulting firm has relatively high market share; (ii) the output of the firm already committed to price levels prior to the price increase is relatively low; (iii) the margin of the suppressed output is relatively low; (iv) response of rivals to the restriction of output is not significant; and (v) the market elasticity of demand is low.¹³

Low elasticity of demand, therefore, is a strong indication that the product is somehow essential to consumers¹⁴ and there are no viable options (*i.e.*, close substitutes) available in case of a price increase.

licy”). In that context, there are arguments in favor of choosing consumer surplus (which is a result of low prices) as a priority of antitrust policy. See, for example, Russell Pittman argument in favor of consumer’s surplus as the main antitrust standard in the analysis of mergers. PITTMAN, Russell. Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement. Available at: <http://ssrn.com/abstract=996643>. Accessed on September 15, 2016. p. 12-13.

12. “As a monopolist or as a potential cartel, you would like to be facing a demand curve that is inelastic above the competitive price. That means that it will be really profitable to raise prices to the monopoly level because the industry will not lose many sales but will get higher prices for what is sold”. See GRADY, Mark F. Cases and materials on antitrust. Los Angeles [s.n.], 2016. 1074 p. p. 18.
13. FEDERAL TRADE COMMISSION; DEPARTMENT OF JUSTICE. Horizontal Merger Guidelines. Available at: <https://www.ftc.gov/>. Accessed on September 16, 2016. p. 23.
14. If a product does not have close substitutes, but is not essential, consumers would simply stop buying it in case of a price increase, which would lead to an elastic demand.

Therefore, it might be said – especially from a social, if not economical, perspective – that price increases are more harmful in case of products with inelastic demand. People who need the product will be forced to transfer a bigger share of their wealth to the dominant firm, otherwise they will not be able to acquire the quantity that they need.

If the demand is elastic, price increases would have little effect on welfare (even though there would still be a deadweight loss), since consumers would simply be able to switch to a substitute product or stop consuming the product altogether.

In summary, price matters not only because of its economic role of allocating scarce resources efficiently, but also because it dictates how many people will be able to have access to products.

The questions that arise, therefore, are: (i) if price matters, and dominant firms may raise their prices and exclude several consumers from the market, should antitrust do something about it? (ii) if the answer is positive, where should antitrust authorities draw the line between cases where they must intervene and cases where they should leave it to the market to correct the issue?

2. The difficult task of defining excessive pricing

The determination of fair price has been a subject of study for many economists. Evans and Padilla identify three main criteria used by economists to analyze the fairness of prices: production cost, competitive pricing and profit margin.¹⁵

The production-cost approach was used by Marxist economists and classical economists to determine fair price. Accordingly, the fair price of a product would be “equal to the value of labor involved in its production”.¹⁶ It might be said that this approach has been completely disregarded by modern antitrust policy.

Neo-classical economists, as well as the ordo-liberal school of economic thought, argue that the main drive of fair price is competition. In this sense, fair price “would result from the free interaction of demand and supply in a competitive market”.¹⁷

15. PADILLA, Jorge; EVANS, David S. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules. Available at: <http://ssrn.com/abstract=620402>. Accessed on September 11, 2016. p. 5-8.

16. Ibid. p. 5.

17. Ibid. p. 5.

Evans and Padilla point to a number of practical issues that would arise from this approach. According to the authors, while in competitive and static markets the competitive price would be given by the incremental cost of production (in other words, the point at which marginal cost approaches and/or intersect demand), establishing competitive price in dynamic and concentrated markets would be substantially more complex.¹⁸ In dynamic industries, the price is not established according to marginal cost, but rather on consumers' "willingness to pay as to cover fixed costs in the least output restricting way".¹⁹ In oligopolistic markets, for example, price will be set forth above marginal cost (and, depending on the level of output restriction, substantially above it).

In addition to production cost and competitive pricing, Evans and Padilla state that some economists have relied on the idea of profit benchmarking to determine fair price. Under this method, price would be deemed abusive if profits are "higher than [firms] could expect to earn in an otherwise identical competitive market", in which case the return on capital of the firm would be "greater than its weighted average cost of capital".²⁰

The authors raise several issues to this approach, such as the existence of strategies based on the maximization of the profits earned on a group of products rather than a single product, manufacturing carried out across multiple company's divisions and countries, and the absence of relevant variables in the accounting of business profits, such as past research and development expenditures and costs associated with risk.²¹

Another problem of using profit benchmarking to determine whether or not price is excessive is that some firms may have high profits even though they are charging competitive prices. Suppose that firm A has a R\$10,00 average production cost per unit and all other firms have a R\$20,00 average production cost per unit, but they all charge R\$25,00 for their product. Should firm A's price be deemed excessive because its profit margin is higher than its competitor's? If the answer is yes, then antitrust policy would be punishing firm A for being more efficient than its rivals.

As a result, if profits should be used as benchmark for defining excessive pricing, antitrust enforcers would have to engage in the complicated task of determining the nature of the rent transferred to the firm.

18. Ibid. p. 6.

19. Ibid. p. 6.

20. Ibid. p. 6.

21. Ibid. p. 6-7.

Economists often classify rents transferred to firms as Ricardian (scarcity rents), Schumpeterian (entrepreneurial rents) or Porterian (monopoly rents).²²

Ricardian rents are those derived from scarcity of goods. A firm may charge high prices not because it is abusing its market power, but simply because it does not have enough inputs to increase its output.²³ Even if the firm had stockpiled the scarce input in anticipation of its shortage, in which case the firm would in theory be able to expand production even if temporarily, it might be that raising output would be inefficient, as price would not properly reflect the scarcity of the good in question. Accordingly, in the hypothetical context of an innovative firm with high profit margin, Sidak and Teece explain that such firm “may have both a high market share and be highly profitable, but this profit in no way implies that it is exercising socially undesirable restraint over its output”, since it would be “simply collecting sufficient Ricardian rents to recover its initial investment and offer encouragement to other innovators and entrepreneurs”.²⁴

The Schumpeterian or entrepreneurial rents occur when a firm develops a new technology or method that provides it with a competitive edge over its competitors, allowing the firm to charge a higher price to consumers or to offer the same price as before, but with higher profit margin due to lower costs. There is no question as to the desirability of firms collecting Schumpeterian rents, as it creates incentives for innovation and technological progress.²⁵

Lastly, monopoly rents are those collected by firms exercising their market power. Those rents might be the result of anticompetitive conducts and are the main concern of antitrust policy.²⁶ However, monopoly rents may also be collected by firms that have monopolized their markets through superior efficiency, and it is doubtful that antitrust policy should intervene in such circumstances. After all, collecting monopoly profits is the single biggest incentive for firms to be efficient and innovative.

22. SIDAK, J. Gregory; TEECE, David J. Comments of J. Gregory Sidak and David J. Teece before the Federal Trade Commission & U.S. Department of Justice on the Horizontal Merger Guidelines Review Project. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1504706>. Access on September 14, 2016. p. 11.

23. *Ibid.* p. 11.

24. *Ibid.* p. 13.

25. *Ibid.* p. 14.

26. “The type of rent that ought to be the target of antitrust concern stems from the naked exercise of market power by a firm. These circumstances might arise because of exclusionary conduct lacking efficiency justifications” (*Ibid.* p. 15).

It seems, therefore, that any criteria picked by antitrust authorities to draw the line between fair and excessive pricing is bound to raise several practical issues. While economics does not offer a reliable test to identify excessive pricing, Courts have also struggled with the subject.

In Brazil, Cade has never punished firms for excessive pricing, even though many complaints have been filed and analyzed by the authority.²⁷

Evans and Padilla report a couple of cases in which European authorities have condemned excessive pricing as a standalone infringement.²⁸ In Case CA98/2/2001, the Office of Fair Trading (“OFT”) concluded that Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd had established excessive prices for some of its products. According to Evans and Padilla, the OFT reached such conclusion based on a “preponderance-of-evidence” approach, through which the authority took into consideration costs, price and profitability benchmarks.²⁹

The European Commission, by its turn, punished United Brands for excessive pricing in Case 27/76 (herein after “United Brands”). According to Evans and Padilla, the Commission adopted a two-step test; “First, the test requires comparing actual costs and prices. Second, the test requires determining whether a price is excessive in itself or by comparison to competitor’s products”.³⁰

Both methods (preponderance of evidence and the United Brands’ two-step test) have their shortcomings and might be problematic in practice for the reasons explained above with respect to using benchmarking approaches. As a result, there is a chance that “supra-competitive prices will be blessed in some instances, while competitive prices will be condemned in others”.³¹

Although Evans and Padilla argue that, from the perspective of an efficient antitrust policy, excessive pricing should be *per se* legal,³² they go on to suggest a test capable of detecting excessive pricing in a more rational manner, which is comprised of three cumulative conditions: (i) the firm must have a

27. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A eficácia jurídica da norma de preço abusivo. Available at: http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/. Accessed on September 14, 2016. p. 189.

28. PADILLA, Jorge; EVANS, David S. Excessive Prices: Using Economics... p. 8-15.

29. Ibid. p. 16-17.

30. Ibid. p. 15.

31. Ibid. p. 22.

32. “The advantage of specifying a common *per se* legal standard for all excessive pricing cases is that it greatly simplifies the application of the law, providing firms with a more certain legal environment and allowing competition authorities to focus on other more grievous offences” (Ibid. p. 29).

monopoly that is the result of past investments or innovation and is protected by insurmountable legal barriers to entry; (ii) the price set forth by the firm widely exceeds its average total cost; and (iii) the high price might impair the emergence of new products in adjacent markets.³³

A few aspects of such test must be addressed. Given the fact that the first condition proposed by the test requires the existence of insurmountable legal barriers to entry, it is implied that the law should only fight excessive pricing when the law itself was part of the problem. If the legal barriers are related to intellectual property protection, the question of whether antitrust should intervene to lower down the innovator's price is a complicated one, and it might be that intellectual property laws would be a better mechanism to solve the problem (for example, through compulsory licensing, which is possible remedy under Brazilian law). If, however, the legal barriers were created by other laws or regulations, then competition advocacy might arguably be a better alternative than antitrust intervention to lower the legal barriers.

The third condition imposes on the plaintiff the burden of demonstrating, in a counterfactual scenario, that new products would emerge in an adjacent market if the price of the product in question was lower. This condition would make a claim brought under the proposed test resemble a market foreclosure case rather than an excessive pricing one (*e.g.*, "I cannot develop my product A because the price of input B is too high, and the producer of input B is a monopolist shielded from competition by insurmountable legal barriers"). Accordingly, additional questions would arise: can antitrust authorities punish a firm for supposedly foreclosing a market that does not exist (and might not come to existence even if the prices are lower)? What happens if price is lowered, but no new product emerges? If the adjacent market already exists and the party bringing the claim is a competitor of the defendant in such market, should the test be applied differently³⁴?

Akman and Garrod propose a different test to define excessive pricing, using the United Brands method as the starting point.³⁵ According to the authors, in United Brands, the European Commission established that price would be deemed excessive if (i) the price-cost margin is excessive, and (ii) the

33. *Ibid.* p. 29.

34. The possibility of market foreclosure was the essence of Commissioner Paulo Furquim's test proposed in the judgment of process no. 08012.005181/2006-37. See RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *A eficácia jurídica...* p. 190-191.

35. AKMAN, Pinar; GARROD, Luke. When are excessive prices unfair? Available at: <http://ssrn.com/abstract=1578181>. Accessed on September 14, 2016.

price is unfair in itself or in comparison with that of similar products.³⁶ The authors argue that such test may not be a good guidance to firms, which may lead to uncertainty and, consequently, loss of welfare.³⁷

Therefore, they propose a different test, comprised of three steps.³⁸ In the first step, the antitrust authority would compare the price in question with that of a given reference transaction, looking for any discrepancies between both. If a significant price difference is found, the authority would apply the second step, to determine if the firm has obtained gains in expense of consumers. If the answer is positive, then a third and last step would follow, in which the antitrust authority would inquire whether the transfer of rent at the expense of consumers is the result of changes in the market (supply and demand) or simply the result of lack of competition. If the reason for the excessive price is lack of competition, then the antitrust authority should intervene.³⁹

The underlying principle of the Akman-Garrod test seems to be that firms should not be allowed to (excessively) extract rents from consumers due to lack of competition. Even though such principle seems right and fair at first glance, one might argue that lack of competition may be the result of superior efficiency by the monopolist firm and, as stated before, it is doubtful that a policy forbidding efficient firms to charge monopoly prices is beneficial in the long run. That is probably the reason why the authors argue, in their conclusion, that antitrust policy should focus on the causes of the lack of competition rather than its effects (excessive price).⁴⁰

Carlos Ragazzo, by his turn, propose that excessive pricing prosecution should be forgone altogether.⁴¹ Aside from the several policy reasons for not pursuing prosecution of such practices, already addressed above, the author argues that under the new Brazilian antitrust statute (Law no. 12,529/2011),

36. *Ibid.* p. 2.

37. *Ibid.* p. 4-5.

38. For a detailed description of such test, see *Ibid.* p. 10-13.

39. The authors also mention “competition issues” as grounds for intervention under the third step, although it is not clear if the expression should be understood as synonym of “lack of competition”. The difference is relevant, as lack of competition might not be the result of competition issues (from an antitrust perspective). In this sense: “[a]lthough the principle of dual entitlement deems prices unfair with respect to exogenous fluctuations in supply and demand, in our procedure prices should only be found unfair if they are unfair due to competition issues. Consequently, an abuse should only be found if the firm gains sufficiently at the expense of customers due to a lack of competition” (*Ibid.* p. 13).

40. *Ibid.* p. 19.

41. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *A eficácia jurídica...* p. 208.

excessive pricing was excluded from the non-exhaustive list of anticompetitive practices subject to prosecution contained in article 36, § 3. Ragazzo recognizes, however, that the practice can still be prosecuted in Brazil under the catch-all provision set forth in article 36.

3. Addressing excessive pricing: a proposal

As addressed above, defining general rules to guide antitrust authorities with respect to legal treatment of excessive pricing is difficult, if not impossible (or at least inadvisable).

Notwithstanding, there are conducts, as demonstrated by the Daraprim price increase, that are facially unreasonable and arguably should not be allowed by antitrust law as a matter of fairness. Those are situations where the price is not only excessive, but is also abusive.

Accordingly, even though we agree with arguments that, as a matter of policy, prosecuting excessive pricing is simply not effective, we nevertheless think that antitrust authorities should intervene if: (i) the price is so high as to be considered not only excessive, but abusive; and (ii) the demand for the product in question is inelastic.

Antitrust doctrine has often relied upon concepts that are somehow vague and subjective, such as reasonableness and abusiveness, but nevertheless can be applied with an acceptable degree of certainty and predictability by Courts and administrative tribunals.

In the United States of America, for example, the idea of reasonableness has been used since the early years of the Sherman Act to interpret the overreaching language contained in the Section 1 of said statute. Since the dissenting opinion issued by Justice White in *Standard Oil*,⁴² U.S. Courts have developed the rule of reason to determine which types of restraints of trade are forbidden under Section 1 of the Sherman Act.

The rule was further specified and detailed through case law, with the development of concepts such as naked restraints and ancillary restraints.⁴³ Such concepts have been used as aids to determine when the rule of reason should be applied and how flexible its application should be (*e.g.* full rule of reason or truncated rule of reason⁴⁴).

42. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

43. The creation of these concepts is generally attributed to Justice Taft's opinion in *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States* 175 U.S. 211 (1899).

44. See, for example, *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984); *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986); and *PolyGram Holding, Inc. v. FTC*, 416 F.3d 29. (D.C. Cir. 2005).

In addition, the idea of abusiveness is not new to Brazilian law. According to article 187 of Law no. 10.406/2002 (Civil Code), abuse of right occurs whenever a person manifestly exceeds the limits of a right, taking into consideration the social or economic purpose of the right in question, as well as standards of good faith and good costumes. Specifically, the concept of abusiveness has been used by Cade in sham litigation cases.

In the administrative process no. 08012.004484/2005-51, Commissioner Cesar Mattos used the concept of abusive exercise of a right to define the requirements for the characterization of sham litigation. According to the Commissioner, “the abuse of a right arises from the irregular use of such right, with a different purpose than that originally recognized for the right in question” and, consequently, the Law, as a tool of moral valuation, “oriented to ensure order, safety and social peace, is violated by the abusive exercise of a right”.⁴⁵

The abuse of right is inherently flexible and, consequently, it would be difficult to formulate a definition that could be applied broadly. Also, its characterization depends heavily on the facts of the case. However, it seems to be generally accepted that the prohibition of the abuse of right establishes a standard of good-faith behavior.

In this sense, Brazil’s Superior Court has decided that the holder of a subjective right may not exercise it in such a manner that “deviates from the theological sense (purpose or social function) of the norm that supports it (exceeding the limits of reasonableness)”.⁴⁶

The right to charge whatever price a firm wish was not granted by the Law so as to allow exploitation of consumers by charging abusively high prices. Therefore, it is hereby argued that antitrust should intervene if: (i) the price increase performed by a firm may be deemed abusive, and not merely excessive; (ii) the firm has significant market power, so as to make unlikely that the expansion of output by a competitor would neutralize, at least partially, the harmful effects of the abusive price; and (iii) the demand of the product in question is inelastic, so as to prevent consumers from switching to close substitutes or stopping to consumer the product altogether.

Since the abuse of right is a matter of standard of behavior, the abusive price should be determined in accordance with past practices of the dominant firm. It might be said that firms are allowed (and even expected) to charge

45. Page 9 of concurring opinion issued by Commissioner Cesar Mattos in the administrative process no. 08012.004484/2005-51.

46. Superior Court of Justice, REsp 1143216 / RS, J. Luiz Fux, judged on March 24, 2010.

high prices as a reward for their efforts for being more efficient than their competitors. Such practice is in accordance with the social and economic purposes of free enterprise, as well as with good faith and good costumes. There is not, however, a general permission for firms to exploit consumers, especially if such consumers have no viable alternatives so as to avoid or mitigate such exploitation.

In that sense, substantial increases in price in a short period of time that cannot be supported by any economic reason, or substantial price increases that can only be explained by concentration of market power, might be deemed abusive if demand is inelastic and therefore there is no possibility for the market to correct itself.

We recognize that it is difficult, if not impracticable, to provide an accurate quantitative criterion for the characterization of abusiveness in a price increase. Any number proposed herein would be arbitrary. Notwithstanding, we believe that antitrust should not close its eyes completely to abusive pricing when the market is not capable of correcting the problem without intervention (*i.e.*, when demand is inelastic).

With respect to other excessive pricing situations (such as, for example, several non-substantial price increases throughout a prolonged period of time or maintenance of high prices for an extended period), we agree with Ragazzo that other laws – such as the intellectual property laws, consumer protection laws and sectoral regulation – may be more effective than antitrust in proving remedy.⁴⁷

Thus, as a matter of policy, antitrust authorities should not spend significant resources in prosecuting excessive pricing, since there seems to be no test capable of drawing a clear line between reasonable and excessive prices. As a matter of fairness, however, we believe antitrust enforcers should take action if a certain price increase is facially unreasonable and abusive, provided that the demand curve facing the firm is inelastic.⁴⁸

47. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A eficácia jurídica... p. 203-205.

48. As explained by Mark Grady, “[t]he demands facing individual firms are more elastic than the demands facing entire industries”. See GRADY, Mark F. Cases and materials... p. 18. Stated backwards, this means that the demand curve facing an industry will be less elastic than those facing an individual firm, which means that the demand curve of the industry might be inelastic, whereas the firm may face an elastic demand curve. Therefore, we are only concerned with situations where the firm, individually, faces an inelastic demand curve.

Conclusion

This essay has addressed the problem of excessive pricing, with the purpose of determining if antitrust should be enforced against such practice as a matter of policy and/or as a matter of fairness.

After a brief explanation about why price matters in a capitalist economy and how to draw a line between reasonable and excessive price, we concluded that: (i) price matters because it allows the market to allocate scarce resources efficiently and, from a social perspective, it limits the number of people who have access to a certain product; and (ii) scholars and policymakers have not been able to formulate a reliable test to detecting excessive pricing and, as a result, many scholars suggest that antitrust law should forgo excessive pricing prosecution altogether.

Notwithstanding those findings, however, we concluded that there might be situations where prices are not only excessive, but are also abusive. In those situations, if the firm has substantial market power and faces an inelastic demand curve, antitrust law should address the problem.

Therefore, we conclude that, even though antitrust should not be enforced against excessive pricing as a matter of policy, it should be enforced against abusive (and not only excessive) pricing, if the demand curve faced by the firm in question is inelastic and the firm has substantial market power.

References

- ABBOTT, Frederick M. *Excessive pharmaceutical prices and competition law: doctrinal development to protect public health*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2719095>. Accessed on August 27, 2016.
- AKMAN, Pinar; GARROD, Luke. *When are excessive prices unfair?* Available at: <http://ssrn.com/abstract=1578181>. Accessed on September 14, 2016.
- FEDERAL TRADE COMMISSION; DEPARTMENT OF JUSTICE. *Horizontal Merger Guidelines*. Available at: <https://www.ftc.gov/>. Accessed on September 16, 2016.
- GRADY, Mark F. *Cases and materials on antitrust*. Los Angeles [s.n.], 2016. 1074 p.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Excessive prices*. Available at: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>. Accessed on August 27, 2016.
- PADILLA, Jorge; EVANS, David S. *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=620402>. Accessed on September 11, 2016.

- POLLACK, Andrew. Drug goes from \$13.50 a tablet to \$750, overnight. *The New York Times*, New York, 20 Sept. 2015. Available at: http://www.nytimes.com/2015/09/21/business/a-huge-overnight-increase-in-a-drugs-price-raises-protests.html?_r=0. Accessed on August 27, 2016.
- PITTMAN, Russell. *Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=996643>. Accessed on September 15, 2016.
- POSNER, Richard. The social costs of monopoly and regulation. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 83, p. 807-828, 1975.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *A eficácia jurídica da norma de preço abusivo*. Available at: http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/. Accessed on September 14, 2016.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Preço abusivo, eficácia jurídica e análise econômica: afinal, onde está a cabeça de bacalhau? *Revista do IBRAC*, v. 18, p. 21-43, 2011.
- SIDAK, J. Gregory; TEECE, David J. *Comments of J. Gregory Sidak and David J. Teece before the Federal Trade Commission & U.S. Department of Justice on the Horizontal Merger Guidelines Review Project*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1504706>. Access on September 14, 2016.
- WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an antitrust defense: The Welfare Tradeoffs. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 58, p. 18-36, 1966
- WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an antitrust defense revisited. *The University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 125, p. 699-736, 1977.

FIXAÇÃO E SUGESTÃO DE PREÇOS DE REVENDA

principais efeitos concorrenciais e distribuição do ônus de prova

ANA PAULA PASCHOALINI

Resumo: O presente trabalho visa a examinar os possíveis impactos concorrenciais de ações comerciais baseadas na fixação e sugestão de preços de revenda, e a estudar os possíveis padrões de análise desse tipo de prática no âmbito do direito antitruste. Para tanto, serão examinadas algumas das principais referências na doutrina econômica e jurídica para o estudo da racionalidade econômica de ações comerciais dessa natureza. Também serão apresentados os principais precedentes sobre *resale price maintenance* na jurisprudência nacional e estrangeira. Por fim, será empreendida análise crítica da orientação estabelecida pelo Cade no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44.

Palavras-chave: Direito concorrencial – Infração à ordem econômica – Restrições verticais – Fixação de preços de revenda – Sugestão de preços de revenda – Eficiências econômicas – Riscos à concorrência – Illicitude *per se* – Regra da razão.

Keywords: Antitrust – Antitrust violation – Vertical restraints – Resale price maintenance – Resale price-fixing – Resale price recommendation – Economic efficiencies – Antitrust risks – *Per se* illegality – Rule of reason.

1. Introdução

Em 30 de janeiro de 2013, o Tribunal Administrativo do Cade julgou um caso que se tornaria paradigmático na jurisprudência concorrencial brasileira. Trata-se do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44 (“CASO SKF”), que tinha por objeto a investigação da SKF do Brasil Ltda. (“SKF do Brasil”), por supostamente associar a definição de preços mínimos de revenda de seus produtos a mecanismos de monitoramento e de punição de revendedores em

caso de descumprimento dos preços estipulados pela fabricante de peças automotivas. Na 455ª sessão ordinária de julgamento do Tribunal do Cade, o Plenário, por maioria, condenou a SKF do Brasil, por violação aos arts. 20 e 21, IV e V, da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 (antiga Lei de Defesa da Concorrência).

O Caso SKF traz importante discussão quanto ao padrão de análise dos impactos sobre a concorrência de ações comerciais baseadas na fixação e/ou sugestão de preços de revenda, prática também conhecida como *resale price maintenance*. Em resumo, o Tribunal do Cade reviu a orientação que, até então, prevalecia em casos dessa natureza; e estabeleceu a presunção de ilicitude da prática de fixação de preços de revenda, invertendo o ônus de prova da ausência de potencialidade de dano à concorrência. Segundo o Presidente do Cade, o Caso SKF se tornaria um marco na jurisprudência por representar “a forma como o SBDC irá se posicionar a respeito da conduta de fixação de preços de revenda em situações futuras”.¹

Na literatura econômica e jurídica, a fixação e/ou sugestão de preços de revenda é tema de debate há muito tempo. Um dos primeiros autores a estudar o assunto foi TAUSSIG, professor da Universidade de Harvard, que, em 1916, examinou a racionalidade econômica por trás de ações comerciais dessa natureza.² As décadas de 1970 e 1980 foram especialmente relevantes para esse debate. Mas, ainda hoje, o tema desperta o interesse de juristas e economistas que procuram a melhor forma de equacionar eficiências econômicas relacionadas a essas práticas e efeitos deletérios sobre a concorrência que delas podem decorrer.

O tema também já foi alvo de muita discussão na jurisprudência das principais jurisdições em matéria de direito concorrencial. Nos Estados Unidos, foram mais de 80 anos de presunção absoluta de ilicitude desse tipo de prática, pela Suprema Corte norte-americana, até a revisão dessa orientação em *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997) e *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc.* (2007). No âmbito da União Europeia, por décadas, a prática de fixação de preços de revenda foi condenada pelas autoridades concorrenciais, independentemente de se tratar de definição de patamares mínimos, rígidos ou máximos. Talvez como reflexo das discussões na doutrina e na jurisprudência norte-americana, a orientação das autoridades europeias começou a ser revista

1. Cf. fls. 809 dos autos do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44.
2. TAUSSIG, F. W. Price Maintenance. *The American Economic Review*, v. 6, n. 1, Supplement, Papers and Proceedings of the Twenty-eighth Annual Meeting of the American Economic Association, mar. p. 170-184, 1916. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1803800>. Acesso em: 16 set. 2015.

no final dos anos de 1990, muito embora ainda hoje o padrão de análise europeu seja mais rigoroso que o norte-americano nesse assunto.

De acordo com Salomão Filho, a prática sob exame no Caso SKF pode ser enquadrada na categoria de *uniformização de preços ou condições de revenda* de determinado produto pelo seu fabricante – ou seja, na categoria de *restrições verticais à concorrência*.³ As duas características principais dessa categoria seriam, segundo o mesmo professor: “a eliminação da concorrência e sua orquestração em um nível de mercado diverso daquele em que ela efetivamente ocorre”.⁴

As principais preocupações associadas à fixação e/ou sugestão de preços de revenda estão justamente relacionadas a essa *eliminação da concorrência*. A depender das condições estruturais dos mercados de produção e revenda, esse tipo de prática pode induzir o alinhamento de preços entre pontos de venda, na revenda de uma mesma marca ou de marcas concorrentes, ou, ainda, entre fabricantes de produtos rivais.

Ocorre que a mesma prática também pode estar associada a propósitos legítimos do ponto de vista concorrencial. Pesquisas e estudos econômicos revelam que esse tipo de estratégia comercial pode ser a alternativa encontrada para, entre outras finalidades, estimular a prestação de serviços especiais ao consumidor final; permitir a entrada de novos *players* no mercado ou o lançamento de novos produtos ou marcas; evitar comportamento oportunista entre revendedores; ou reposicionar determinado produto ou marca no mercado – o que pode se dar por meio de estímulo a maiores esforços de venda desse produto ou marca; de incentivo à sua disponibilização em pontos de venda estratégicos ou em um maior número de lojas; ou, ainda, por meio do melhoramento da imagem e reputação desse produto ou marca perante o consumidor final.

Essa ambiguidade de efeitos é o que alimenta até hoje o debate quanto ao tratamento jurídico mais apropriado para a fixação e/ou sugestão de preços de revenda. Ainda hoje não há consenso entre os estudiosos sobre o tema, havendo aqueles que defendem que prática dessa natureza deve ser presumida ilícita, do ponto de vista concorrencial; e outros que propõem sua análise pela regra da razão – *i.e.*, que seja considerada lícita, a menos que restrinja a concorrência de forma não razoável.

3. SALOMÃO FILHO, C. Direito concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 595.

4. *Idem*, p. 596.

2. Doutrina e jurisprudência sobre o tema

O exame da doutrina e jurisprudência sobre fixação e/ou sugestão de preços de revenda indica que o foco de atenção dos estudiosos e das autoridades concorrenciais das principais jurisdições em matéria de direito antitruste nunca foi a mera sugestão de preços de revenda. Estratégias comerciais dessa natureza tendem a não ser consideradas anticompetitivas, a não ser que estejam associadas a incentivos econômicos ou mecanismos de coação que façam com que os preços recomendados tenham, na realidade, caráter impositivo.

No âmbito da União Europeia, esse tipo de prática não é considerado restrição severa à concorrência; e estará sujeito, até mesmo, à isenção à regra prevista no art. 101(1) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFEU”) se: (i) nenhum dos agentes econômicos envolvidos detiver participação de mercado superior a 30%; e (ii) a prática não mascarar esquema de fixação de preços mínimos ou rígidos de revenda.⁵

No Brasil, o Cade já se manifestou no sentido de que esse tipo de prática não pode suscitar preocupações concorrenciais a ponto de justificar sua proibição. Exemplos disso são as decisões do Cade nos casos *Kibon*⁶ e *Kinder Ovo*.⁷ Aliás, no CASO SKF, o Presidente do Cade reconheceu que, embora possa acarretar, em certas circunstâncias, alguns problemas concorrenciais, a mera recomendação de preços não despertaria preocupações tão sérias quanto às relacionadas à fixação de preços de revenda.

Outra constatação é que, nas principais jurisdições em matéria de direito antitruste, a fixação de preços de revenda, de forma unilateral, pelo fabricante de determinado produto, também tende a não ser considerada prática anti-

5. Vide, a esse respeito: “Article 101 (ex Article 81 TEC) 1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts”.

6. Processo Administrativo 0148/1992.

7. Consulta 20/1997.

concorrencial. Nos Estados Unidos e no âmbito da União Europeia a preocupação com *resale price maintenance* sempre esteve relacionada à existência de um acordo entre o fabricante de determinado produto e seus revendedores, muito embora não seja tão simples diferenciar, na prática, situações em que a fixação de preços decorre de decisão unilateral daquelas em que isso seja o resultado de um acordo entre agentes econômicos. Na literatura econômica, há, inclusive, autores que defendem a presunção absoluta de licitude de estratégias comerciais baseadas na fixação de preços de revenda, de forma unilateral, pelo fabricante de determinado produto. É o caso, por exemplo, de Posner, Easterbrook e Bork.

No Brasil, por outro lado, não há qualquer distinção entre a imposição unilateral de preços de revenda e acordos que também tenham como objeto a fixação de preços: se preenchidos os critérios previstos no art. 36 da Lei 12.529/2011, ambas as práticas poderão ser consideradas anticoncorrenciais.

Sobre o patamar fixado para os preços, a literatura e a jurisprudência indicam que as preocupações relacionadas à definição de preços máximos de revenda também não são tão sérias quanto às decorrentes do estabelecimento de patamares mínimos e/ou rígidos de preços. Além de benéfica ao consumidor final, a definição de preços máximos de revenda pode ser medida economicamente eficiente no combate a problema típico de monopólios ou oligopólios sucessivos – a dupla marginalização. Além disso, como regra, esse tipo de prática não traz consigo a principal preocupação concorrencial relacionada à fixação de preços de revenda – *i.e.*, a facilitação de cartel.⁸

Isso fez com a Suprema Corte dos Estados Unidos afastasse a presunção absoluta de ilicitude da fixação de preços máximos de revenda em *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997). Também fez com que a Comissão Europeia passasse a tratar acordos dessa natureza como regulares do ponto de vista concorrencial, desde que preenchidos os requisitos previstos, atualmente, na Resolução 330/2010 (e, antes, no Regulamento 2.790/1999).

No Brasil, a fixação de um patamar máximo para os preços de revenda também tende a ser vista como prática menos problemática do que a definição de preços mínimos ou rígidos. É bastante ilustrativo, nesse sentido, o voto no Caso SKF do então Conselheiro do Cade Marcos Paulo Veríssimo:

Novamente, revela-se relativamente consensual na experiência internacional que as segundas [imposição de preços e margens mínimas] devem merecer um tratamento muito mais rígido que as primeiras,

8. A fixação de preços máximos de revenda poderá facilitar o alinhamento de preços se mascarar esquema de fixação de preços mínimos ou rígidos de revenda.

[imposição de preços e margens máximas] pois seu efeito imediato, necessário e invariável é uma sempre elevação de preços, ainda que nos limites da competição intramarca, sendo raras as eficiências capazes de sobrepujar esse elemento de dano que não possam, no comum das vezes, ser produzidas por outros meios menos restritivos da concorrência.⁹

O ponto de maior sensibilidade é, sem dúvida alguma, a fixação de patamares mínimos e/ou rígidos para os preços de revenda.

Na literatura econômica e jurídica, mesmo após décadas de estudos e debates, ainda não há orientação clara em relação aos efeitos desse tipo de prática sobre a concorrência. Os principais juristas e economistas que se debruçaram sobre o tema não discordam quanto à existência de riscos concorrenciais relacionados à fixação de preços mínimos ou rígidos de revenda: estratégias comerciais dessa natureza podem, de fato, despertar preocupações concorrenciais, sendo a facilitação de cartel a principal delas. No entanto, cada um deles enxerga esse problema sob uma ótica própria. Para ilustrar, embora reconheça a existência desse problema, Easterbrook¹⁰ considera ser muito difícil estarem presentes todas as condições necessárias para que o risco de facilitação de cartel seja de fato efetivo, sendo mais provável que a fixação de preços de revenda seja prática adotada para fins pró-competitivos. Nessa mesma linha, Areeda, Kaplow e Edlin¹¹ sugerem serem poucos os exemplos concretos em que a facilitação de cartel tenha sido a explicação encontrada para a fixação de preços de revenda; Gelhorn, Kovacic e Calkins¹² também afirmam que estudos sobre esse tipo de prática revelariam que os resultados anticompetitivos geralmente associados a ela não são tão frequentes como originalmente se pensava. Por outro lado, Bowman Jr. sugere que os primeiros registros históricos de adoção de estratégia comercial baseada em *resale price maintenance* estariam ligados à prática de cartel na revenda.

Embora a perspectiva adotada não seja a mesma, muitos desses juristas e economistas parecem concordar em um ponto: para que a prática seja considerada anticoncorrencial, é preciso que os efeitos deletérios sobre a concorrência sejam, ao menos, possíveis. Nesse sentido, Easterbrook afirma que o risco de

9. Cf. fls. 51 do voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44.

10. EASTERBROOK, F. H. Vertical Arrangements and the Rule of Reason cit.

11. AREEDA, P.; KAPLOW, L.; EDLIN, A. Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases.

12. GELHORN, Ernest.; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. Antitrust Law and Economics in a Nutshell. 5. ed. Minnesota: Thomson/West, 2004. 617 p.

facilitação de cartel somente existirá se, entre outras condições, os mercados de produção e de revenda forem concentrados; não houver diferenças significativas entre o produto objeto da medida e seus principais concorrentes no mercado (*i.e.*, os produtos devem ser homogêneos); e não houver dificuldade no monitoramento dos preços de revenda.

Overstreet Jr.,¹³ por sua vez, somente admite o risco de facilitação de cartel: (i) na revenda, se os revendedores envolvidos detiverem poder de mercado suficiente para impor seus interesses sobre o fabricante (monopsônio) e a margem de lucro de revenda predefinida superar o patamar considerado ideal por este último; e (ii) na produção, se o mesmo tipo de prática for adotado por concorrentes que representem parcela significativa do mercado e se houver prova (a) da existência de acordo de preços entre rivais, (b) de que as barreiras à entrada nos mercados de produção e revenda são elevadas a ponto de não colocar em risco todo o esquema, e ainda (c) de que os revendedores não seriam capazes de optar por concentrar seus negócios na oferta de produtos não cartelizados.

Ainda nesse sentido, embora sugira a existência de relação entre a fixação de preços e a prática de cartel na revenda, Bowman Jr.¹⁴ não deixa de reconhecer a necessidade de cooperação por parte de fabricantes concorrentes, e de existência de um número limitado de revendedores, com perfis semelhantes, para que esse tipo de estratégia comercial sirva, de fato, como mecanismo de cartel.

Na literatura nacional, Salomão Filho considera que, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a configuração de um ilícito concorrencial depende da possibilidade de produção de efeitos negativos sobre a concorrência.¹⁵ No caso de restrições verticais, Salomão Filho propõe a diferenciação de práticas direcionadas a distribuidores e/ou revendedores exclusivos e as voltadas a distribuidores e/ou revendedores multimarcas. Com relação ao primeiro tipo de restrição, o professor considera haver risco concorrencial – *i.e.*, potencialidade de dano à concorrência – se, e somente se, o fabricante detiver poder de mercado, em conjunto ou separadamente com outros fabri-

13. OVERSTREET JR., Thomas R. Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence. *Bureau of Economics, Federal Trade Commission*, 1983. 208 p. Disponível em: <https://www.ftc.gov/reports/resale-price-maintenance-economic-theories-empirical-evidence>. Acesso em: 10 set. 2015.
14. BOWMAN JR., Ward S. The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance. *University of Chicago Law Review*, v. 22, p. 825-873, 1955. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4247. Acesso em: 25 ago. 2015.
15. SALOMÃO FILHO, C. Direito concorrencial cit., p. 415.

cantes. Quanto ao segundo tipo, Salomão Filho considera que, nessa hipótese, restrições verticais “presumidamente sempre tem por objetivo e pode levar à dominação do mercado”.¹⁶

Quanto às eficiências econômicas, a doutrina reconhece uma série de possíveis justificativas para a fixação de preços mínimos e/ou rígidos de revenda. Uma das principais é a garantia, pelo fabricante de determinado produto a seus revendedores, de margem de revenda suficiente para estimular a realização de investimentos na prestação de serviços especiais ao consumidor final. Além de economicamente eficiente, a fixação de preços pode, nesse sentido, estimular a concorrência intramarca via serviços e também acirrar a concorrência intermarcas, assegurando a maior competitividade de determinado *player* em relação a seus concorrentes no mercado de produção.

Outra possível explicação para a prática é a garantia de margem de revenda suficiente para que revendedores estratégicos tenham interesse em manter em suas prateleiras determinado produto ou ainda para que um maior número de varejistas decida promover sua venda: à medida que favorece o melhor posicionamento de determinado produto ou marca no mercado, esse tipo de estratégia pode também ser um estímulo ao acirramento da concorrência intermarcas.

Segundo Overstreet Jr.,¹⁷ além dessas, há inúmeras outras possíveis explicações para a fixação de preços de revenda, sendo que muitas delas podem se adequar como justificativa econômica em apenas alguns poucos ou em um único caso.

Na jurisprudência, a Suprema Corte dos Estados Unidos reviu sua orientação sobre o tema após quase 100 anos de presunção absoluta de ilicitude da prática de fixação de preços mínimos e/ou rígidos de revenda. Em *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc.* (2007), a Suprema Corte reconheceu que esse tipo de estratégia comercial pode ser tanto benéfico quanto prejudicial à concorrencial; e ainda que, na época, a experiência das cortes e tribunais norte-americanos com esse tipo de prática, não era suficiente para afirmar, com segurança, que os efeitos deletérios sobre a concorrência tendem sempre a superar as eficiências econômicas que podem resultar da fixação de preços de revenda. Para avaliar os efeitos líquidos desse tipo de prática sobre a concorrência, o então Juiz Kennedy – que foi acompanhado pela maioria dos juízes da Suprema Corte participantes desse caso – considerou ser necessária a avaliação de alguns fatores, tais como:

16. Idem, *ibidem*, p. 611.

17. OVERSTREET JR., T. R. Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence cit.

(i) *o número de players no mercado de produção que adotem estratégias comerciais dessa mesma natureza*: sendo que, quanto menor o número e a representatividade de *players* que fazem uso desse tipo política, menor o risco de a fixação de preços de revenda facilitar a formação de cartel;

(ii) *a origem da prática*: se há clareza de que a fixação dos preços mínimos de revenda tenha sido medida pleiteada por um ou mais revendedores, há risco de que a prática seja destinada à organização de cartel ou ao favorecimento de revendedor ineficiente em posição relevante no mercado;

(iii) *poder de mercado*: do agente econômico que tenha instituído a fixação de preços de revenda detivesse poder de mercado.

No âmbito da União Europeia, a fixação de preços mínimos e/ou rígidos de revenda recebe tratamento mais rigoroso em relação ao que foi estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2007. Isso não significa que a prática esteja sujeita à presunção absoluta de ilicitude na Europa. Na realidade, presume-se que esse tipo de estratégia comercial se enquadra como um ilícito pela regra do art. 101(1) do TFEU;¹⁸ mas abre-se a possibilidade, ao investigado, de demonstrar que a prática: (i) pode contribuir para a melhora na produção ou distribuição de mercadorias, ou para o progresso técnico ou econômico, ao mesmo tempo em que traz benefícios aos consumidores; e (ii) não impõe restrições que não sejam indispensáveis para o alcance desses resultados, e não possibilita a eliminação de parcela substancial da concorrência.¹⁹

18. Article 101 (ex Article 81 TEC) 1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

19. Tradução livre do original: “3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of: – any agreement or category of agreements between undertakings, – any decision or category of decisions by associations of undertakings, – any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the re-

Essa é a orientação estabelecida pela Comissão Europeia. Mas note-se que, apesar disso, em diversos precedentes envolvendo a prática de *resale price maintenance*, as autoridades concorrenciais tiveram a preocupação de demonstrar que os agentes econômicos envolvidos detinham poder de mercado suficiente para pôr em risco a livre-concorrência. Foi assim nos casos: *COMP.F.1/36.516 – Nathan – Bricolux* (2000), *COMP.F.1/35.918 – JCB* (2000), *COMP/36.264 – Mercedes-Benz* (2001) e *COMP/37.975 – PO/Yamaha* (2003).

Note-se ainda que, em pelo menos duas oportunidades recentes, a Corte de Justiça Europeia se posicionou sobre a fixação de preços de revenda, sugerindo que práticas dessa natureza somente podem ser consideradas ilícitas caso restrinjam – ou possam restringir – a concorrência, de forma substancial, no mercado comum europeu, e sejam capazes de causar impactos sobre o livre comércio entre países-membros da União Europeia. Isso se deu, por exemplo, em 2009, no caso *C-260/07 Pedro IV Servicios*. Nesse caso, além de reconhecer que a recomendação de preços e a fixação de preços máximos de revenda estão fora do escopo do art. 81 do TEC (correspondente ao atual art. 101 do TFEU), a Corte afirmou expressamente que a fixação de preços mínimos ou rígidos somente poderia ser considerada violação a essa norma, se constatadas, no caso concreto, as condições previstas no art. 81(1) do TEC (correspondente ao atual art. 101(1) do TFEU), quais sejam: que a prática tenha por objeto ou efeito a restrição à concorrência no mercado comum europeu e seja capaz de afetar o livre comércio entre países membros.

3. Caso SKF: análise crítica da nova orientação do Cade

Até o julgamento do Caso SKF, nunca houve análise aprofundada sobre os efeitos concorrenciais que podem decorrer desse tipo de estratégia ou sobre o tratamento jurídico mais apropriado para casos dessa natureza. Além disso, nenhum caso levado a julgamento pelo Cade, até então, tinha resultado em condenação autônoma por prática dessa natureza.²⁰ Fica claro, portanto, que o Caso SKF é, de fato, paradigmático na jurisprudência do Cade.

sulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question”.

20. BRÓLIO GONÇALVES, P. Painel 3 – Uma abordagem sobre fixação de preço de revenda à luz da jurisprudência recente do Brasil, Estados Unidos e Europa. 19º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC, 2013. Disponível em: http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/19SeminarioConcorrencia/PALESTRAS/19_IBRAC_01112013_Priscila_%20Brolio.pdf. Acesso em: 10 nov. 2015.

Em resumo, com a orientação estabelecida no Caso SKF, a prática de fixação de preços mínimos e/ou rígidos de revenda passa a ser presumida ilícita pelo Cade, sendo suficiente prova da efetiva implementação de estratégia comercial dessa natureza para a condenação do(s) agente(s) econômico(s) envolvido(s) nessa prática. E essa condição só poderá ser revertida, se o(s) investigado(s) for(em) capaz(es) de produzir prova negativa da potencialidade de dano e de demonstrar que os efeitos líquidos da prática sobre a concorrência são positivos.

Isso nos remete à discussão sobre a configuração de ilícito concorrencial no Brasil. De acordo com o art. 173, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apenas o *abuso* de poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros está sujeito à repressão no Brasil.

Como bem pontua SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, o *abuso* de poder econômico pressupõe que o poder do qual se excede é legítimo, assim como em princípio o seu *uso*.²¹ Ainda de acordo com o professor, não há como qualificar, por força de lei, o que venha a constituir *abuso* de poder econômico: mesmo o exercício de prerrogativas legítimas, conferidas ou, pelo menos, não proibidas por lei, pode configurar *abuso* de poder econômico, se provocar desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, sujeito ativo do direito difuso à livre concorrência.²² O exame do que venha a constituir *abuso* de poder econômico depende da ponderação de uma série de fatores, quais sejam: das condições do agente econômico que exerce esse poder em relação a outros *players* atuantes no mesmo mercado; das circunstâncias e do momento em que o uso do poder econômico se dá; e das condições estruturais do(s) mercado(s) que, de algum modo, sofre(m) os reflexos desse poder.

Nesta linha de raciocínio, se a infração é por *abuso* de poder econômico, é importante observar a capacidade e as condições do agente econômico em face dos demais. Já quanto ao mérito da conduta, há de se olhar para o exercício estratégico da prática, ou seja, para as circunstâncias e condições objetivas do momento, para a conveniência e oportunidade em que se exerce a conduta. Assim haverá abuso por excesso de poder (aspecto subjetivo) quando houver exorbitância no uso da capacidade de agir, das condições do agente (por exemplo, em caso de posição dominante ou de monopólio). Independentemente da condição subjetiva, o abuso ocorre também por desvio de finalidade (aspecto objetivo), por

21. FERRAZ JÚNIOR, T. S. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. Revista de Direito da Concorrência, v. 1, n. 2, p. 15, 2013.

22. Idem, p. 14.

possibilidade efetiva de produzir-se um efeito danoso ao mercado no contexto da prática (condutas cartelizadoras para evitar os prejuízos de uma “guerra de preços”, mas que provocam substantivos prejuízos ao mercado e ao consumidor).²³

De todo modo, mesmo que isso fosse desconsiderado, a presunção de ilicitude da prática de fixação de preços de revenda continuaria sendo questionável. Isso porque os impactos desse tipo de prática sobre a concorrência são ambíguos e nem mesmo em jurisdições mais maduras do que a brasileira, em matéria de direito antitruste, há clareza quanto aos efeitos que tendem a prevalecer na maior parte dos casos. Aliás, a Suprema Corte dos Estados Unidos afastou a presunção absoluta de ilicitude dos casos de *resale price maintenance* justamente por não ser possível afirmar, com segurança, que os riscos concorrenciais tendem sempre a superar as eficiências econômicas que podem resultar da fixação de preços de revenda.

Ainda nesse sentido, são bastante ilustrativas as considerações feitas por Luiz Carlos Delorme Prado, então Conselheiro do Cade, em seu voto no Processo Administrativo 08012.002127/2002-14 (*Cartel das Britas*). Nesse caso, o Conselheiro Delorme Prado discute a possibilidade de presumir a ilicitude do cartel clássico no Brasil; e chega à conclusão de que isso seria, sim, possível, porque, diferentemente de outras práticas, “cartéis clássicos são, *sem qualquer ambiguidade*, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são, conseqüentemente, um delito per se, sem possibilidade de qualquer mitigação”.²⁴ Em seu voto, o então Conselheiro faz o alerta de que tratar dessa mesma forma práticas que tanto podem ser negativas quanto benéficas para a concorrência seria prejudicial ao progresso econômico, ainda mais no caso de um país em desenvolvimento. Embora estivesse se referindo especificamente a atos de concentração, o mesmo raciocínio é perfeitamente aplicável a restrições verticais e, mais particularmente, à fixação de preços de revenda.

Portanto, enquanto as fusões e aquisições podem ter um efeito negativo para o consumidor, a partir do aumento do poder de mercado de uma empresa, esses podem ser *mais* que compensados com o aumento da eficiência que beneficia os consumidores. Isto é, como a legislação antitruste, particularmente em um país em desenvolvimento, não pode ser um freio ao progresso técnico e ao aumento da eficiência da economia:

23. Idem, p. 15.

24. Cf. fls. 9 do voto do Conselheiro Relator do Processo Administrativo 08012.002127/2002-14.

há que se aplicar a regra da razão para se contrapor os efeitos que operam em direções contrárias nos atos de concentração.²⁵

Aliás, dado que as principais preocupações relacionadas à fixação de preços de revenda também estão presentes em casos envolvendo outros tipos de restrição vertical, não faz absolutamente nenhum sentido tratá-las de modo diferenciado. É o que defende, por exemplo, Overstreet Jr.

Ainda que não fossem suficientes as considerações supramencionadas, a experiência internacional revela que a distribuição do ônus da prova no Caso SKF foi desproporcional. Mesmo em jurisdições que conferem tratamento jurídico mais rigoroso para práticas dessa natureza, como é o caso da União Europeia, as autoridades procuram demonstrar a potencialidade de dano à concorrência, por meio da análise das condições estruturais do(s) mercado(s) afetado(s) pela prática e do poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos: atribui-se, ao investigado, o papel de demonstrar que a prática pode produzir eficiências econômicas e trazer benefícios ao consumidor que não poderiam ser alcançados de outra forma. No Caso SKF, o Cade foi além e atribuiu, à empresa investigada, o ônus de provar que *não detinha* poder de mercado suficiente para pôr em risco a concorrência.

Por fim, a orientação estabelecida no Caso SKF poderia ser questionada por razões apontadas até mesmo por quem admite a presunção de ilicitude da prática de fixação de preços de revenda. Salomão Filho é um dos exemplos na literatura antitruste que admite esse tipo de tratamento jurídico no caso de fixação de preços de revenda; mas é enfático em limitar a presunção de ilicitude a estratégias comerciais dessa natureza direcionadas a distribuidores e/ou revendedores multimarcas. Em *Direito concorrencial*, o professor deixa claro que o mesmo tratamento é inaceitável no caso de estratégias direcionadas a distribuidores e/ou revendedores exclusivos ou, ainda, no caso de a fixação de preços de revenda ser medida imprescindível para a entrada de um novo *player* no mercado sem concentração vertical.

Por todas as razões supramencionadas, embora não se desconheça o esforço do Cade em analisar, com rigor e profundidade, os efeitos da fixação de preços de revenda sobre a concorrência, a conclusão a que se chega é de que a orientação estabelecida no Caso SKF precisa ser lapidada. É o que se espera de decisões futuras.

25. Cf. fls. 8-9 do voto do Conselheiro Relator do Processo Administrativo 08012.002127/2002-14.

Referências

- AMERICAN BAR ASSOCIATION. Section of Antitrust Law. Competition Laws Outside the United States. 2. ed. *ABA Book Publishing*, 2011. v. I.
- ANN WHITE, Barbara. Black and white thinking in the grey areas of antitrust: the dismantling of vertical restraints regulation. *George Washington Law Review*, v. 60/1, 1991-1992, p. 1-67. Available at: <http://heinonline.org>. Accessed on: 18 sept. 2015.
- AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.
- BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993.
- BORK, Robert H. The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division. *75 Yale Law Journal*, 373, 1966.
- BOUDREAUX, Don; Ekelund Jr., Robert B. Inframarginal Users and the Per Se Legality of Vertical Restraints. *Hofstra Law Review*, v. 17, n. 1, art. 4, p. 137-158, 1988. Available at: <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol17/iss1/>. Accessed on: 18 sept. 2015.
- BOWMAN JR., Ward S. The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance. *University of Chicago Law Review*, v. 22, p. 825-873, 1955. Available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4247. Accessed on: 25 aug. 2015.
- BRÓLIO GONÇALVES, Priscila. *A fixação e a sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- BRÓLIO GONÇALVES, Priscila. Painel 3 – Uma abordagem sobre fixação de preço de revenda à luz da jurisprudência recente do Brasil, Estados Unidos e Europa. *19º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC*, 2013. Available at: http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/19SeminarioConcorrência/PALESTRAS/19_IBRAC_01112013_Priscila_%20Brolio.pdf. Accessed on: 10 nov. 2015.
- BRUNELL, Richard M. Overruling Dr. Miles: The Supreme Trade Commission in action. *The Antitrust Bulletin*, v. 52, n.º 3-4, p. 475-529, 2007. Available at: <http://www.ftc.gov/opp/workshops/rpm/may09/docs/rbrunell.pdf>. Accessed on: 10 oct. 2015.
- COMANOR, William S. Vertical price-fixing, vertical market restrictions and the new antitrust policy. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 5, p. 983-1002, 1985.

- Available at: <http://www.jstor.org/stable/1340882>. Accessed on: 15 sept. 2015.
- COMANOR, William S. Antitrust policy toward resale price maintenance following Leegin. *The Antitrust Bulletin*, v. 55, n. 1, p. 59-78, 2010.
- EASTERBROOK, Frank H. Vertical Arrangements and the Rule of Reason. *Antitrust Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 135-173, 1984. Thirty-Second Annual Spring Meeting: Part II. Available at: <http://www.jstor.org/stable/40840712>. Accessed on: 12 feb. 2015.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 1, n. 2, p. 11-31, 2013.
- FLYNN, J. J. The “is” and the “ought” of vertical restraints after Monsanto Co. v. *Spray-Rite Service Corp.* *Corner Law Review*, art. 1, n. 6, p. 1095-1149, 1986. Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr>. Accessed on: 19 sept. 2015.
- GELHORN, Ernest.; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. 5. ed. Minnesota: Thomson/West, 2004. 617 p.
- GRIMES, Warren S. Spiff, Polish, and Consumer Demand Quality: Vertical Price Restraints Revisited. *California Law Review*, v. 80, n. 4, p. 815-855, 1992. Available at: <http://heinonline.org>. Accessed on: 18 sept. 2015.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 4. ed. Hornbook Series, Minnesota: West Publishing Co., 2011.
- IPPOLITO, Pauline. M. RPM myths that muddy the discussion. *The Antitrust Bulletin*, v. 55, n. 1, p. 151-165, 2010.
- KAPLOW, Louis. An economic approach to price fixing. *Antitrust Law Journal*, v. 77, nº 2, p. 343-449, 2011.
- KIP VISCUSI, W.; HARRINGTON JR., J. E.; VERNON, J. M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005. 927 p.
- KELLY, Keneth. The Role of the Free Rider in Resale Price Maintenance: *The Loch Ness Monster of Antitrust Captured*. *George Mason*, v. 10, 1987-1988, p. 327-381. Available at: <http://heinonline.org>. Accessed on: 18 sept. 2015.
- KLEIN, Benjamin; MURPHY, Kevin M. Vertical restraints as contract enforcement mechanisms. *Journal of Law and Economics*, v. 31, nº 2, p. 265-297, 1988.
- KLEIT, Andrew N. Efficiencies without Economists: The Early Years of Resale Price Maintenance. *Southern Economic Association, Southern Economic*

- Journal*, v. 59, n. 4, p. 597-619, 1993. Available at: <http://www.jstor.org/stable/1059726>. Accessed on: 18 sept. 2015.
- MARVEL, Howard P.; MCCAFFERTY, Stephen. Resale Price Maintenance and Quality Certification. *The RAND Journal of Economics*, v. 15, n. 3, p. 346-359, 1984. Available at: <http://www.jstor.org/stable/2555443>. Accessed on: 18 sept. 2015.
- MATTOS, César. Fixação de preços de revenda (resale-price maintenance – FPR): elementos para um roteiro de investigação. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 4, p. 27-65, 2001.
- MATTOS, César. Fixação de preço de revenda mínimo do Cade: o Caso SKF. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 24, p. 71-104, 2013.
- MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2008. 527 p.
- MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. 12. ed. New York: Cambridge University Press, 2004. 616 p.
- OCDE. Policy Roundtables: Resale Price Maintenance 2008. DAF/COMP(2008)37. Paris, 2009. Available at: www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf. Accessed on: 18 sept. 2015.
- OVERSTREET JR., Thomas R. Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence. *Bureau of Economics, Federal Trade Commission*, 1983. 208 p. Available at: <https://www.ftc.gov/reports/resale-price-maintenance-economic-theories-empirical-evidence>. Accessed on: 10 sept. 2015.
- PITOFSKY, Robert. In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing. *Georgetown University Law Journal*, v. 71, p. 1487-1495, 1983. Available at: <http://heinonline.org>. Accessed on: 18 sept. 2015.
- POSNER, Robert. *Antitrust Law*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001. 316 p.
- POSNER, Robert. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976. 272 p.
- POSNER, Robert. The next step in the antitrust treatment of restricted distribution: per se legality. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 48, p. 6-26, 1981. Available at: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2868&context=journal_articles. Accessed on: 7 mar. 2015.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. 632 p.

- SALOP, Steven C. Exclusionary Vertical Restraints Law: Has Economics Mattered? *The American Economic Review*, v. 83, n. 2, p. 168-172, 1993. Available at: <http://www.jstor.org/stable/2117659>. Accessed on: 11 sept. 2015.
- TAUSSIG, F. W. Price Maintenance. *The American Economic Review*, v. 6, n° 1, p. 170-184, 1916. Available at: <http://www.jstor.org/stable/1803800>. Accessed on: 16 set. 2015.
- TELSER, Lester G. Why Should Manufacturers Want Fair Trade? *The Journal of Law & Economics*, v. 3, p. 86-105, 1960. Available at: <http://www.jstor.org/stable/724814>. Accessed on: 20 jul. 2015.
- WILLIAMSON, Oliver E. Assessing vertical market restrictions: antitrust ramifications of the transaction cost approach. Pennsylvania: *University of Pennsylvania Law Review*, 127 U. Pa. L. Rev. 953, p. 953-993, 1979. Available at: http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/17. Accessed on: 2 aug. 2015.
- WINTER, Ralph A. Vertical Control and Price Versus Nonprice Competition. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 108, n. 1, p. 61-76, 1993. Available at: <http://www.jstor.org/stable/2118495>. Accessed on: 18 sept. 2015.
- WHISH, Richard. *Competition Law*. 7. ed. New York: Oxford University Press, 2012. 1015 p.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2017 – 1.^a COLOCADA –
GRADUAÇÃO

AS AÇÕES AJUIZADAS COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO DE CARTEL

Uma análise empírica do estado da arte
no Brasil

GIOVANA VIEIRA PORTO

Resumo: Este trabalho objetivou realizar a análise quantitativa das ações com pedido indenizatório por dano de cartel ajuizadas no Brasil. Diante disso, após corrigidas as distorções nos resultados, foram identificadas 69 ações. Constatou-se que os terceiros prejudicados pelos supostos cartéis demandaram mais em juízo que os Ministérios Públicos Federais e Estaduais. As ações foram predominantemente ajuizadas na Justiça Estadual de São Paulo. Também foi identificado que os pedidos indenizatórios por dano de cartel foram julgados improcedentes na maioria dos casos. Por fim, constatou-se que o Judiciário não adotou critério uniforme para a quantificação dos danos suscitados pelos autores.

Palavras-chave: Cartel – Indenização – Judiciário – Análise quantitativa – Autoridade da concorrência – Cade – Danos.

Abstract: This essay aims at conducting a quantitative analysis of lawsuits with request for compensation for cartel damages filed in Brazil. Therefore, confronted the distortion of the research, 69 lawsuits were identified. It was found that the third parties damaged by the alleged cartels filed more compensation lawsuits than the Federal or State Public Prosecutor's Office. The lawsuits were broadly filed before the State Judge of São Paulo. It was also identified that the request for cartel damages were denied in most cases. At last, it was identified that the Judiciary Branch did not decide uniformly with respect to the calculation of the damages alleged by the Claimants.

Keywords: Cartel – Compensation – Judiciary Branch – Quantitative analysis – Competition authority – Cade – Damages.

1. Introdução

“Com vistas à articulação entre persecução pública e privada a condutas anticompetitivas no Brasil, e com o objetivo de fomentar a reparação de danos concorrenciais no Brasil”, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) iniciou a Consulta Pública n. 05/2016, em 7 de dezembro de 2016. A Consulta tinha como um dos objetivos receber sugestões acerca da proposta de Resolução para regulamentar “os procedimentos de acesso aos documentos e informações oriundos de Acordo de Leniência, Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e busca e apreensão”, com o intuito de fomentar as ações reparatórias no Brasil. A análise quantitativa das ações com pedido indenizatório por dano concorrencial foi realizada pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC¹ poucos meses antes da abertura da Consulta pelo Cade.

Como resultado da pesquisa realizada pelo IBRAC foram identificadas 124 ações denominadas de *stand-alone suits*² e 33 ações reparatórias por alegados danos concorrenciais, que não apenas cartéis. Este trabalho busca complementar a pesquisa do Instituto, concentrando-se, apenas, nas ações com pedido indenizatório por dano de cartel ajuizadas no Brasil e as suas principais características. Portanto, a análise das ações identificadas será predominantemente quantitativa.

Diante disso, serão analisadas, a seguir, a quantidade de ações com pedido indenizatório ajuizadas no Brasil até 31 de agosto de 2017, bem como se os cartéis alegados em tais ações foram analisados pelo Cade. Ademais, serão identificados quem são os autores das ações indenizatórias e os Tribunais nos quais tais ações foram ajuizadas. Por fim, será feito o balanço das decisões judiciais acerca do pedido indenizatório, analisando-se a metodologia de cálculo de danos patrimoniais e extrapatrimoniais adotada pelo Judiciário nas ações nas quais houve procedência ao pedido indenizatório por dano de cartel.

1. 22º Seminário internacional de Defesa da Concorrência, 2016. O papel do Judiciário no direito da concorrência. Campos do Jordão: Grande Hotel. 21 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fbxDE1HM83k>.
2. Para Daniel Caselta (2016), tais ações são “demandas indenizatórias ajuizadas sem que haja qualquer investigação ou decisão prévia por parte das autoridades de defesa da concorrência com relação à infração concorrencial em questão”. CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016, p. 120.

2. Metodologia

Em razão do propósito do trabalho de realizar a análise quantitativa das ações com pedido indenizatório por dano de cartel ajuizadas no Brasil, a metodologia da pesquisa consistiu na busca pelos processos nos sítios eletrônicos de todos os 27 Tribunais de Justiça³ e de todos os 5 Tribunais Regionais Federais⁴ brasileiros, denominados Tribunais, neste trabalho. Não foram analisados os processos julgados ou em trâmite no Superior Tribunal de Justiça e/ou no Supremo Tribunal Federal.

Ao longo da pesquisa, efetuou-se a busca pelo inteiro teor das decisões monocráticas e dos acórdãos nos sítios eletrônicos dos Tribunais, em razão da indisponibilidade da ferramenta de pesquisa por sentenças e decisões interlocutórias na maioria dos sítios eletrônicos do Judiciário. Além disso, foram utilizadas as expressões “cartel E indenização”, “cartel E reparação” e “cartel E responsabilidade” nos campos de pesquisa de jurisprudência dos sítios eletrônicos dos Tribunais. Em regra, por meio do acompanhamento dos processos de segundo grau encontrados, era possível encontrar a ação de primeiro grau vinculada.

Concomitantemente à pesquisa por acórdãos e decisões monocráticas, foi realizada a busca pelas expressões supramencionadas nos campos de pesquisa de sentença e demais decisões de primeiro grau, sempre que disponí-

3. Os Tribunais de Justiça são os seguintes: Tribunal de Justiça do Acre (“TJAC”), Tribunal de Justiça de Alagoas (“TJAL”), Tribunal de Justiça do Amapá (“TJAP”), Tribunal de Justiça do Amazonas (“TJAM”), Tribunal de Justiça da Bahia (“TJBA”), Tribunal de Justiça do Ceará (“TJCE”), Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (“TJDFT”), Tribunal de Justiça do Espírito Santo (“TJES”), Tribunal de Justiça de Goiás (“TJGO”), Tribunal de Justiça do Maranhão (“TJMA”), Tribunal de Justiça do Mato Grosso (“TJMT”), Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (“TJMS”), Tribunal de Justiça de Minas Gerais (“TJMG”), Tribunal de Justiça do Pará (“TJPA”), Tribunal de Justiça da Paraíba (“TJPB”), Tribunal de Justiça do Paraná (“TJPR”), Tribunal de Justiça de Pernambuco (“TJPE”), Tribunal de Justiça do Piauí (“TJPI”), Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (“TJRJ”), Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (“TJRN”), Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (“TJRS”), Tribunal de Justiça de Rondônia (“TJRO”), Tribunal de Justiça de Roraima (“TJRR”), Tribunal de Justiça de Santa Catarina (“TJSC”), Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”), Tribunal de Justiça de Sergipe (“TJSE”) e Tribunal de Justiça de Tocantins (“TJTO”).
4. Os Tribunais Regionais Federais (“TRF”) analisados foram: Tribunal Regional Federal da 1ª Região (“TRF1”), Tribunal Regional Federal da 2ª Região (“TRF2”), Tribunal Regional Federal da 3ª Região (“TRF3”), Tribunal Regional Federal da 4ª Região (“TRF4”) e Tribunal Regional Federal da 5ª Região (“TRF5”).

veis.⁵ Além das ações que continham o pedido indenizatório por dano de cartel identificadas, também foram catalogadas as ações mencionadas pelos juizes ou pelos desembargadores em suas decisões e que, porventura, não apareceram inicialmente como resultado das pesquisas jurisprudenciais. Também há de se destacar que foram catalogados os processos nos quais, apesar de estarem em segredo de justiça em primeiro grau, as informações acerca do pedido autoral se encontravam públicas na decisão de segundo grau.

Não foram catalogadas as demandas nas quais o pedido de indenização estava baseado em ato de improbidade administrativa que poderia configurar hipótese de ilícito antitruste. Nesses casos, a conduta tratava-se, em sua maioria, da suposta prática de cartel em licitações. Outrossim, também não foram catalogadas as demais ações nas quais o sítio eletrônico do Tribunal não permitia a pesquisa por conteúdo da sentença ou de demais decisões de primeiro grau e, simultaneamente, não tenha havido decisão de segundo grau ou que a decisão de segundo grau não tenha sido disponibilizada, como no caso do Cartel do Metrô de São Paulo.

No que tange ao marco temporal da pesquisa, não foi feita qualquer restrição quanto à data do ajuizamento das ações, buscando-se, inclusive, processos que já tenham sido arquivados. No entanto, foram catalogados os processos nos quais a decisão de primeiro ou segundo grau foi proferida até o dia 31 de agosto de 2017.

2.1 Principais limites da pesquisa

Diversos foram os limites identificados na realização da pesquisa. O primeiro deles foi a inexistência de uniformização das ferramentas de pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos dos Tribunais, sejam eles federais ou estaduais. Isso implicou impedimento de adoção de outras expressões de pesquisa uniformes nos campos de busca jurisprudencial.

Outro limite da pesquisa foi a disponibilização pública eletrônica apenas do conteúdo das decisões de primeiro e segundo grau, não havendo acesso público eletrônico à integralidade dos autos de todas as ações. Há de se destacar que, frequentemente, no relatório ou no próprio conteúdo meritório das decisões judiciais disponíveis eletronicamente, não há detalhes minuciosos do pedido autoral, dificultando a análise dos casos de cartel alegados no pedido autoral e, conseqüentemente, do próprio fundamento do pedido indenizatório.

5. A pesquisa por conteúdo de sentença e demais atos de Primeiro Grau está disponível nos sítios eletrônicos do TJGO e do TJMG.

Outrossim, constatou-se que alguns dos Tribunais ainda não adequaram a numeração processual à uniformização determinada pelo Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), por meio da Resolução 65, publicada em 9 de janeiro de 2009. Isso acarretava que o número do processo indicado no acórdão fosse, por vezes, diferente do indicado no acompanhamento processual, retardando a catalogação das ações.

Também foram encontrados certos obstáculos na identificação da ação de primeiro grau. Isso porque, em alguns dos processos de segundo grau não havia indicação do número do processo originário. Diante disso, era necessário realizar a busca por nome das partes para identificar a ação de primeiro grau. No entanto, há sítios eletrônicos que não permitem a busca por apenas um critério de pesquisa, ou seja, além do nome da parte, às vezes, era solicitada a indicação da comarca em que o processo originário estava localizado e/ou o ano de ajuizamento da ação, o que acarretava na efetiva complexidade da busca processual.

Por fim, outro limite constatado foi a frequente indisponibilidade no funcionamento dos sítios eletrônicos de alguns dos Tribunais. Tal fato impossibilitava o acesso ao acompanhamento processual e às decisões disponíveis dos processos.

3. Resultados

3.1 Aspectos gerais das demandas reparatorias

Como resultado da pesquisa deste trabalho foram identificadas 95 ações com pedido de reparação por dano de cartel ajuizadas, seguindo a metodologia supraindicada. Nesses processos, identificou-se a existência de 41 supostas práticas de cartéis diferentes em relação aos quais as ações foram ajuizadas.

Apesar das limitações em agrupar os casos de cartel, tais como a falta de identidade de partes nas ações ajuizadas, objetivou-se identificar se o Cade já havia analisado, por averiguação preliminar, inquérito administrativo ou processo administrativo, a suposta prática anticompetitiva. Diante disso, foram encontradas 65 ações, que correspondem a 20 dos supostos cartéis suscitados nas ações encontradas, nas quais o Cade já havia iniciado as investigações ou decidido sobre a prática. Portanto, em 68,4% das ações, o alegado cartel que fundamentou o pedido indenizatório foi analisado pelo Cade. Por sua vez, dessas ações cerca de 70,5% tiveram o alegado cartel decidido pelo Cade até 31 de agosto de 2017.

O Quadro 1, a seguir, contém a relação das ações com pedido indenizatório por dano de cartel ajuizadas no Brasil. Na primeira coluna, há a identifi-

cação do mercado afetado pela suposta prática de cartel alegada pela parte autora nas ações reparatórias. Na segunda coluna, há a indicação do número do processo administrativo no Cade, se existente. Há de se notar que o processo administrativo foi catalogado mesmo que o Cade tenha iniciado a investigação do suposto cartel em data posterior à do ajuizamento da ação reparatória.

A terceira coluna contém a indicação da data do julgamento do processo administrativo pelo Cade. Nesse caso, se o julgamento durou mais de uma sessão, foi considerada a data do proferimento do último voto para fins de registro no Quadro 1. Por fim, na quarta coluna, há a indicação da quantidade de ações reparatórias ajuizadas em relação à prática de cartel alegada pelas autoras das ações, ou seja, a título de exemplo, foram encontradas três demandas reparatórias em relação ao cartel no mercado de revenda de combustíveis em Londrina/PR.

Quadro 1 – Relação de ações judiciais encontradas

Mercado envolvido no suposto cartel	Processo no Cade	Julgamento no Cade	Quantidade de ações
Fertilizantes	08000.016384/1994-11	4.3.1996	1
GLP em Porto Alegre e Canoas/RS	08000.009354/1997-82	17.9.2014	1
Medicamentos Genéricos	08012.009088/1999-48	13.10.2005	2
Revenda de combustíveis em Teresina/PI	08012.007301/2000-38	6.3.2013	1
Vergalhões de Aço	08012.004086/2000-21	23.9.2005	4
Revenda de combustíveis em Londrina/PR	08012.001003/2000-41	6.3.2013	3
Revenda de combustíveis em Guaporé/RS	08012.005495/2002-14	31.8.2011	1
Cegonheiros	08012.005669/2002-31	21.11.2007	3
GLP no Triângulo Mineiro	08012.006019/2002-11	9.7.2008	1
Gases hospitalares e industriais	08012.009888/2003-70	1.9.2010	18

As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel

Mercado envolvido no suposto cartel	Processo no Cade	Julgamento no Cade	Quantidade de ações
Revenda de combustíveis em Santa Maria/RS	08012.004573/2004-17 e 08012.007149/2009-39	19.6.2013	1
Serviços de anestesiologia no Estado do Rio Grande do Norte	08012.004420/2004-70	16.3.2016	1
GLP no Pará	08012.002568/2005-51	7.12.2016	1
Revenda de combustíveis em Marília/SP	08012.011042/2005-61	11.8.2014	1
Comercialização de areia	08012.000283/2006-66	17.12.2008	1
Revenda de combustíveis em Caxias do Sul/RS	08012.010215/2007-96	6.3.2013	17
Montadoras de automóveis	08012.010760/2007-82	11.9.2013	1
GLP no Distrito Federal	08012.006043/2008-37	Julgamento pendente até 31.8.2017	2
Compressores	08012.000820/2009-11	16.3.2016	1
Comercialização de Laranjas	08700.000739/2016-10; 08700.000738/2016-67; e 08700.000729/2016-76	Julgamento pendente até 31.8.2017	3
Comercialização de soja geneticamente modificada	Não se aplica	Não se aplica	1
Administração de Consórcios	Não se aplica	Não se aplica	1
Comercialização de papel do tipo <i>cut size</i>	Não se aplica	Não se aplica	1
Tratamento de água	Não se aplica	Não se aplica	1
Revenda de combustíveis em Encantado/RS	Não se aplica	Não se aplica	11

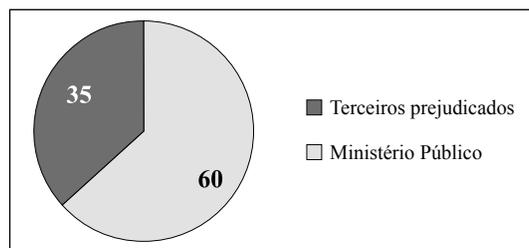
Os demais casos de supostos cartéis identificados trata-se de alegados cartéis no mercado de revenda de combustíveis em relação aos quais foi identificada apenas uma ação indenizatória. Os Municípios nos quais os supostos cartéis teriam atuado são: Anápolis/GO, Assis/SP, Belo Horizonte/MG, Bonifácio/SP, Campina Grande/PB, Estado de Pernambuco, Goianésia/GO, Jaboticabal/SP, Marau/RS, Nova Friburgo/RJ, Pires do Rio/GO, São Gabriel/RS, São Luis/MA, Tubarão/SC e Uberaba/MG.

Portanto, como análise dos resultados encontrados nesta pesquisa, foi constatado que 22 dos supostos casos de cartel referiam-se à suposta colusão no mercado de revenda de combustíveis. Isso representa cerca de 50 das ações ajuizadas, ou seja, cerca de 52,7% das ações alegavam a existência de cartel no mercado de revenda de combustíveis.

3.2 Perfil dos autores das ações indenizatórias

Como próxima etapa desta pesquisa, objetivou-se identificar quem são, na prática, os autores das ações com pedido indenizatório por dano por cartel. Para isso, foi feita uma divisão entre ações ajuizadas pelo Ministério Público Federal (“MPF”) ou pelo Estadual e as ações ajuizadas por terceiros prejudicados, conforme indicado no Gráfico 1, a seguir.

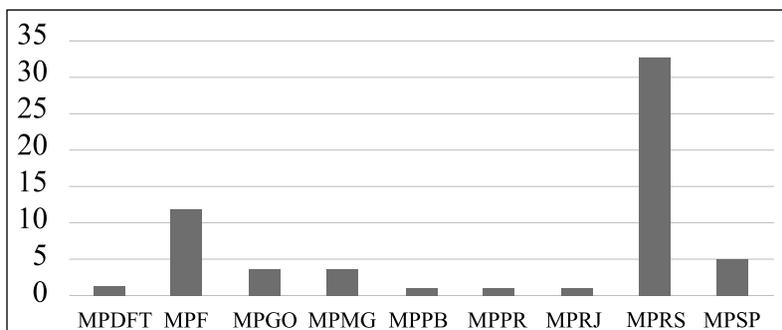
Gráfico 1 – Autores das ações reparatórias (por número de ações)



Fonte: Ministério Público.

Conforme se depreende do gráfico *supra*, cerca de 66,7% das ações identificadas foram ajuizadas pelo Ministério Público Estadual ou Federal. As demais foram ajuizadas por terceiros prejudicados. Está discriminada, a seguir, a quantidade de ações ajuizadas por cada uma das unidades do Ministério Público identificadas como parte autora.

Gráfico 2 – Quantidade de ações ajuizadas pelo Ministério Público



Entre as ações ajuizadas pelo Ministério Público, foram identificadas 12 ações civis públicas ou ações coletivas ajuizadas pelo MPF. Por sua vez, quanto ao Ministério Público Estadual, destacam-se as ações ajuizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (“MPRS”).

Verificou-se que o MPRS foi a unidade do Ministério Público que mais demandou em juízo, ajuizando 33 ações ao todo. Tal quantidade configura cerca de 34,8% das ações identificadas na pesquisa. Ocorre que a análise apenas numérica das ações ajuizadas pelo MPRS geraria uma distorção nos resultados da pesquisa. Isso porque o MPRS, nos casos dos supostos cartéis em Encantado e Caxias do Sul, ajuizou uma ação individual para cada uma das pessoas jurídicas supostamente envolvidas nas condutas. Diante disso, caso considerado que o MPRS ajuizou uma única ação para o suposto cartel em Encantado e uma ação para o alegado cartel de Caxias do Sul, os dados seriam significativamente alterados.

Nesse sentido, o total de ações com pedido indenizatório identificadas seria reduzida para 69 ações. Por sua vez, o número de ações ajuizadas pelo Ministério Público também sofreria uma redução para 34 ações, ou seja, revelou-se que os terceiros prejudicados estariam demandado, comparativamente, mais em juízo. Além disso, foi identificado que o MPRS ajuizou, na verdade, 7 ações com pedido indenizatório por dano de cartel, em vez de 33 ações. Apesar disso, o MPRS ainda estaria à frente do MPSP em quantidade de ações ajuizadas, tendo em vista que o MPSP ajuizou apenas 5 ações com pedido indenizatório por dano de cartel.

Por fim, entre as ações ajuizadas por terceiros interessados, destaca-se uma na qual o Estado do Espírito Santo foi o autor.⁶ Nessa ação o Estado sustentou o pedido indenizatório com fundamento em suposto cartel no mercado de gases industriais e hospitalares. Tal cartel teria gerado sobrepreço nos contratos celebrados entre o Estado e a parte ré. Até o dia 31 de agosto de 2017, ainda não havia sido proferida sentença no processo.

3.3 *Local do ajuizamento da ação: Justiça Federal ou Estadual*

Além dos autores das ações, por meio da pesquisa, buscou-se identificar se as ações foram ajuizadas na Justiça Federal ou na Estadual. Com o intuito de realizar tal identificação, foram consideradas as localidades competentes para proferir a sentença. Isso porque em alguns casos, a ação foi ajuizada na Justiça Federal e houve declínio de competência para a Justiça Estadual. O contrário também se verificou, ou seja, a ação foi ajuizada na Justiça Estadual e a competência foi entendida como da Justiça Federal.

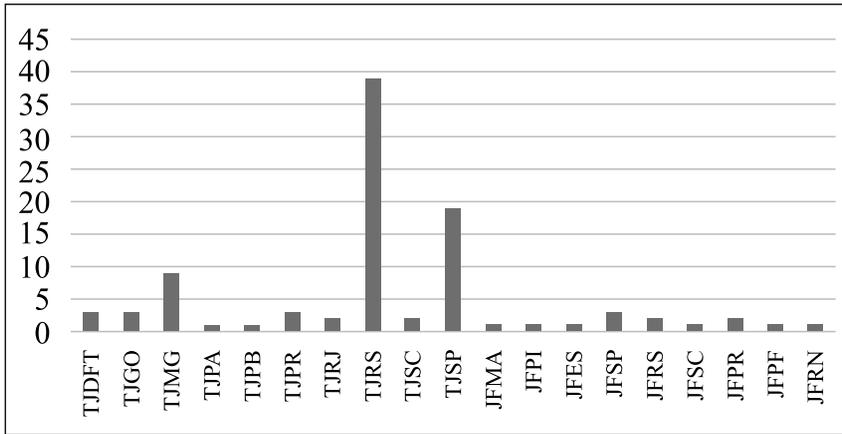
Dessa forma, foram encontradas 13 ações ajuizadas na Justiça Federal (cerca de 13,7% das ações) e 82 na Justiça Estadual (cerca de 86,3% das ações). Entre as ações ajuizadas na Justiça Federal, a Seção Judiciária de São Paulo foi a que recebeu mais ações. Em seguida, as Seções Judiciárias do Rio Grande do Sul e do Paraná foram a segunda e a terceira seção, respectivamente, nas quais foram ajuizadas mais ações com pedido indenizatório por dano de cartel.

Por sua vez, quanto às ações ajuizadas na Justiça Estadual, o TJRS foi o tribunal com mais ações ajuizadas em suas comarcas, isso porque o MPRS ajuizou ações individuais para cada uma das pessoas físicas ou jurídicas supostamente envolvidas em alguns dos alegados cartéis do Estado do Rio Grande do Sul. As comarcas do TJSP e do TJMG foram, em segundo e terceiro lugar, respectivamente, os locais em que mais foram ajuizadas ações com pedido indenizatório. Assim, foi constatado que cerca de 41% das ações foram ajuizadas no TJRS; 20% no TJSP e 9,5% no TJMG.

Os dados identificados sobre o local de ajuizamento das ações encontram-se no Gráfico 3 a seguir. Há de se destacar que o Gráfico 3 contém as informações sobre o ajuizamento das ações tanto na Justiça Federal, nas Seções Judiciárias, quanto na Justiça Estadual.

6. JFES, Procedimento Comum 0011145-05.2014.4.02.5001.

Gráfico 3 – Local do ajuizamento das ações reparatórias



Na hipótese na qual a distorção causada pelas ações ajuizadas pelo MPRS seja corrigida, os números acerca do local do ajuizamento das ações também seriam alterados. Nesse sentido, considerando o total de 69 ações, identificou-se que, na verdade, na Justiça Estadual, 27,5% das ações foram ajuizadas no Tribunal de Justiça de São Paulo, enquanto, em Minas Gerais, 13% das ações foram ajuizadas. Por fim, 10,15% das ações foram ajuizadas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

3.4 Dispositivo da sentença: balanço da procedência dos pedidos indenizatórios

Nas ações ajuizadas, foi analisado, ainda, como o Judiciário, diga-se, primeiro e segundo graus, tem decidido as demandas reparatórias fundamentadas em dano de cartel. Diante disso, foram identificadas 22 ações nas quais ainda não há sentença proferida. Entre tais ações, 4 já possuíam sentença proferida, no entanto, o Tribunal determinou a reforma da sentença. Desde então, em tais casos as sentenças estão pendentes.

Outrossim, nos casos em que foram proferidas sentenças, constatou-se a existência tanto de procedência ao pedido indenizatório quanto de improcedência. A análise dos pronunciamentos judiciais sobre o tema encontra-se a seguir.

3.4.1 Casos de procedência do pedido indenizatório

Ao longo da pesquisa, foi apurado que em 14 ações houve sentença julgando parcial ou totalmente procedente o pedido de indenização formulado

pela parte autora. Entre esses casos, 3 foram reformados em segundo grau para que fosse declarada a improcedência do pedido indenizatório. Ademais, em 1 das 14 ações, o Tribunal determinou a redução do montante indenizatório estabelecido pelo primeiro grau. Além disso, também em 1 caso, houve homologação de acordo extrajudicial extinguindo o processo, depois da sentença que julgou procedente o pedido indenizatório.⁷

Na análise das decisões de primeiro e segundo graus julgando pela procedência do pedido indenizatório, foi possível também apurar se há entendimento jurisprudencial uniforme acerca da metodologia de cálculo de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Como se verá adiante, foi constatado que não há qualquer tipo de uniformidade jurisprudencial sobre o tema.

No cálculo de danos patrimoniais foram identificadas as seguintes metodologias para determinar o montante indenizatório: (i) perícia em sede de liquidação de sentença;⁸ (ii) diferença entre o preço pago pelos consumidores e o anteriormente praticado, em dobro;⁹ (iii) média aritmética da lucratividade do período da conduta;¹⁰ (iv) montante a ser definido em liquidação da sentença;¹¹ e, por fim, (v) os valores indicados em laudo pericial no processo de conhecimento.¹²

Por sua vez, para o cálculo do dano moral, o Judiciário, em regra, adotou os critérios de condições socioeconômicas do réu, a natureza da lesão, a consequência da lesão para as vítimas, as repercussões das consequências na vida pessoal das autoras e a razoabilidade e proporcionalidade na definição do montante indenizatório em relação ao dano causado.¹³ Quanto ao cálculo de dano moral, ainda, houve entendimento de se arbitrá-lo em relação à porcentagem do faturamento bruto do último exercício do réu.¹⁴ Na jurisprudência, também foi identificada a adoção de critério bifásico para a valoração dos danos morais, ou seja, o pedido autoral foi comparado com o pedido de outro caso paradigma e com a respectiva solução dada pelo Judiciário.¹⁵ Nesse mesmo caso, o juiz também comparou a lucratividade do cartel indicado pela

7. TJSP, Ação Civil Pública 0030899-82.2004.8.26.0602.

8. TJDFT, Procedimento Comum 0163141-17.2009.8.07.0001.

9. TJMG, Ação Civil Pública 0588756-19.2000.8.13.0024.

10. TJMG, Procedimento Comum 9848158-78.2006.8.13.0024.

11. TJRS, Ação Civil Pública 0041581-79.2005.8.21.0027.

12. TJSP, Ação Civil Pública 0030899-82.2004.8.26.0602.

13. TJGO, Ação Civil Pública 452867-17.2007.8.09.0006 e TJGO, Ação Civil Pública 70082-97.2011.8.09.0049.

14. TJMG, Ação Civil Pública 0588756-19.2000.8.13.0024.

15. TJRS, Ação Civil Pública 0017961-49.2006.8.21.0109.

parte autora com o alegado cartel do caso paradigma para definir o montante indenizatório.

Há de se destacar, por fim, a existência de sentença na qual houve o entendimento de que a reparação dos danos deve ser suficientemente adequada para desestimular o causador do dano, punindo-o, quando cabível, na fixação do montante indenizatório.¹⁶

3.4.2 Demais casos sentenciados com ou sem resolução de mérito

Nas demais 59 ações restantes, identificou-se que tais casos foram sentenciados com ou sem resolução de mérito. No casos em que houve resolução do mérito, constatou-se que os juízes não declararam a procedência do pedido indenizatório por, principalmente, entenderem pela inexistência do suposto cartel, donexo causal e/ou do dano no caso concreto. Também houve casos nos quais os juízes decidiram pela ocorrência de prescrição¹⁷ e nos quais foi homologada transação entre as partes.¹⁸ Por sua vez, nas ações extintas sem resolução de mérito, foi identificada a declaração, pelos juízes, da inépcia da petição inicial.¹⁹ Apenas em 1 dos casos sentenciados com resolução do mérito e no qual houve a improcedência do pedido indenizatório por dano de cartel houve reforma da sentença pelo Tribunal, com o intuito de julgar procedente o pedido indenizatório.²⁰

No Gráfico 4 a seguir, há a relação das ações identificadas nas quais a sentença extinguiu o processo com ou sem resolução do mérito.

16. SJRN, Ação Civil Pública 0011318-43.2008.4.05.8400.

17. TJMG, Procedimento Comum no 3050070-07.2013.8.13.0024.

18. TJPR, Procedimento Comum no 0045265-50.2013.8.16.0001 e TJSP, Procedimento Comum no 4000293-94.2013.8.26.0405.

19. Seguem, a título de exemplo, o número processual das ações sentenciadas sem resolução do mérito por inépcia da petição inicial: TJPR, Ação Civil Pública no 1542/2007 e TJRS, Procedimento Comum no 0018307-50.2013.8.21.0013.

20. TRF3, Reexame Necessário no 0051034-04.1995.4.03.6100.

Gráfico 4 – Demais ações com sentença extinguindo o processo com ou sem resolução de mérito (por quantidade de ações)



4. Conclusão

Este trabalho objetivou complementar os dados quantitativos acerca das ações reparatórias por danos concorrenciais apresentados pelo IBRAC no 22º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, em 2016. No entanto, a pesquisa limitou-se à busca jurisprudencial de ações com pedido indenizatório por dano causado pela alegada prática de cartel.

Diante disso, foram encontradas, inicialmente, ações ajuizadas desde 1995 até o ano de 2017, ou seja, ao longo de 22 anos; pela análise numérica, foram identificadas 95 ações ajuizadas com pedido indenizatório por dano de cartel. Identificou-se que o Cade analisou o cartel alegado pela parte autora em 68,4% das ações inicialmente encontradas. Tal análise do Cade foi catalogada independentemente de ter sido feita por averiguação preliminar, inquérito administrativo ou processo administrativo e independentemente se a instauração e/ou decisão ocorreram antes ou depois do ajuizamento das ações cíveis.

Quanto aos autores das ações, verificou-se, também inicialmente, que apesar do número significativo de ações, o Ministério Público Federal ou Estadual ajuizou 66,7% das ações encontradas, sendo as restantes ajuizadas por terceiros prejudicados. Destacou-se a ação ajuizada pelo Estado do Espírito Santo requerendo o pedido indenizatório com fundamento em cartel que teria causado sobrepreço nos contratos firmados pelo Estado e a parte ré que teria, supostamente, feito parte do cartel.

No entanto, concluiu-se que a análise meramente numérica da quantidade de ações ajuizadas e dos autores da ação poderia gerar distorção nos resultados da pesquisa. Isso porque o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou, nos supostos casos de Encantado e Caxias do Sul, uma

ação individual para cada pessoa jurídica supostamente envolvida na conduta. Diante disso, passou-se a considerar que o MPRS ajuizou uma única ação para o caso do suposto cartel em Encantado e uma para o de Caxias do Sul.

Portanto, a quantidade de ações efetivamente identificadas neste trabalho foi reduzida de 95 para 69. Ademais, a quantidade de ações ajuizadas pelo Ministério Público também seria reduzida para 34 casos. Diante disso, a quantidade de ações ajuizadas por terceiros prejudicados pelas supostas práticas de cartel diferiria da quantidade de ações ajuizadas pelo Ministério Público em 1 unidade para mais, ou seja, seriam 35 ações.

Logo, o que se identificou é que, corrigida a distorção causada pelas ações ajuizadas pelo MPRS, os terceiros prejudicados têm ajuizado mais demandas com pedido reparatório por dano de cartel do que o Ministério Público. No entanto, para complementar tal informação, recomenda-se a comparação das ações ajuizadas com a quantidade de cartéis condenados pelo Cade no mesmo período analisado neste trabalho, ou seja, de 1995 a 31 de agosto de 2017.

Por sua vez, no que tange ao local de ajuizamento das ações, mesmo que corrigida a distorção identificada neste trabalho, as ações foram ajuizadas predominantemente na Justiça Estadual, mais especificamente, na Justiça Estadual de São Paulo. Quanto ao balanço das decisões acerca do indenizatório autoral, constatou-se que mais do que a maioria das ações tiveram o pedido indenizatório julgado improcedente. Nos casos em que houve procedência do pedido indenizatório constatou-se não existir qualquer uniformidade jurisprudencial acerca da metodologia dos cálculos de danos patrimoniais e extrapatrimoniais alegados. Apesar disso, nos casos de danos morais, os juízes têm prezado pela aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação do montante indenizatório.

Evidentemente, este trabalho representa apenas uma pesquisa inicial acerca das ações com pedido indenizatório por dano de cartel. Diante disso, recomenda-se o prosseguimento das pesquisas quantitativas e qualitativas sobre tais ações reparatórias, com o intuito de que novos cruzamentos de dados sejam realizados. Isso permitiria a análise, por exemplo, do grau de atuação do Cade nessas ações; da vinculação da decisão do Cade na decisão judicial; das teses de prescrição suscitadas pelas partes; e dos meios de prova do ato ilícito, do nexos causal e do dano nas ações. Apesar das limitações existentes acerca das ferramentas de pesquisa processuais e jurisprudenciais disponíveis nos sítios eletrônicos dos Tribunais, também recomenda-se a utilização de outras expressões com o fito de se identificar a existência de mais ações com pedido indenizatório por dano de cartel ajuizadas no Brasil.

Referências bibliográficas

- 22º Seminário internacional de Defesa da Concorrência, 2016. *O papel do Judiciário no direito da concorrência*. Campos do Jordão: Grande Hotel. 21 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fbxDE1HM83k>.
- CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016.
- DANTAS, Yane Pitanguiera. A arbitragem como meio alternativo na resolução de demandas indenizatórias decorrentes da prática de cartéis e a minuta de resolução do cade submetida à consulta pública 05/2016. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 1, maio de 2017, p. 231-246. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/321>. Acesso em: 27 jul. 2017.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *Revista de Defesa da Concorrência*, n. 2, nov. 2013.
- FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
- GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014.
- MAGGI, Bruno Oliveira. *O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.
- MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. *Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis*. Dissertação (Mestrado) – São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 2017.
- MATION, Gisela Ferreira. As ações civis para cessação e reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais no Brasil. *Prêmio SEAE 2008*. Ministério da Fazenda, 2009.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2017 – 1.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

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 – Innovation – 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 fora utilizado em alguns casos¹ no final da década de 1960 e início da década de 1970, gerando divergências de entendimento entre as cortes americanas a

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

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 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 *supra*, 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 complementaridade 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 evidências: (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.

2. AC 08700004860/2016-11, de interesse das empresas BM&F Bovespa e Cetip.

3. AC 08700.006185/2016-56, de interesse das empresas Kroton S.A e Estácio S.A.

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”, 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 concorrência potencial remonta ao início 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 de que um potencial entrante não se encontra em desvantagem em relação aos incumbentes no que tange às técnicas de produção, qualidade ou escala.⁵

4. AC 08700.005937/2016-61, de interesse das empresas Dow e DuPont.

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.

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 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, restringendo 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 o tenham 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 determinado agente pode vir a ofertar certo 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 substitutibilidade 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 questões 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

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.

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 às implicações de seu uso em análise de concentrações econômicas. Essa omissão foi corrigida 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 à 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 1989¹⁰ 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 aspectos, “a concorrência atual ou potencial entre empresas localizadas dentro ou fora da comunidade”. O atual regulamento europeu para a análise de concentrações¹¹ permanece dedicando atenção à possibilidade de se considerar a concorrência potencial entre as partes de uma operação. Em seu art. 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 horizontal¹² 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

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.

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.

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 de esse 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 as 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 concorrenciais a que a Air Liquide está sujeita, em virtude da presença do BOC num mercado limítrofe ao seu mercado nacional.

13. Processo COMP/M.1630 – Air Liquide / BOC, de 18.01.2000.

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. 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, entre outros, a operação foi aprovada condicionada à 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

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

geográfico fora utilizada bem como a posição da Pacific Northwest como um competidor potencial,¹⁵ fato é que a interpretação dada pela 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 as 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

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 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).

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 substancialmente concentrado; (ii) a empresa adquirida¹⁸ 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, entre 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

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, independentemente de qual delas é a adquirida e a adquirente.

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 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 remanesçam 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 que isso, qual a relevância da análise de concorrência potencial para o antitruste? Sem ter a pretensão de dar uma resposta definitiva a 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, emerge 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 concen-

tração econômica, assim como há evidências empíricas que corroboram tais preocupações.¹⁹

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 controvérsia 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 supradefinidos, os autores analisaram a fusão entre a US Airways e Piedmont Airlines, de 1987. As rotas de atuação de

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 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.

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 significativo 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 significativo 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 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 pressionada 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 tende 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.

A 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 podem-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, devem-se utilizar os mesmos critérios que se utilizam 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 incrementada 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 aten-

ção 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, n. 1, p. 1-15, 1982.
- BRASIL. Ato de Concentração 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 set. 2017.
- BRASIL. Ato de Concentração 08700.005937/2016-61, de interesse das empresas Dow e DuPont. Disponível em: www.cade.gov.br/sei Acesso em: 29 set. 2017.
- BRASIL. Ato de Concentração 08700.008687/2014-50, de interesse das empresas GSK e Novartis. Disponível em: www.cade.gov.br/sei Acesso em: 29 set. 2017.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Ato de Concentração 08700004860/2016-11, de interesse das empresas BM&F Bovespa e Cetip. Disponível em: www.cade.gov.br/sei Acesso em: 29 set. 2017.
- BRASIL. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna Acesso em: 30 set. 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 set. 2017.

- CANADÁ. 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 set. 2017.
- ESTADOS UNIDOS. Departamento de Justiça – DOJ. 1968 Merger Guideline. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/atr/1968-merger-guidelines> Acesso em: 30 set. 2017.
- ESTADOS UNIDOS. 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 set. 2017.
- ESTADOS UNIDOS. 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 set. 2017.
- ESTADOS UNIDOS. 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 set. 2017.
- ESTADOS UNIDOS. 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 set. 2017.
- ESTADOS UNIDOS. 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 set. 2017.
- ESTADOS UNIDOS. 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 set. 2017.
- ESTADOS UNIDOS. 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 set. 2017.
- ESTADOS UNIDOS. 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 set. 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 set. 2017.
- EUROPEAN COMMISSION. 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 set. 2017.
- EUROPEAN COMMISSION. Competition Division. Guidelines on the assessment of horizontal mergers. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0205%2802%29>. Acesso em: 26 set. 2017.
- EUROPEAN COMMISSION. Competition Division. Processo n. 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 set. 2017.
- HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principles and Execution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 2005.
- KERN, Benjamin R. Innovation Markets, Future Markets, or Potential Competition: How Should Competition Authorities Account for Innovation in Merger Review? *World Competition: Law and Economics Review*, v. 37, n. 2, p. 173-206, 2014.
- KWOKA, John. Eliminating Potential Competition. *Issues in Competition Law and Policy* 1437 (ABA Section of Antitrust Law 2008).
- KWOKA, John. Mergers that Eliminate Potential Competition. *Research Handbook of the Economics of Antitrust Laws*, 2009.
- KWOKA, John; SHUMILKINA, Evgenia. The Price Effect of Eliminating Potential Competition: Evidence from an Airline Merger. *The Journal of Industrial Economics*, v. 58, p. 767-793, 2010.
- POSNER, Richard A. Antitrust Policy and the Supreme 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 and Output: Two Case Studies from the Airline Industry. *Managerial and Decision Economics*, v. 12, p. 341-352, 1991.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2017 – 2.º COLOCADO – PÓS-GRADUAÇÃO

PARA ALÉM DO ANTITRUSTE

A necessidade de um novo paradigma para a política de concorrência no Brasil

GUILHERME DE AGUIAR FALCO¹

Resumo: Os avanços experimentados pela política antitruste brasileira não se traduziram em maior nível de concorrência. Mesmo com as reformas da Lei 12.529/2011, e o premiado trabalho do Cade, dados do Banco Mundial, OCDE e Fórum Econômico Mundial indicam que o Brasil permanece 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

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

a práticas anticompetitivas, no mesmo período o Cade analisou 774 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 Index 2016-2017*

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, p. 13-14, 108-109.

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, p. 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 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 12.529/2011. A vigência da Lei 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 ministé-

(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 descompasso entre a evolução do *enforcement* antitruste e o desempenho geral dos níveis de concorrência no Brasil sob dois enfoques: (i) quais os benefícios práticos gerados pelo arcabouço institucional criado pela Lei 12.529/2011; e (ii) como o caráter restritivo de regulações e políticas de governo ajudam a explicar o por que avanços na política antitruste ainda não se traduziram em maior dinâmica competitiva dos mercados brasileiros.

rios 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. *Índices de política de concorrência: avaliação do caso brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Economia), Universidade Federal de São Carlos, 2014. p 34 e ss.

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 114 variáveis. Parte dessas 114 variáveis forma o subíndice “Concorrência”, destacado no texto. Ele agrega variáveis como, entre outras, “intensidade da competição local”, “extensão da dominação de mercados”, “efetividade da política antitruste”, “efeito dos impostos nos incentivos para investir”, “requisitos necessários para começar um negócio”, “prevalência de barreiras ao comércio 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/>

1. O governo em prol da concorrência: o modelo administrativo de repressão antitruste e os prêmios e riscos trazidos pela Lei 12.529/2011

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 milhões apenas em orçamento para o Cade.¹⁰ Apesar do investimento empreendido e dos avanços alcançados, o sistema organizado pela Lei 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%

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

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 controle de fusões excessivo com recursos humanos e financeiros escassos prejudicou a capacidade do Cade de se dedicar à repressão de condutas anti-competitivas, 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

12. É importante destacar que, no regime da Lei 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 12.529/2011, 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 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 três anos considera a soma dos tempos médios de tramitação de processos administrativos e averiguações preliminares (APs): média para PAs, dois anos e quatro meses; média para APs, oito 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.

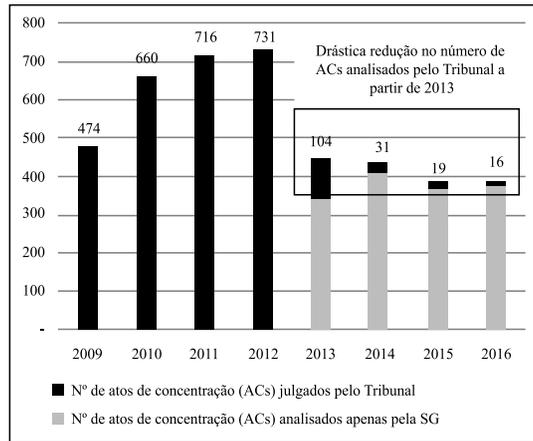
pela Lei 12.529/2011 nesse sentido, mas duas mudanças no regime de controle de estruturas parecem ter revolucionado a eficácia da prática antitruste no país: (i) a alteração dos critérios para apresentação compulsória de ato de concentração;¹⁶ e (ii) a criação da Superintendência-Geral (SG) do Cade, 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

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 12.529/2011 e Portaria Interministerial n. 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, 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. arts. 54 a 57 da Lei 12.529/2011.
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 8.884/94, mesmo tendo a Lei 12.529/2011 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, comparam-se os resultados alcançados durante os últimos quatro anos de vigência da Lei 8.884/94 (incluindo efeitos carregados ao longo do tempo) com os primeiros quatro anos de vigência plena da Lei 12.529/2011.
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 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.

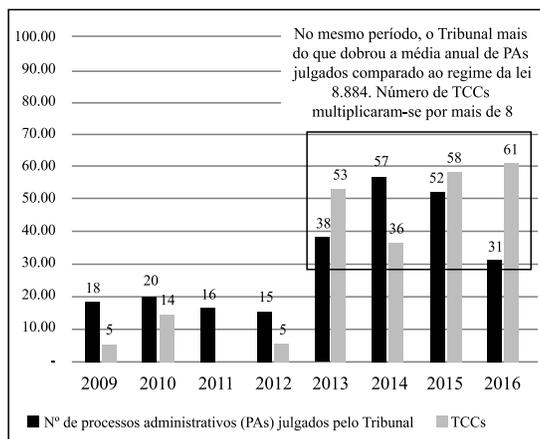
média 45 PAs e 52 TCCs por ano, multiplicando por quase 3 a média de PAs e por mais de 8 a de TCCs em relação aos quatro anos anteriores.

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



Fonte: Elaboração do autor com base nos Relatórios de Gestão do Cade, exercícios 2009-2016. Note que 97 dos 104 casos analisados pelo Tribunal seguem o regime da Lei 8.884/94.

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



Fonte: Elaboração do autor com base nos 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 12.529/2011 – 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.

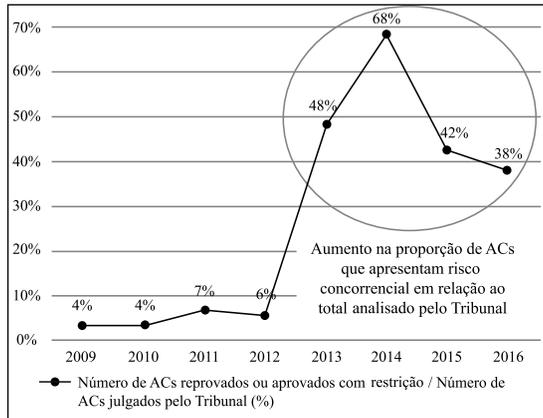
Quase ato contínuo, os prazos médios de análise de praticamente todos os procedimentos do órgão foram reduzidos. Em 2016, ACs sumários foram analisados, em média, em 16 dias; ACs ordinários foram resolvidos, em média, em 68 dias. No caso de PAs, o percentual de processos em estoque com mais de 5 anos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

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 restrições 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.

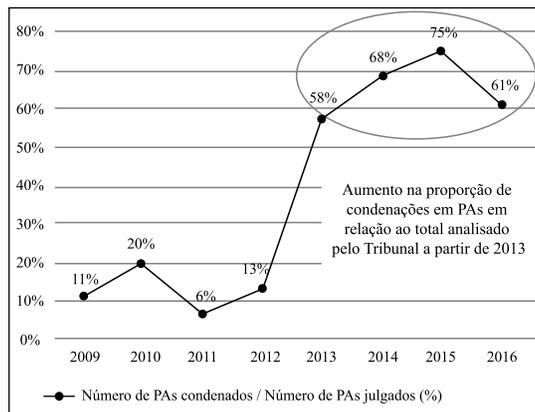
23. Relatório de Gestão do CADE, exercício 2016, pp 44 e 56.

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



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 2009-2016.

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, *supra*, 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, entre outras questões, o sistema promovido pela Lei 8.884/94 apresentava problemas crônicos associados à demora no julgamento de PAs, produzindo um volume reduzido de decisões 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, já que, em vez 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 par-

24. Em 2016, por exemplo, a autarquia publicou a Resolução 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.

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 ações contra o CADE. Cf. Relatórios de Gestão do CADE, exercícios 2008 a 2016.

cialmente 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 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 mul-

-
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.
 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. n. 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, trata-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.

tado 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 enfrentado 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 do arcabouço institucional montado pela Lei 12.529/2011, 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, na 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

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. Cartels: *The probability of getting caught in the European Union*, 2008.

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 (PA 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% em vez 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. Quanto ao valor das multas, apesar de elas terem aumentado significativamente tanto em termos absolutos quanto em termos per-

recursos financeiros 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 desafios à frente, parece incontroverso que a política 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 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 como entrave à concorrência: a necessidade de o Brasil incorporar uma política abrangente de promoção da concorrência

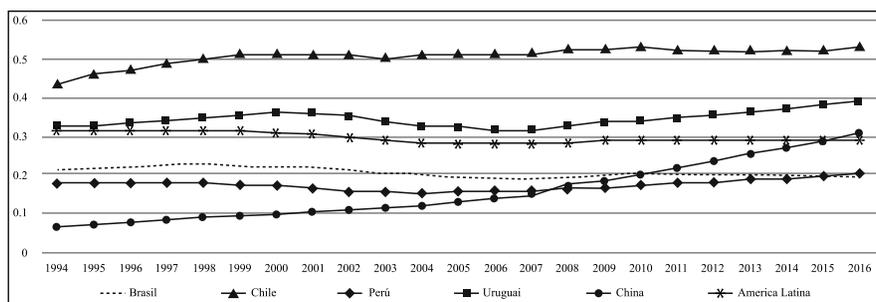
O Brasil convive com um problema crônico de baixo crescimento de produtividade, presente mesmo durante o recente período de crescimento econômico.³⁷ Segundo o Banco Mundial, de 2002 a 2014, a produtividade total

centuais diante do 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 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.
36. Para a definição do que envolve 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, p. 5-7.
37. Cf. World Bank (2016). *Realizing Brazil's Potential and fulfilling its Promises*. Brazil Systematic Country Diagnostic. Report n. 101431-BR, p. 70-71. Para uma

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 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%.

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.

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 Press. 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. NEGRI, Fernanda de; CAVALCANTE, Luiz Ricardo. *Produtividade no Brasil*. Desempenho e determinantes. v. 1 – Desempenho. IPEA, 2014.

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, entre 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 interindústria, promovendo alocação eficiente de recursos na economia, quanto intraindústria, induzindo empresas a tomarem decisões alinhadas a aumentos de produtividade, como atualização 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.

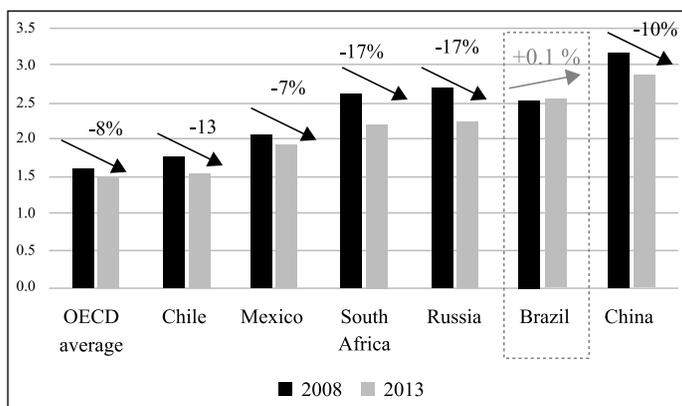
O *Product Market Regulation Index*, desenvolvido pela OCDE, organiza essa discussão por meio da investigação de (i) regulações setoriais com potencial anticompetitivo; (ii) distorções geradas pela presença de empresas estatais em setores competitivos; e (iii) barreiras impostas ao comércio internacional e

-
38. Cf. Aghion, P, Durlauf, S (Eds) (2006) *Handbook of Economic Growth*, v. 1A. North Holland, 1st Edition; Aghion, P, Durlauf, S (Eds) (2006) *Handbook of Economic Growth*, v. 1B. North Holland, 1st Edition.
 39. . Cf. WORLD BANK. *Realizing Brazil's Potential and fulfilling its Promises*. Brazil Systematic Country Diagnostic. Report n. 101431-BR, 2016.
 40. Cf. WORLD BANK. *Realizing Brazil's Potential and fulfilling its Promises*. Brazil Systematic Country Diagnostic. Report n. 101431-BR, 2016. p. 70 e ss.
 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.

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 Coreia 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

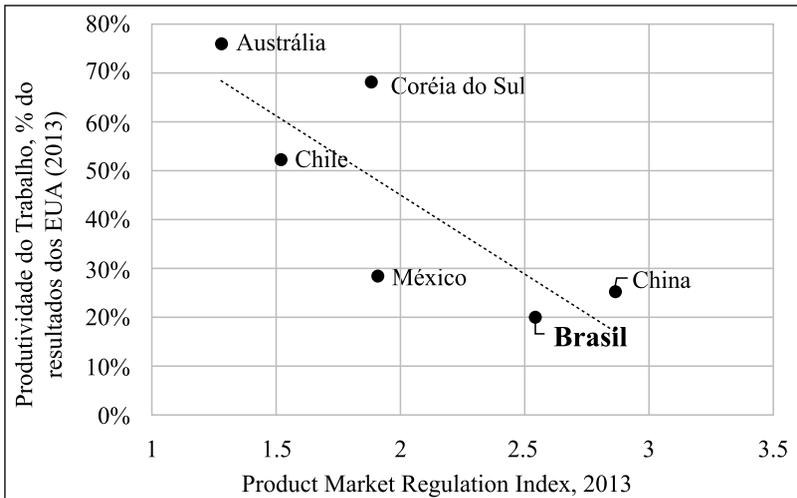
Gráfico 6 – Evolução do Product Market Regulation Index para países selecionados (2008 e 2013)



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.

42. CF WOLF *et al.* Product Market Regulation: Extending The Analysis Beyond OECD Countries. Economics Department Working Paper. ECO/WKP (2010)55, p. 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.* Product Market Regulation: Extending the Analysis Beyond OECD Countries. *OECD Economics Department Working Papers*, n. 799, p. 6, 2010.

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

44. A Lei 12.529/2011 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.

indevidas para algumas empresas, desequilibrando o mercado na direção de incumbentes ou grupos de interesse.⁴⁵

Dentro do regime estipulado pela Lei 12.529/2011, 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

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

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. *Combatiendo regulaciones que restringen la competencia a nivel sub-nacional: estado de tabasco*. México. Washington, D.C.: World Bank Group, 2016.

46. Ver art. 19 da Lei 12.529/2011.

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 como 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 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

47. Cf. Australian Government, Productivity Commission Inquiry Report. *Review of National Competition Policy Reforms*, p 47 e ss., 2005, 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. PA 08000.015337/1997-48.

49. Cf. KUPFER, D. A indústria brasileira após 10 anos de liberalização econômica. Artigo apresentado no Seminário Brasil em Desenvolvimento, Instituto de Economia da UFRJ, out. 2003.

50. Em 1996, dois anos após a da Lei 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 em vez de denunciar a colusão à SDE. A SEAE, por sua vez, em vez de requerer imediata abertura de Processo Administrativo perante a SDE, notificou as empresas a respeito do risco de incorrerem em ilícito de cartel. Cf. PA 08000.015337/1997-48.

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 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 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

51. Cf. PURFIELD, C. M. *et al.* South Africa economic update: promoting faster growth and poverty alleviation through competition. *South Africa economic update*, issue no. 8. World Bank Group, p. 59, 2016.

52. Cf. VOSTROKNUTOVA, Ekaterina *et al.* Peru – Building on success: boosting productivity for faster growth. *World Bank Group*, p. 49, 2015.

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

umentaria 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.). *Handbook of Economic Growth*, v. 1A. North Holland, 1st Edition, 2006.
- AGHION, P.; DURLAUF, S. (Ed.). *Handbook of Economic Growth*, v. 1B. North Holland, 1st Edition, 2006.
- AGHION, P, GRIFFITH, R. *Competition and Growth: Reconciling Theory and Evidence*. MIT Press, 2008.
- AUSTRALIAN GOVERNMENT, PRODUCTIVITY COMMISSION. *Productivity. Commission Inquiry Report. Review of National Competition Policy Reforms*, 2005.
- BUCCIROSSI, P *et al.* *Competition Policy and Productivity Growth: an Empirical Assessment*, 2009.
- COMBE, E., MONNIER, C., & Legal, R. *Cartels: The probability of getting caught in the European Union*, 2008.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo 08000.015337/1997-48*.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. *Relatório de Atividades. Exercício de 1995*, 1996.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. *Relatório Anual 1996*, 1996.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. *Relatório Anual 1997*, 1998.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. *Relatório Anual 1998/99*, 1999.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. *Relatório de Gestão. Exercício de 2000*, 2001.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. *Relatório de Gestão. Exercício de 2001*, 2002.

54. Cf. World Bank. *The unfinished revolution: bringing opportunity, good jobs and greater wealth to all Tunisians*, 2014. p. 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. Relatório de Gestão. Exercício de 2002, 2003.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão. Exercício de 2003, 2004.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão 2004, 2005.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão 2005, 2006.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão 2006, 2007.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão. Exercício de 2007, 2008.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão. Exercício de 2008, 2009.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Prestação de Contas Ordinária Anual. Relatório de Gestão do Exercício de 2009, 2010.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Prestação de Contas Ordinária Anual. Relatório de Gestão do Exercício de 2010, 2011.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Prestação de Contas Ordinária Anual. Relatório de Gestão do Exercício de 2011, 2012.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Prestação de Contas Ordinária Anual. Relatório de Gestão do Exercício de 2012, 2013.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão do Exercício de 2013, 2014.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão do Exercício de 2014, 2015.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão do Exercício de 2015, 2016.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Relatório de Gestão do Exercício de 2016, 2017.

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. Produtividade No Brasil. Desempenho e determinantes. v. 1 – Desempenho. IPEA, 2014.

- FALCO, Guilherme de Aguiar, Índices de Política de Concorrência: Avaliação do Caso Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Economia), Universidade Federal de São Carlos, 2014.
- FEDERAL Trade Commission. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year, 2004.
- FEDERAL Trade Commission. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year, 2005.
- FEDERAL Trade Commission. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year, 2006.
- FEDERAL Trade Commission. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year, 2007.
- FEDERAL Trade Commission. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year, 2007.
- FEDERAL Trade Commission. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year, 2008.
- FEDERAL Trade Commission. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year, 2009.
- FEDERAL Trade Commission. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year, 2010.
- FEDERAL Trade Commission. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year, 2011.
- FEDERAL Trade Commission. Congressional Justification budget summary, Fiscal Year, 2012.
- FEDERAL Trade Commission. 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. *New Developments in Productivity Analysis*. University of Chicago Pres, 2001.
- KUPFER, D. A indústria brasileira após 10 anos de liberalização econômica. Artigo apresentado no Seminário Brasil em Desenvolvimento, Instituto de Economia da UFRJ, out. 2003.
- MARTINEZLICETTI, Martha; VILLARANELIAS, Lucia Jimena; GOODWIN, Tanja K. *Combatiendo regulaciones que restringen la competencia a nivel sub-nacional: estado de tabasco*. México. Washington, D.C.: World Bank Group, 2016.

- MILLER, N. H. Strategic leniency and cartel enforcement. *The American Economic Review*, 99(3), 750-768, 2009.
- 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. *et al.* South Africa economic update: promoting faster growth and poverty alleviation through competition. *South Africa Economic Update*, World Bank Group, issue n. 8, 2016.
- SYVERSON, C. What Determines Productivity? *Journal of Economic Literature*, 2011.
- UNITED STATES Department of Justice, Antitrust Division. Congressional Submission, performance budget. Fiscal Year, 2004.
- UNITED STATES Department of Justice, Antitrust Division. Congressional Submission, performance budget. Fiscal Year, 2005.
- UNITED STATES Department of Justice, Antitrust Division. Congressional Submission, performance budget. Fiscal Year, 2006.
- UNITED STATES Department of Justice, Antitrust Division. Congressional Submission, performance budget. Fiscal Year, 2007.
- UNITED STATES Department of Justice, Antitrust Division. Congressional Submission, performance budget. Fiscal Year, 2008.
- UNITED STATES Department of Justice, Antitrust Division. Congressional Submission, performance budget. Fiscal Year, 2009.
- UNITED STATES Department of Justice, Antitrust Division. Congressional Submission, performance budget. Fiscal Year, 2010.
- UNITED STATES Department of Justice, Antitrust Division. Congressional Submission, performance budget. Fiscal Year, 2011.
- UNITED STATES Department of Justice, Antitrust Division. Congressional Submission, performance budget. Fiscal Year, 2012.
- UNITED STATES Department of Justice, Antitrust Division. Congressional Submission, performance budget. Fiscal Year, 2013.
- VOIGT, S. The Economic Effects of Competition Policy – Cross-Country Evidence Using Four New Indicators. *Journal of Development Studies* 45, 1225-1248, 2009.
- VOSTROKNUTOVA, Ekaterina; RODRIGUEZ, Alberto; SAAVEDRA, Pablo; PANZER, John. *Peru – Building on success: boosting productivity for faster growth*. World Bank Group, 2015.

- WÖLFL, A *et al.* Product Market Regulation: Extending the Analysis Beyond OECD Countries. *OECD Economics Department Working Papers*, n. 799, 2010.
- WORLD BANK Group. *The unfinished revolution: bringing opportunity, good jobs and greater wealth to all Tunisians*, 2014.
- WORLD BANK Group. *Project Brief. Mexico: Transforming Market Through Competition*, 2015.
- WORLD BANK Group. Realizing Brazil's Potential and fulfilling its Promises. Brazil Systematic Country Diagnostic. *Report* n. 101431-BR.
- WORLD BANK Group. *Doing Business 2017: Measuring Regulatory Quality and Efficiency*. Washington, DC, 2017.
- WORLD BANK Group; ORGANISATION for Economic Co-Operation and Development. *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*. Trade and Development. Washington, DC: World Bank, 2017.
- WORLD ECONOMIC Forum. *The Global Competitiveness Report 2016-2017*, 2016.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2017 – 3.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

ANÁLISE DOS REMÉDIOS ANTITRUSTE APLICADOS PELO CADE A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011

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 12.529/2011. 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 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 12.529/2011 – Efetividade – Lei 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

1. ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: RT, 2012. p. 37.

Examinando-se o procedimento de análise de estruturas sob o regime da antiga Lei de Concorrência 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 Cade. Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar os tipos de remédios 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 Ordinárias e Extraordinárias de Julgamento, a partir da vigência da Lei 12.529/2011, datada de 29 de maio de 2012.

Dessa 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 Lei³ e limitaram-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 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 nesse 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.

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 maio 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 12.529/2011, mas analisados pela antiga Lei.

Busca-se, mais especificamente, verificar se as críticas dirigidas ao sistema de controle de estruturas brasileiro e, conseqüentemente, 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 enfrentados pelo Cade quando a lei vigente era a Lei 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 Cabral⁵ 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 tópico será estruturado da seguinte maneira. Na primeira parte, abordar-se-á uma visão geral dos dados obtidos referentes ao período de vigência da Lei 12.529/2011. 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.

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

Em relação à averiguação preliminar desses 130 casos, apenas 9 operações foram conhecidas e reprovadas pela autoridade antitruste brasileira nesses últimos cinco anos, representando 6,92% dos casos levados ao Tribunal em que não foi possível obter uma solução intermediária, demonstrando a clara preferência por soluções intermediárias, em que o Cade não conseguiu conciliar todos os interesses.

Em seguida, dos 121 atos de concentração que foram aprovados 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 essa 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 três atos de concentração tiveram restrições somente quanto a essas 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 12.529/2011, foram excluídos os casos julgados nos moldes da Lei 8.884/94. Além destes, foram descartadas sete operações nas quais as aprovações foram condicionadas a ACC,⁷ cujo objeto era

6. No entanto, houve caso cuja decisão final do Cade 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 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.

somente a infração ao art. 88, § 3º, da Lei 12.529/2011.⁸ Por fim, também foram retirados os dois 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. Entre tais fatores, os principais foram a mudança dos critérios de faturamento das empresas para valores maiores que antigamente, e a alteração do sistema de controle de concentrações para prévio.

Essas substituições estão intimamente ligadas a duas transformações observadas durante esse 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 8.884/94.¹⁰

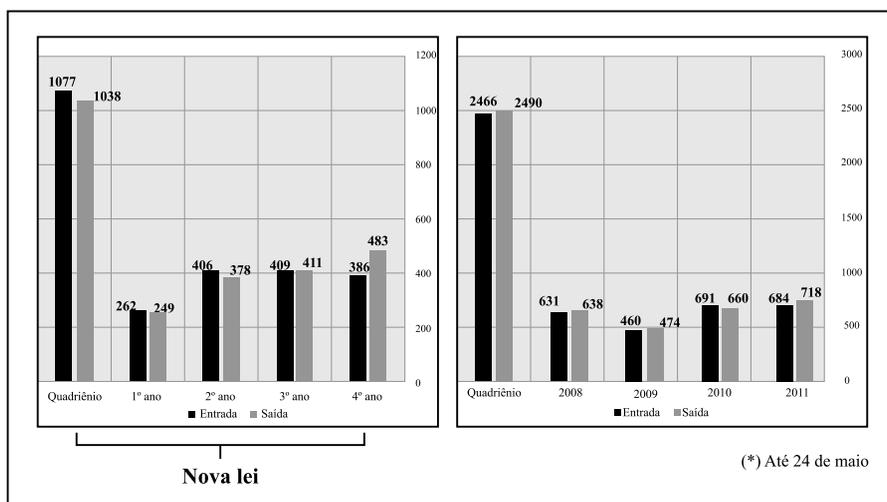
8. “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

[...]

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

9. Conforme dito *supra*, o Ato de Concentração 08700.010688/2013-83, 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 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 12.529/2011”.

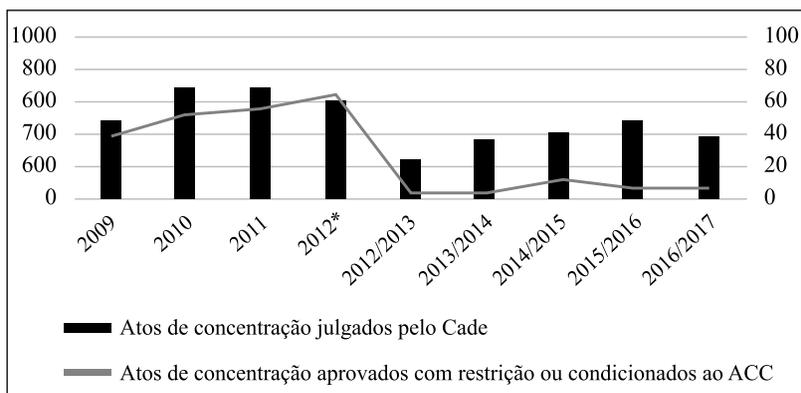
O gráfico *supra* revela uma redução de mais de 50% de casos notificáveis ao Cade durante os quatro primeiros anos das novas mudanças no SBDC. Atualmente, com essa redução e com a mudança de competência da análise exclusiva das operações em que não haja preocupações concorrenciais significativas para 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, esses casos diminuíram significativamente. Nessa parte, foram analisados todos os casos que tiveram restrições (incluindo os 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 do art. 88, § 3º, da Lei 12.529/2011.

Assim, o gráfico seguinte faz uma análise da relação entre o total de casos julgados pelo Cade anualmente com os casos cuja aprovação teve restrições ou foram condicionados à assinatura de ACC.¹¹ Ressalta-se que os últimos cinco anos foram estimados a partir de 29 de maio de cada ano para que se avaliasse um ano completo do regime da nova lei.

11. Os dados dos quatro primeiros anos foram obtidos de maneira secundária. Explicar-se: o total de casos julgados foi obtido por meio do Balanço Geral do Cade referente aos quatro anos da Lei 12.529/2011. Já os casos em que houve restrição ou condicionados a ACC/TCD, foram retirados da pesquisa de Patrícia Cabral, p. 36.

Relação entre o total de casos julgados pelo Cade e os casos aprovados com restrições ou condicionados ao ACC/TCD



Fonte: Elaboração própria, com base nos dados obtidos no “Balanço 4 anos da Lei 12.529/2011” e no sítio eletrônico do Cade.

Uma das causas atreladas à essa redução consiste na diminuição 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

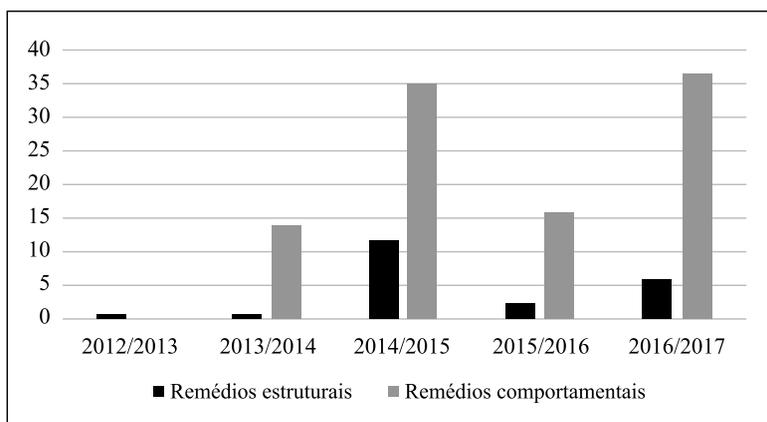
Para realizar classificações quanto aos remédios, utilizou-se a dicotomia mais tradicional de remédios estruturais e comportamentais já mencionada nos capítulos anteriores. Dessa maneira, foram contabilizados 125 remédios antitruste aplicados pelo Cade, desde a vigência da Lei 12.529/2011.¹²

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 prevaletentes 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.

Aplicação de remédios antitruste (em números absolutos)



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

Os remédios comportamentais são quatro vezes mais aplicados que os remédios estruturais nesse 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 nessas situações em um número mais elevado de remédios.

Com base no período estudado por esta pesquisa, a média geral de remédios por ato de concentração, considerando todos os 26 atos de concentração

13. CABRAL, Patrícia Semensato. *Remédios em atos de concentração* cit., p. 46.

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 nesse 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.

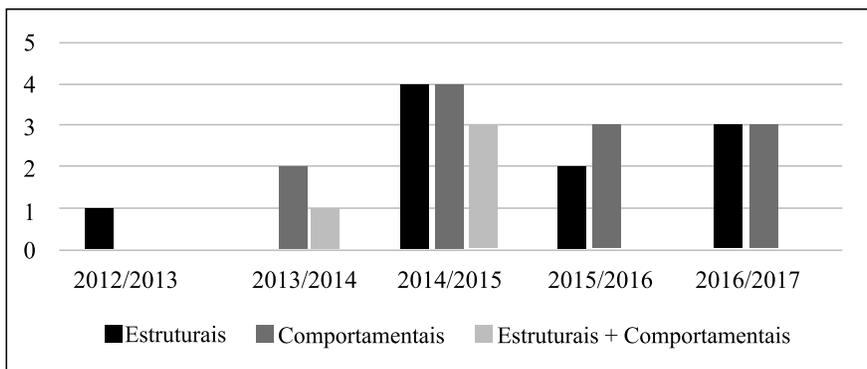
Assim, fez-se uma análise da aplicação de remédios por ato de concentração. Conforme gráfico seguinte, observa-se uma equilibrada aplicação dos dois tipos de remédios antitruste. Entre os anos de 2013/2014 e 2015/2016, foi constatada a interposição de remédios comportamentais mais acentuada que as outras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

Isso demonstra que, apesar de serem aplicados em maior número absoluto, a instituição de remédios puramente comportamentais não corresponde

14. No que tange às operações condicionadas a remédios puramente estruturais, a presente pesquisa também enquadrrou nesses casos as concentrações em que foram inseridas obrigações e compromissos das requerentes unicamente no intuito de preservar a viabilidade econômica do desinvestimento. Como exemplo, pode-se citar o caso mais recente julgado pelo Cade, o ato de Concentração 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 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 providões de firewall e obrigações de manutenção dos planos e ofertas oferecidos pelas requerentes.

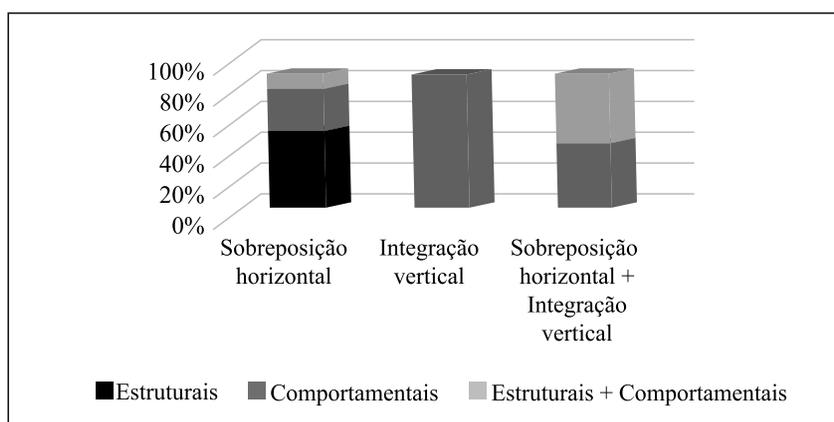
à maioria dos casos condicionados a ACC ou com restrições analisados pela nova Lei.

Gráfico 1 – Aplicação de remédios (por número de atos de concentração)



Foi analisado também o tipo de aplicação dos remédios antitruste, levando em consideração os diferentes problemas concorrenciais derivados das operações julgadas pelo Cade nesses últimos anos. Nesse 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).

Gráfico 2 – Aplicação de remédios antitruste (por problema concorcencial)



Essa 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 concorrential gira em torno de integração vertical, só houve a aplicação de remédios comportamentais nesses 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 em vigor da Lei 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 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 art. 54, § 4º. Por outro lado, com a aprovação da Lei 12.529/2011, 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.

Nesse contexto, o relatório *peer review* da OCDE¹⁵ 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 aplicação de medidas comportamentais pelo Cade.

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 SBDC lidar com fusões *ex post*.

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 a diminuição de incentivos das partes em proverem informações rápidas e consistentes.

Uma segunda consequência decorrente desse 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 desta, 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 dessa 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, foram vistos na presente pesquisa apenas três casos que versavam exclusivamente sobre cláusulas de não concorrência durante esses cinco anos.

No que tange a esse 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 essa evolução consiste no próprio conceito do sistema *premerger review*.

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

16. Idem.

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

18. CABRAL, Patrícia Semensato. *Remédios em atos de concentração* cit., p. 33.

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 de a última restrição quanto a esta cláusula ter ocorrido 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 nos casos em que havia séria preocupação concorrencial. Para tal afirmação, utilizaram-se os números absolutos de remédios comportamentais e estruturais nos anos de 2007 e 2008, em que 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, essa abordagem não parece ser a correta para esse 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 esse 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 isso 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 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 dessas 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 12.529, apenas em dois 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

19. O recente caso n. 08700.005937/2016-61 (Dow/Dupont) é um exemplo em que 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 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.

agência antitruste brasileira, ao examinar operações somente com este tipo de preocupação, aplica somente medidas comportamentais.²² Isso corroborou com a presente pesquisa, que também só observou a aplicação dessas 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.

Isso 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, de 2013 a 2017, 60% das operações tiveram medidas somente estruturais.

Em outras palavras, com a vigência da nova Lei 12.529/2011, 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 de 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 12.529/2011, e comparar os dados com a *peer review* feita pela OCDE sobre a Lei de Concorrência 8.884/94, em que se indicou que 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.

22. CABRAL, Patrícia Semensato. *Remédios em atos de concentração* cit., p. 47.

23. Idem, *ibidem*.

Ainda, relevante notar que, anteriormente, a maior parte dos casos 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 dessa disposição. Esse dado demonstra uma clara eficiência do novo sistema.

No que tange aos remédios antitruste aplicados durante esses cinco anos, em números absolutos, existe a predominância de medidas comportamentais. Não obstante, ao se analisar o número de remédios aplicados por ato de concentração, verificou-se que somente em dois 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 nessas 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 da 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 esse tipo de problema tinham compromissos essencialmente comportamentais. Por outro lado, sob o regime da Lei 12.529, o Cade inverteu esses dados e instituiu em 60% das concentrações remédios puramente concorrenciais.

Entretanto, mister concluir que o Cade, sob o regime da nova Lei 12.529/2011, aplica remédios antitruste com olhos nas melhores práticas de autoridades antitruste como o DOJ e a Comissão Europeia, além de estar atento às recomendações de organizações internacionais como a ICN e a OCDE.

Referências

- ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: RT, 2012.
- BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. São Paulo: 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.
- 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 abr. 2017.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. *Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Brasília, 2016.
- COSTA, Cláudia. Economia e 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=918:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 9 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.
- 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 abr. 2017.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 2016.
- 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: Singular, 2011.
- INTERNATIONAL Competition Network. Merger Remedies Guide. ICN Merger Working Group, 2016. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.
- MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. *Temas Atuais de Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2012.
- 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: Singular, 2011.

NOVIS, Maria Eugênia; VERISSIMO, Marcos Paulo. Controversial issues in merger review: practical aspects. *Overview of Competition Law in Brazil*, São Paulo, 2015.

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

OECD/BID. Lei e política de concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares. 2010.

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.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2018 – 1.º COLOCADO –
GRADUAÇÃO

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO *BIG DATA* PARA O EXERCÍCIO DE PODER DE MERCADO

RAQUEL GARCIA GRIPP NOVAES

Resumo: O presente trabalho busca traçar as principais características do *Big Data* e sua influência nos mercados digitais. A partir do entendimento de todas as etapas da cadeia de valor do *Big Data*, será possível delimitar possíveis peculiaridades que o viabilizam como instrumento para o exercício de poder de mercado. Essa análise será feita por meio da aplicação dos principais fundamentos do direito da concorrência, utilizado em análises pelas autoridades antitrustes. A divisão das etapas do *big data* entre coleta, processamento, análise e uso de dados, permitirá verificar como cada fase do processo influencia na probabilidade de exercício de poder de mercado.

Palavras-chave: Direito da concorrência – *Big data* – Mercados digitais – Poder de mercado – Tecnologia.

Keywords: Competition law – *Big data* – Digital markets – Market power – Technology.

1. Introdução

Nas recentes décadas, o nível de crescimento tecnológico tem sido extremamente acelerado, e a Internet tem mudado como as empresas, indústrias e governos atuam por todo o mundo. Nesse cenário, passou-se a desenvolver o fenômeno do *big data*: “a capacidade de transformar em dados muitos aspectos do mundo que nunca foram quantificados antes; chame isso de ‘dataficação’” (tradução própria).¹

Assim, o *big data* tem se tornado um tema de grande repercussão nos últimos anos. O processo que envolve a coleta, processamento e análise de dados

1. AYER-SCHONBERGER; CUKIER, 2013. The ability to render into data many aspects of the world that have never been quantified before; call it “datafication”.

tem o potencial de se tornar uma base fundamental da concorrência – subjacente a novas ondas de crescimento da produtividade, inovação e superávit do consumidor – desde que as políticas e os facilitadores adequados estejam em vigor.

Dado o seu papel fundamental para a sociedade atual e, em específico, para as empresas que realizam o processamento de dados, este trabalho estudará uma questão específica e importante: se, e sob quais condições, o controle sob o “*big data value chain*” pode ser uma fonte de poder no âmbito concorrencial e os riscos adjacentes deste. Dessa forma, será fundamental analisar as vantagens competitivas que as empresas adquirem com a capacidade de coleta, processamento e análise de dados, traçando possíveis conclusões em relação aos benefícios e prejuízos concorrenciais das práticas envolvendo *big data*.

Como bem se sabe, diversas condições são avaliadas quando se pondera o efetivo poder de uma empresa em seu ramo de atividade; as autoridades concorrenciais de todo o mundo atuam para estabelecer métodos cada vez mais criteriosos de análise. No entanto, no ramo do *big data*, ainda há muitas incertezas e dificuldades. Por isso, será necessário ir além dos parâmetros clássicos de análise, que buscam avaliar poder de mercado, e considerar aspectos específicos do *big data* em tentativa de estabelecer quais características fazem seu uso se tornar uma questão concorrencialmente sensível.

Ademais, para compreender o poder de mercado envolvendo *big data*, dever-se-á estudar o mercado que o envolve, delimitando os mercados em que o *big data* tem se tornado essencial. Complementarmente, cabe avaliar as eficiências, a rivalidade efetiva e as barreiras à entrada, de modo a traçar inferências a respeito desse fenômeno digital. Ainda, por se tratar de tecnologia recente e ainda sob processo de desenvolvimento, a cadeia de valor do *big data* contempla custos ainda muito altos e de difícil acesso que tornam sua disponibilidade limitada.

Por fim, todo o método de análise deste estudo permitirá traçar conclusões a respeito do futuro do direito da concorrência em relação ao *big data* e possíveis posturas que poderiam ser adotadas pelas autoridades neste processo de desenvolvimento. Assim, será possível estruturar de forma eficiente um método de controle preventivo e repressivo sob as empresas e a quantidade de dados que é processado e utilizado por estas, atuando de forma a evitar que a economia seja prejudicada por novas tecnologias.

2. Poder de mercado e *big data*

Para avaliar o poder de mercado no ambiente do *big data*, é imprescindível entender que *big data* por si só não compreende um foco competitivo,

mas sim a forma como ele é coletado, armazenado e processado para, então, tornar-se informação útil. Em “*Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion?*”, o FTC denominou estas etapas como o “ciclo de vida do *big data*”, dividindo-as em quatro: (1) coleta, (2) compilação, (3) análise e (4) uso.² Logo, *big data* constitui uma cadeia de valor em que cada etapa agrega e acumula valor à informação inicialmente identificada.

Isto posto, cabe apontar que poder de mercado pode ser pensando como a capacidade lucrativa de uma empresa de manter seus preços acima de níveis competitivos ou restringir a produção ou a qualidade abaixo dos níveis competitivos.³ Conforme caracteriza a doutrina europeia, ainda pode ser “o poder de influenciar os preços de mercado, a produção, a inovação, a variedade de bens e serviços, ou outros parâmetros de concorrência no mercado por um período significativo de tempo”.⁴

Quando se entende que uma empresa possui poder de mercado, se presume também que ela tenha instrumentalidade suficiente para prejudicar a concorrência – por exemplo, aumentando barreiras à entrada, retardando inovações ou enfraquecendo a competição já existente. Assim, em linhas gerais, poder de mercado surge quando uma empresa não enfrenta relevante pressão competitiva.

Como mencionado anteriormente, o *big data* passou a ser visto como um possível instrumento para o exercício de mercado. No entanto, para que esta assertiva seja de fato comprovada, deve haver a análise dos fatores antitrustes que levam a tal conclusão. O exame de probabilidade de exercício de mercado realizado pelas autoridades antitruste brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), em regra segue uma análise clássica, que envolve a definição do mercado relevante e a delimitação da parcela de mercado detida para então traçar decisões a respeito da efetiva probabilidade de exercício de poder de mercado.⁵

2. 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: 15 abr. 2018.
3. OFT. *Assessment of market power*. 2014. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284400/oft415.pdf. Acesso em: 10 mar. 2018.
4. WHISH, Richard. *Competition law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 174.
5. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia para análise de Atos de Concentração Horizontal*. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso->

2.1 *Aplicação do método antitruste ao acesso de dados: análise clássica dos fatores de poder de mercado*

A análise de poder de mercado geralmente envolve o processo de averiguação de uma ampla gama de fatores relevantes em relação à estrutura do mercado e condições de entrada, além do exame do comportamento da empresa e seu desempenho financeiro. Portanto, serão analisados os principais pontos de análise clássica de poder de mercado, de modo a estabelecer um possível cenário concorrencial sobre o assunto.

2.1.1 *Mercados conduzidos por big data*

A análise de autoridades antitrustes em processo instrutório de possíveis comportamentos abusivos e atos de concentração se inicia com a delimitação de um mercado relevante, que inclui todos os produtos ou serviços que são considerados substitutos por consumidores com base em seu preço, uso e características gerais, dentro de um território delimitado, seja ele internacional, nacional, estadual, municipal, ou até mesmo um raio de alcance dentro de um município. Portanto, através da análise dos limites geográficos e relativos ao produto, seguida da verificação da porcentagem de participação de um agente econômico em dado mercado, é que se delimitam os contornos de um mercado relevante.⁶

As atuais leis de concorrência estabelecem que uma definição de mercado relevante parte do pressuposto de que existe oferta e procura para o produto ou serviço. Entretanto, em todos os casos já julgados pelas autoridades, *big data* era apenas o produto intermediário, ou seja, não era vendido ou trocado. Por exemplo, no ato de concentração entre Facebook e WhatsApp, julgado pela Comissão Europeia, as autoridades determinaram que o Facebook não vendia os dados de seus usuários e não oferecia dados a terceiros, enquanto o WhatsApp não coletava informações pessoais.⁷

Assim, cabe entender que a definição de um mercado relevante não deve ser entendido como um fim em si mesmo, mas o meio para identificar posições de mercado das empresas e os impactos concorrenciais de seus comportamentos. Nesse sentido, o professor Calixto Salomão, por exemplo, identifica o mercado relevante como um dos critérios para se mensurar poder econômico,

-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-par-a-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 13 fev. 2018.

6. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

7. Case COMP/M. 7217 – Facebook/WhatsApp, 3 out. 2014.

traçando-o como: “método teórico dominante de acesso e medição de poder no mercado”, apontando que:

Analisadas as fraquezas das demais formas de medição de poder no mercado, resta discutir o hoje dominante método teórico de acesso e medição de poder no mercado.

Esse é, também, o método adotado no sistema brasileiro. Essa conclusão decorre do emprego nos artigos 20, § 3º, e 54, § 3º, da Lei Concorrencial da expressão “participação no mercado relevante” [...] o referido método prevê exatamente isso: primeiro a definição do mercado relevante, através do estabelecimento dos limites geográficos e relativos ao tipo do produto, e, em seguida, a verificação da participação percentual do agente econômico neste mercado⁸.

Big Data ainda não foi identificado pelas autoridades antitrustes globais com o seu próprio mercado relevante, e isso só ocorrerá quando se tratar de um caso em que informações são de fato permutadas. Entretanto, apesar de não ter sido traçado um mercado para o fornecimento de dados, a análise de potenciais preocupações de concentração de dados já foi assunto de muitas discussões.

Sendo assim, cabe delimitar os mercados correlacionados com o *big data* e onde atuam como passo inicial para a ponderação de poder de mercado. É o caso de plataformas digitais, em que o mercado relevante é dividido entre publicidade on-line, redes sociais e ferramentas de pesquisa online.⁹ Por mais, cabe delimitar três essenciais núcleos onde se identifica a atuação do *big data*: (i) mercados em que *big data* é o insumo principal para a atuação de uma empresa – ou seja, sem os dados, a empresa não é capaz de oferecer corretamente seu negócio principal, como o caso de redes sociais que se baseiam na constante renovação de sua base de dados de usuários como novos conteúdos para manter a rotatividade e crescimento do negócio; (ii) mercados em que *big data* traz melhorias para a prestação de um serviço ou fornecimento de um produto – como, por exemplo, sites de venda on-line em que dados auxiliam as empresas a realizar marketing direcionado ao usuário; e (iii) mercados em que o próprio *big data* é trocado e vendido – como é o caso dos Data Brokers, que coletam e processam dados para vender a outras empresas.

8. SALOMÃO FILHO, 2002, p. 97.

9. Estas divisões foram adotadas pela Comissão Europeia em: Case COMP/M. 5727 – Microsoft/Yahoo! Search Business, 18 de fevereiro de 2010 e Case COMP/M. 7217 – Facebook/WhatsApp, 3 out. 2014.

Diversas metodologias têm sido utilizadas por pesquisadores da área para delimitar um mercado relevante adequado para o *big data*. Inge Graef,¹⁰ por exemplo, sob a perspectiva das plataformas digitais e diante de preocupações com a concentração de dados, ao sugerir demarcar um mercado próprio de plataformas digitais, abarca tanto os dados coletados de usuários como os dados utilizados para propaganda direcionada. Este autor propõe a segmentação do mercado de algumas formas: (i) dentro de um potencial mercado de dados *on-line*, a divisão entre dados de pesquisa, dados de redes sociais e dados de *e-commerce*; e (ii) divisão entre dados coletados *on-line* e *off-line*.

Alguns praticantes da área sugerem que somente a coleta de dados deve formar seu próprio mercado para propósitos anticoncorrenciais, mas a sua delimitação é deficiente. De outro lado, pensando-se em uma delimitação de mercado relevante exclusiva para o processamento de *big data*, ou seja, a transformação de um conjunto de dados extremamente grande do seu estado bruto em um formato utilizável, por meio de classificação, agregação, junção e execução de funções e algoritmos, é possível verificar que existem poucos players com a tecnologia necessária e, portanto, trata-se de um mercado muito concentrado.¹¹

2.1.2 Barreiras à entrada

A análise das barreiras que um mercado apresenta é de extrema complexidade. Para verificar a existência ou não de barreiras à entrada, cabe avaliar, para além dos parâmetros teóricos, se na prática, quando e em que medida a entrada é provável de ocorrer e se a existência de barreiras nesses mercados são capazes de impedir ou atrasar a entrada de novos agentes, o que se traduz em prejuízos para os consumidores.¹² A cadeia de valor do *big data* possui seu próprio desafio competitivo suscetível ao aumento de barreiras à entrada no mercado. Dados em si não constituem instrumento que sofre rivalidade, ou seja, o acesso a dados por um operador não impede, por si só, que outros operadores também tenham acesso, o que levaria ao entendimento de que há baixas barreiras à entrada em mercados de *big data*. Entretanto, a coleta de

10. GRAEF, Inge. Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 38, n. 4, p. 473-506, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2657732>. Acesso em: 10 fev. 2018.

11. DATANYZE. *Big Data Processing*. 2018. Disponível em: <https://www.datanyze.com/market-share/big-data-processing>. Acesso em: 3 abr. 2018.

12. FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fabio Ulhoa (Org.). *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6, p. 429-469.

dados é apenas uma parte da cadeia de valor do *big data*. As barreiras à entrada relacionadas a dados dependerão do produto específico em que questão sendo utilizados. Por exemplo, dados abertos são direcionados ao seu uso aberto e ilimitado, portanto, reduzem qualquer potencial de barreira à entrada pois podem ser utilizadas por diversas empresas para construir ou melhorar seus serviços; mas esta nem sempre é a situação fática para o uso de *big data*. Uma empresa pode ter acesso exclusivo a um grande volume de dados e, assim, cabe a esta decidir sobre seu uso que, por motivos competitivos, acaba não podendo ser acessado por concorrentes. O resultado é um controle exclusivo dos dados por algumas empresas em um mercado com barreiras à entrada exorbitantes.

No mercado de ferramentas de pesquisas online, o Google, por exemplo, possui centros de dados no mundo todo, principalmente nos Estados Unidos, em que um dos seus centros, localizado em Oregon, vale 600 milhões de dólares. Diante dessa perspectiva, pequenas empresas, investidores e até mesmo grandes empresas não têm capacidade financeira para competir com essas dimensões. Assim, a concentração de um grande volume de dados em um mercado exclui concorrentes por uma barreira de entrada que deriva do próprio volume de informações disponíveis.

Já no caso das redes sociais, as barreiras à entrada podem ser vencidas por um modelo social eficaz que convença seus usuários a lhes fornecerem as informações necessárias para seu funcionamento. Logo, nesse setor não se verifica o problema de detenção de dados pois estes são fabricados no próprio uso da plataforma. Por outro lado, alguns negócios são mais valiosos porque possuem uma base de dados de difícil obtenção, tornando-os únicos. Desse modo, qualquer empresa que deseja atuar no mercado enfrentará uma substancial barreira à entrada. Adiante, serão avaliadas outras questões relacionadas aos mercados de *big data* que também podem elevar ou reduzir barreiras à entrada.

2.1.3 Rivalidade do mercado

Ao analisar-se a rivalidade de um mercado, avalia-se o nível de competitividade entre os agentes e a capacidade de uma empresa ser bem sucedida na concorrência com rivais. Nesse contexto, é notório que dados possuam uma natureza não rival, especialmente no contexto de “multi-homing”, onde usuários fazem uso de vários provedores para executar o mesmo tipo de serviço e, assim, fornecer dados sobre si mesmos para múltiplos provedores. Ainda, dado sua natureza, dados podem ser úteis para uma variedade de empresas e ainda ter um valor diferente para cada uma delas.

Apesar da ausência de rivalidade de dados, em termos econômicos, estes não podem ser considerados um bem público puro pois pessoas ou empresas

ainda podem ser excluídas de sua utilização. Ademais, não se presume que a não rivalidade de dados signifique que não haja rivalidade na cadeia de valor do *big data*: empresas no mercado competem para adquirir dados em maior volume, velocidade e qualidade, pois esse processo o torna um bem privado.

Uma das questões envolvendo a rivalidade em plataformas digitais é levantada por David Evans¹³ ao apontar que muitas empresas atraem os consumidores para seus sites oferecendo produtos e serviços normalmente sem custo. Muitas dessas empresas, então, passam a anunciar outros produtos ou serviços àqueles consumidores que colheram a atenção, fonte de sua receita. Estes são denominados de “rivais de atenção”¹⁴ porque competem entre si pela atenção do consumidor com tempo limitado para ser cativado pelos comerciantes, desenvolvedores, entre outros, o que torna a competição ainda mais intensa.

Ainda, deve-se apontar que a caracterização de dados do mercado como não rival pode trazer prejuízos competitivos, tal como reduzir o valor de mercado de dados e até o incentivo à coleta e análise destes. Isso é resultado de empresas que, ao deterem uma base de dados única e específica, lhes proporciona maiores informações sobre o mercado e fazem alterações acerca de seus preços, serviços ou produtos. Como consequência, concorrentes que têm conhecimento dessa capacidade de análise de dados específicos do concorrente, o que o torna detentor de dados relevantes, podem seguir o mesmo caminho e tomar as mesmas providências, sem nem mesmo analisar o conjunto de dados.

2.2 *Análise concorrencial das especificidades de big data*

Diante da sua influência na indústria on-line, as questões envolvendo dados não são exauridas pelos aspectos tradicionais ponderados na análise de poder de mercado. Assim, quando analisados o *big data* e poder de mercado, é preciso ter em mente que envolvem o poder existente em setores on-line conduzidos por dados e que se trata de uma dinâmica de mercado diferente das demais, que traz questões como: aquisição de dados mais vantajosos, problemas de escassez de dados e de dificuldades de coleta.

2.2.1 Disponibilidade

Como já exposto, não há rivalidade no acesso a dados. Isso se deve a três motivos: (i) o acesso de dados por um operador não exclui o acesso aos

13. EVANS, D. S. Attention Rivalry Among Online Platforms. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 9, n. 2, 2013.

14. Estes “rivais da atenção” são, em geral, plataformas *on-lines* de multilateral; são intermediários entre fornecedores e demandantes de atenção.

mesmos dados por outro operador; (ii) cada vez mais, mercados digitais estão propensos a coletar dados e, com o aumento desse mercado há o aumento da disponibilidade de dados; e (iii) há um aumento do mercado de *Data Brokers*, o que eleva a disponibilidade de dados para aqueles que não possuem a tecnologia e infraestrutura para processar dados sozinhos.

Um exemplo claro da disponibilidade de *big data* são os dados coletados por aplicativos on-line. Se um aplicativo coleta informações pessoais (como data de nascimento, gênero, endereço, telefone fixo, celular, e até mesmo interesses e objetivos), nada impede que outro aplicativo do mesmo gênero também consiga coletar esses dados. É o caso dos aplicativos de serviço de entrega domiciliar de comida como IFood, SpoonRocket ou UberEats, em que, à parte das questões singulares de cada um, todos oferecem em sua essência o mesmo serviço e coletam os mesmos dados de seus usuários (informações cadastrais, endereço, horários de pico, alimentos de preferência, restaurantes mais procurados etc.).

No entanto, existem certas limitações para a disponibilidade dos dados. Além dos fatores de custo na coleta de dados, os dados que estão disponíveis dependem também do alcance da plataforma utilizada para tal. Dados são coletados de usuários conforme estes usufruem do produto ou serviço ofertado, como redes sociais ou ferramentas de pesquisa, que oferecem serviços, em sua maioria gratuitos, para seus usuários e deles extraem os dados necessários para atribuir valor ao meio. Assim, para que seja possível acessar esses dados, é necessária uma plataforma que seja capaz de fornecer o mesmo serviço ofertado para uma crescente quantidade de usuários.

Uma ferramenta on-line que possui poucos usuários consequentemente coleta poucos dados e, desse modo, não adquire ganhos suficientes para seu crescimento e aprimoramento. Isso é o que chamamos de “base de clientes”, ou seja, usuários que já adquiriram o serviço ou produto e se tornaram clientes repetidos do mesmo. Com isso, ao adotar determinadas estratégias, seja de marketing ou financeiras, a operadora pode aumentar e solidificar sua base de clientes. O Ex-Comissário da Comissão Europeia argumentou a esse respeito: “quanto mais pessoas usam uma ferramenta de busca, melhor ela fica, porque os engenheiros precisam de dados de pesquisa para refinar seus algoritmos” (tradução própria).¹⁵

Outro fator que influencia a disponibilidade de dados é a desconfiança de usuários. Não são todos os cenários em que os usuários dão acesso às suas informações com facilidade. Isso é verdade nos dias atuais devido ao processo de

15. ALMUNIA, Joaquín. Competition in the online world. *LSE Public Lecture London*, 11 de novembro de 2013, SPEECH/13/905.

conscientização dos usuários da internet de que o usufruto gratuito de certas plataformas vem a certo preço: o uso de suas informações pessoais. Dessa forma, algumas pessoas podem ser relutantes em transferir seus dados pessoais se não houver garantias suficientes de que essas informações estarão protegidas¹⁶ como, por exemplo, indicações do propósito de uso dos dados em Termos de Uso e Privacidade.

Mais adiante no tema, existem também fatores que limitam o acesso não apenas às empresas diretamente ligadas ao fornecimento de serviço ou produto (e que, ao mesmo tempo, coletam os dados de seus usuários), mas também aos intermediários de dados. Recorrer ao acesso de dados de empresas especializadas pode, sobre alguns aspectos, ser mais vantajoso que a coleta direta de dados: primeiro, porque os custos fixos de coleta de dados são divididos entre as diversas empresas que usufruem de determinado tipo de dado e, segundo, porque permite que a empresa expanda o volume e a variedade de seus dados ou então sua qualidade.

Contudo, a disponibilidade de dados adquiridos de terceiros também pode sofrer restrições. Depender unicamente de terceiros para obtenção de dados pode se deixar sujeito a variações de preço e disponibilidade. O preço de fornecimento de dados, como todo produto ou serviço ofertado, está sujeito a oscilações de oferta e demanda. Ademais, não são todos os mercados que permitem o compartilhamento de dados entre concorrentes, como é o caso do Facebook (que não permite que outras empresas coletem dados sobre os usuários da rede social sem o seu prévio consentimento).¹⁷

O escopo de dados disponíveis por *data brokers* também pode ser limitado. Dados, quando são diretamente coletados por grandes empresas, possuem volume e variedade que não se comparam aos dados que terceiros têm acesso. É o exemplo de dados de comportamento coletados por “cookies” de rastreamento: estes se limitam a coletar informações do usuário no limite do site visitado, o que, em comparação a um operador que coleta diretamente dados e consegue coletar informações detalhadas de seus usuários, pode não se tornar vantajoso.

Além disso, existem preocupações a respeito da não replicabilidade de certos dados. Algumas empresas detêm o controle de bases de dados únicas

16. Autorité de la concurrence. Competition Law and Data. Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2018.

17. GRAEF, Inge; WAHYUNINGTYAS, Sih Yuliana; VALCKE, Peggy. Assessing data access issues in online platforms. 2015. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2647309. Acesso em: 17 mar. 2018.

que seus concorrentes não são capazes de replicar. O valor inerente a essa base de dados e sua vantagem competitiva em controle de uma única empresa pode criar barreiras à entrada e poder de mercado. Isso pode se tornar preocupante quando analisam-se os atos de concentração nos mercados relacionados ao *big data*. Quanto às vantagens competitivas, uma nova entidade as terá ao reunir um maior volume de dados de empresas em fusão ou incorporação, compondo uma base de dados que não replicável e podendo trazer problemas concorrenciais. Esse foi um dos pontos tratados pela Comissão Europeia no caso Facebook/WhatsApp,¹⁸ em que foi avaliado se a potencial integração entre as informações da plataforma social do Facebook e os dados de comunicação virtual do WhatsApp afetariam a concorrência.

2.2.2 Custos de coleta de dados

Em primeiro lugar, existem custos de tecnologia para se realizar a eficaz coleta de dados que são essenciais para o processo. Dessa forma, uma das principais barreiras à entrada nesta etapa consiste em capacidade econômica para operar significantes investimentos. O surgimento e o desenvolvimento de grandes centros de dados deixa evidente o nível potencialmente alto de custos fixos que as empresas devem investir para se coletar e explorar grandes quantidades de dados. Esses custos, associados ao volume de dados, trazem desvantagens competitivas para empresas menores e novos entrantes, já que não são capazes de fazer uso do mesmo volume e variedade de dados que grandes operadores. Além disso, a necessidade de técnicas mais refinadas de coleta de dados para conseguir competir no mercado torna a atividade mais difícil ou, até mesmo, impossível para algumas empresas. Deve-se ter em mente que, quanto mais difícil é a coleta dos dados necessários, mais custoso se torna o processo.

Outro fator que influencia no custo de coleta de dados é a finalidade para a qual ele está sendo coletado. Existem dados que são utilizados para o próprio funcionamento da empresa, ou seja, a empresa que coleta dados tem como propósito principal o acúmulo de dados. Por outro lado, existem empresas que apenas coletam dados como consequência da venda de outros produtos ou serviços, não focando especificamente em dados. Assim, desses dois modelos de empresa, os custos de coleta de dados são evidentemente mais custosos para a empresa focada apenas na coleta de dados que no modelo em que dados são uma consequência de seu objetivo principal de negócio.

Por fim, tratando-se de custos inerentes à atividade, também se deve ter em mente que muitas empresas impõem restrições contratuais de modo a con-

18. Case COMP/M. 7217 – Facebook/WhatsApp, 3 out. 2014.

ferir exclusividade na transferência de dados. Como resultado, aumentam-se os custos de atuação no setor.

2.2.2.1 Valor e velocidade de dados

Existe o entendimento¹⁹ de que, em alguns mercados conduzidos por *big data*, dados perdem o seu valor rapidamente por serem uma ferramenta utilizada para fins de inferências estatísticas e comportamentais. Entretanto, nem todos os dados são coletados com a finalidade de traçar inferências: um conjunto de dados pode ser utilizado em outros mercados para compilar informações de contato e informações de uso. Nesses casos, cada observação no conjunto de dados pode ter a mesma importância, já que cada um deles representa uma nova perspectiva.

Ademais, as perspectivas de que dados perdem seu valor com rapidez também pode ser refutada. A assertiva só é verdadeira para alguns mercados de *big data*, como plataformas digitais. Assim, entendeu a Autorité de la concurrence:

[...] historical data, while useful for analyzing trends in advertising markets, may have comparatively little value for instant decision making such as the choice of which ad to display in real-time bidding. Moreover historical data may be of relatively low value for some actors like search engines in view of the high rate of new search queries: as reported by Google, 15% of every day people's searches are new, implying that algorithms continuously need new data to be effective in providing the most relevant ranking of results to those new queries.²⁰

O controle sobre esse tipo de dado para empresas do setor pode não resultar em destaques competitivos. No entanto, não são em todos os mercados que dados possuem este carácter transitório: por exemplo, informações como idade, nome, gênero, profissão e endereço não perdem seu valor com o tempo. Dessa forma, uma empresa que possui uma grande base de dados, com uma variedade de informações acerca dessas características, pode obter vantagens competitivas de maneira mais permanente em face de concorrentes que apenas detêm dados transitórios.

19. LERNER, A. The Role of *Big Data* in Online Platform Competition, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780. Acesso em: 12 mar. 2018.

20. Autorité de la concurrence. Competition Law and Data, 2016. Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2018.

Além disso, a obtenção e o controle de dados de carácter mais permanente podem ocorrer para garantir melhorias em plataformas, aplicativos, para aperfeiçoar algoritmos existentes ou criar novas plataformas/algoritmos. Em outras palavras, o valor transitório dos dados pode ser capitalizado e transformado em valor mais permanente de melhorias ou desenvolvimentos de aplicativos.

2.3 *Análise da probabilidade do uso de big data como fonte de poder de mercado*

Vistos todos os fatores que influenciam a concorrência de maneira positiva e negativa nos mercados de *big data*, resta agora ponderar sobre a questão central deste trabalho: se, e em que medida, o *big data* gera uma vantagem competitiva que pode se traduzir em um efetivo exercício de poder de mercado.

Nos termos do Cade, poder de mercado se caracteriza quando uma empresa ou grupo econômico possui capacidade de aumentar preços por meio da redução de oferta, porém este conceito mostra-se insuficiente neste cenário, na medida em que a capacidade de aumentar preços é condição não necessária e não satisfatória para tal. Como conceitua Calixto Salomão Filho, poder de mercado está relacionado à “possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade, ou pequena participação e maior lucratividade”.²¹ No mais, conforme ele aponta, trata-se de uma definição axiomática, ou seja, “deve-se indagar de suas formas de revelação, ao invés de procurar defini-los”.²²

A análise de poder de mercado é o elemento chave para as autoridades antitrustes no processo de investigação de atos de concentração e condutas anticompetitivas monopolísticas, pois permite traçar conclusões acerca da capacidade de uma empresa de instituir que preço, produto, qualidade, variedade, serviço, propaganda ou inovação se desviará significativamente dos níveis competitivos por um período de tempo relevante. Uma análise objetiva de probabilidade de exercício de poder de mercado, como já dito, avalia fatores como rivalidade e barreiras à entrada no mercado.

Assim, apesar de a investigação de probabilidade de exercício de poder de mercado no âmbito do *big data* ser exequível e ponderar aspectos comuns à análise antitruste, algumas singularidades do *big data* que devem surgir durante a avaliação de um caso podem apresentar desafios complementares no pro-

21. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo, Malheiros, 2013. P. 142-143.

22. *Idem*, p. 141-142.

cesso de defesa da concorrência. Três fatores que tornam o julgamento acerca do poder de mercado de uma empresa ou grupo econômico mais complexo, diante da sua difícil ponderação são: (i) análise de preços; (ii) barreiras à entrada e expansão; e (iii) participação de mercado.

Primeiro, a ponderação de preços nos mercados de *big data* deve ser avaliada com cautela. Como o *big data* não é de fato o produto comercializado, a análise de preços deve ponderar o valor do produto/serviço prestado para o qual o *big data* serviu como instrumento. Ao se tratar de plataformas multilaterais, deve-se atentar ao fato de que talvez seja necessário observar os preços de todos os lados de uma plataforma, ou mesmo da plataforma como um todo, ao considerar a precificação como um indicador de poder de mercado. Por exemplo, um preço dito como alto em um lado de uma plataforma pode subsidiar investimentos para atrair usuários para o outro lado da plataforma e, assim, não há que se falar em poder de mercado.

Em segundo lugar, as barreiras à entrada, podem sofrer variações de nível de acordo com o mercado analisado. No entanto, o *big data* tem se tornado uma das maiores preocupações em mercados digitais, já que dados estão assumindo o papel de insumo crítico em certos casos. Além disso, o acesso e controle sobre dados de difícil acesso que funcionam como insumo essencial pode conferir aos agentes o poder sobre o mercado. Ademais, como os mercados de *big data* são suscetíveis a efeitos de rede, barreiras à entrada podem crescer exponencialmente. A visão dos praticantes da área é que esses efeitos de rede trazem resultados monopolísticos para o mercado,²³ já que, ao explorar efeitos de rede, a empresa melhora a qualidade de seu serviço, apesar de o mesmo mecanismo criar barreiras à entrada e expansão, pois essa empresa, ao captar o público necessário para ser uma plataforma valiosa e indispensável para seus usuários, terá o domínio sobre este mercado.

O terceiro ponto de difícil verificação em relação ao *big data* é estabelecer a participação de mercado. Por se tratar de um mercado com constantes mudanças e inovações, a análise de *market share* de uma empresa pode não significar a realidade do mercado por muito tempo.

Além disso, devido à ausência de uma delimitação de um mercado próprio de *big data*, ao se traçar a posição atual de uma empresa em um dado mercado que utiliza dados como insumo, os resultados levarão em conta esse mercado e não as participações exclusivas do uso de *big data*, não apresentando resultados conclusivos nesse sentido.

23. STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. Debunking the Myths over *Big Data* and Antitrust, CPI Antitrust Chronicle, 2015.

Assim, é possível traçar algumas conclusões sobre os mercados de *big data* e desmitificar alguns fatos que são comumente ditos no direito da concorrência. Primeiro, os mercados conduzidos por *big data* não são necessariamente mercados com baixas barreiras de entrada. O oposto também não é integralmente verdade. Cada indústria que utiliza o *big data* como insumo possui diferentes características e, portanto, podem ter níveis de competitividade variados.

A segunda afirmativa incorreta está em dizer que o *big data* não possui significância competitiva, caracterizando-o como de baixo custo, disponível e onipresente. No entanto, esse apontamento está muito distante da realidade atual. Dados são de extrema importância para o ambiente concorrencial, bem como não são todos os tipos, formas e volumes que estão disponíveis a todos. Alguns dados são tratados por empresas como propriedade e não são partilhados. Além disso, ao dizer que dados não possuem significância competitiva, também se infere que uma empresa dominante não teria capacidade de excluir o acesso a dados por empresas menores.

Ainda, ao tratar da interação de dados com usuários, não se pode afirmar que dados trazem apenas benefícios aos consumidores mesmo se tratando de um serviço gratuito; o consumidor, ao usufruir desses serviços, não deve esperar que a proteção da confidencialidade de seus dados esteja garantida. Ao contrário, consumidores não se beneficiam, invariavelmente, quando os serviços são de graça porque, em realidade, estes não são de fato gratuitos. O economista Carl Shiparo assim já se manifestou nesse sentido, apontando a noção de que “já que algo é de graça, este deve ser benéfico aos consumidores“ não está correta. No mais, a proteção dos dados é direito do indivíduo independentemente de ter conhecimento sobre o fim pelo qual seus dados são utilizados. Consumidores devem ser amplamente informados sobre suas preferências de privacidade e aceitarem tais termos.

Deve-se também considerar que os mercados de *big data* como um todo demandam altos investimentos em: (i) implementação do processo de análise de dados; (ii) profissionais do setor; e (iii) espaço de armazenamento de dados. Primeiro, porque a tecnologia necessária para se implementar o uso de *big data* como insumo de uma empresa e para que ocorra o processamento do *big data value chain* como um todo ainda é recente e, portanto, custosa, tornando-a não acessível a todos. Em segundo lugar, apesar de se tratar de um processo que ocorre exclusivamente pelos meios digitais, o setor que trata de *big data* ainda não é automatizado.

Por exemplo, se uma empresa faz uso de dados para exercer sua atividade principal, teria de implementar um setor exclusivo para a coleta, processamento e análise desses dados, aplicando os algoritmos necessários para adquirir

as informações desejadas. Isso se traduz em custos extras de contratação de funcionários (como são especialistas em um setor com poucos profissionais, há o encarecimento da remuneração pelo trabalho), encargos trabalhistas, manutenção dos equipamentos e aumento de espaço físico para o trabalho desses agentes. Apesar desses custos não serem significativos o suficiente para impedir a entrada de uma empresa no mercado e por se tratar de um setor que se caracteriza pelo grande volume de dados processados, a necessidade de mão de obra aumenta ao passo que aumentam a quantidade de dados processados. Ademais, o uso de *big data* também demanda custos de espaço de armazenamento de dados. Estes custos também são proporcionais ao volume de dados: quanto maior a quantidade de dados processados, maior serão os custos com o armazenamento destes.

Isso posto, levanta-se o questionamento da vantagem competitiva de dados que, conseqüentemente, leva um mercado a ter barreiras à entrada. Ou seja, de que forma um insumo, que é supostamente onipresente e não rival, torna-se matéria para uma empresa obter poder de mercado em relação ao *big data* e apontar para possíveis conseqüências prejudiciais à concorrência? Para isso, deve-se mensurar se o esforço necessário para coletar, processar e analisar dados de forma a ter potencial de competir em pé de igualdade com outros operadores representa uma forte vantagem competitiva. Como viu-se, essa vantagem associada a dados depende da necessidade de estes serem coletados em uma larga escala ou escopo, o que somente poderia ser obtido por um grande ou diversificado operador. Por exemplo, se o mesmo tipo de dado pode ser extraído de diferentes bases de dados, mesmo quando obtido por diferentes mecanismos, então a vantagem competitiva conferida por essa base de dados será provavelmente baixa.

Conclui-se, portanto, que se realizada uma análise objetiva da relevância do *big data* para os mercados por este conduzidos, é possível estabelecer que, para que uma empresa detenha poder de mercado derivado da sua capacidade de atuar na cadeia de valor de *big data*, é necessário que alguns dos fatores supra-analisados estejam presentes: de início, e o fator mais importante sob a perspectiva concorrencial, é a existência de altas barreiras de entrada e de pouca capacidade de expansão em mercados conduzidos por *big data*. Em segundo lugar, o volume de dados processados pelo agente em posição dominante deve ser suficientemente grande para lhe atribuir vantagens competitivas perante os demais concorrentes do mercado. Ou, então, o valor dos dados processados pela empresa é singular quando comparado aos demais, que não possuem acesso a esses dados em específico, somado à inexistência de substitutos prontamente disponíveis no mercado que forneçam a informação específica necessária para competir igualmente com a empresa dominante.

Além disso, uma empresa que adquire poder de mercado através do *big data* possui invariavelmente uma capacidade econômica vantajosa, da qual empresas minoritárias não conseguem se equiparar. Ainda, seja qual for o mercado conduzido por *big data* em que uma empresa tenha expectativa de exercer poder de mercado, deve ser verificado que há baixa rivalidade. Por fim, é imprescindível que haja uma carência de dados no mercado, bem como a verificação de que há economias de escala e escopo, avaliando-se que não é viável para um concorrente em potencial coletar dados a fim de desenvolver um novo conjunto de dados com o escopo e/ou escala comparável ao da empresa com poder de mercado.

Nota-se que esta não é uma análise exaustiva de todos os fatores a serem avaliados em uma investigação antitruste acerca da probabilidade de exercício de poder de mercado. Cada caso possui suas próprias peculiaridades concorrenciais a serem tratadas e o cenário de *big data* ainda apresenta muitas imprecisões nesse sentido. A realidade é que muitas das atuais ferramentas econômicas analíticas do direito concorrencial não abordam as questões do *big data*.

3. Conclusão

É certo que o *big data* tem revelado ser um insumo de grande importância para a sociedade. A cadeia de valor do *big data* nos permite verificar que cada etapa possui desafios competitivos e barreiras de entrada em diferentes níveis. A cada etapa, as relações econômicas se tornam mais diversificadas e complexas. Isso se traduz em um possível poder de mercado nos setores envolvendo *big data*.

O objetivo deste trabalho foi identificar algumas das principais questões e parâmetros que podem se tornar relevantes ao avaliar a interação entre o *big data* e poder de mercado, e a atuação de autoridades de concorrência para analisar, prevenir ou reprimir possíveis efeitos negativos desse trato.

É pertinente o debate sobre a regulação antitruste e, mais especificamente, a atuação do Cade sobre o tema. As preocupações carecem de tratamento adequado pela área de modo a tentar equilibrar as relações econômicas do país e incentivar as inovações tecnológicas no setor. Ressalta-se que a preservação da primazia sobre a forma deve ser respeitada quando se trata de *big data*. Por restarem muitas dúvidas sobre a interação das empresas nesse sentido, o *big data* não pode ser alvo de intervenções antitrustes defeituosas que possam afetar negativamente este mercado em ascensão, sob o risco de estar prejudicando o processo de inovação e avanços tecnológicos que se está desenvolvendo. Uma administração e um ordenamento que vai contra a inovação está se contrapondo a um fator essencial de um Estado de Direito, que é a concorrência.

Ademais, ainda é extremamente recente os desdobramentos sobre o assunto, e o mercado ainda está se adaptando a essas inovações tecnológicas. Os precedentes mencionados neste trabalho nos levam ao entendimento de que há uma preocupação legítima pelas autoridades sobre o assunto, mas ainda não há conhecimentos suficientes para uma padronização do entendimento, bem como ainda inexistem previsões para elaboração de normas e leis regulando o tema pelo âmbito concorrencial.

A partir do *big data* é possível obter informações de quase todos os tipos e dimensões. Dados são a nova “moeda” do século XXI. No entanto, os avanços tecnológicos do *big data* requerem uma nova maneira de pensar e desafiará instituições e governos. Deve haver uma mudança de mentalidade não apenas na forma em que se organiza a sociedade, mas em como o direito econômico é pensado em sua totalidade.

Conclui-se, portanto, que a ampla coleta, processamento e análise de dados por muitas empresas têm o potencial de trazer barreiras à entrada bem como efeitos de rede. Assim, é de extrema importância que as autoridades antitruste levem em conta a crescente relevância do *big data* como fator de insumo e valioso patrimônio da aquisição. Não se deve esquecer de que as intervenções antitrustes em relação ao acesso a dados por uma empresa devem ser consideradas necessárias somente se barreiras intransponíveis à entrada existirem inegavelmente.

Referências

- ALMUNIA, Joaquín. Competition in the online world. *LSE Public Lecture London*, 11 de novembro de 2013, SPEECH/13/905, 2013.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMNT. Competition Law and Data. 2016. Disponível em: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawan_ddatafinal.pdf. Acesso em: 10 abr. 2018.
- BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre; GRAEF, Inge. *Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising*. 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2920301>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- BRASIL, Lei 12.965 de 23 de abril de 2014.
- CASE COMP/M. 5727 – Microsoft/Yahoo! Search Business, 18 de fevereiro de 2010 Case COMP/M. 7217 – Facebook/WhatsApp, 3 outubro de 2014.
- COMPETITION Bureau. Competition Bureau statement regarding its investigation into alleged anti-competitive conduct by Google. 19 abr. 2016.

Disponível em: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04066.html>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Guia para análise de Atos de Concentração Horizontal. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 18 abr. 2018.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica. Perguntas gerais sobre defesa da concorrência. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>. Acesso em: 6 abr. 2018.

CORDEIRO, Alexandre. Essential facility doctrine: A dificuldade de enquadrar casos na doutrina diante da assimetria de informação. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/doutrina-antitruste/essential-facility-doctrine-17022017>. Acesso em: 20 mar. 2018.

DATANYZE. *Big Data Processing*. 2018. Disponível em: <https://www.datanyze.com/market-share/big-data-processing>. Acesso em: 3 abr. 2018.

EVANS, D. S. Attention Rivalry Among Online Platforms. *Journal of Competition Law and Economics* 2013, v. 9, n. 2, 2013.

FEDERAL Trade Commission. *Big Data: A Tool for Inclusion ou 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: 12 mar. 2018.

FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Org.). *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6.

GRAEF, Inge. Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms. *World Competition: Law and Economics Review*. v. 38, n. 4, p. 473-506, 08 de setembro de 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2657732>. Acesso em: 15 mar. 2018.

FRAZÃO, Ana. EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility. Kluwer Law International, 2016.

FRAZÃO, Ana. Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms, maio de 2016.

GRAEF, Inge; WAHYUNINGTYAS, Sih Yuliana; VALCKE, Peggy. Assessing data access issues in online platforms. 2015. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2647309. Acesso em: 15 mar. 2018.

- LERNER, A. The Role of *Big Data* in Online Platform Competition. 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780. Acesso em: 12 mar. 2018.
- MAYER-SCHONBERGER, V.; CUKIER, K. The rise of *big data*. *Foreign Affairs*, May/June Issue, 2013.
- OFT. Assessment of market power. 2014. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284400/oft415.pdf. Acesso em: 22 abr. 2018.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SAS. What is *Big Data*? 201X. Disponível em: https://www.sas.com/pt_br/insights/big-data/what-is-big-data.html#historia. Acesso em: 15 abr. 2018.
- STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. Debunking the Myths over *Big Data* and Antitrust. *CPI Antitrust Chronicle*, maio, 2018.
- US FEDERAL TRADE COMMISSION. Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability. 2014. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- WHISH, Richard. *Competition law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2018 – 1.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

UMA PESQUISA EMPÍRICA SOBRE A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA INSTRUÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO TRANSNACIONAIS PELO CADE

ISABELA MAIOLINO

Resumo: O presente artigo apresenta breve revisão bibliográfica sobre a cooperação internacional entre autoridades de defesa da concorrência para instrução de fusões transnacionais, bem como pesquisa empírica dos atos de concentração ordinários analisados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), sob a égide da Lei 12.529/2011, nos quais houve cooperação internacional. Foram identificados 336 atos de concentração ordinários notificados entre 2012 e 2017, dentre os quais 48 foram objeto de cooperação internacional. A pesquisa segmenta a cooperação por autoridade, ano, menção à cooperação em votos e pareceres e o uso de *waiver* de confidencialidade para troca de informações confidenciais.

Palavras-chave: Cooperação internacional – Ato de concentração – Cade – Fusão transnacional – Concorrência.

Abstract: This paper presents the results of a research on international cooperation between competition authorities for the investigation of transnational mergers, as well as empirical research on the merger cases analyzed by the Administrative Council for Economic Defense (Cade), under Act 12.529/2011, in which there was international cooperation. There were 336 ordinary merger notifications between 2012 and 2017, of which 48 were subject of international cooperation. This research segments the cooperation cases by authority, year, mention of cooperation in votes and reports, and use of the confidentiality waiver to exchange confidential information.

Keywords: International cooperation – Mergers – Cade – Transnational merger – Competition law.

1. Introdução

O avanço da globalização fez com que, ao longo dos anos, aumentasse o número de atos de concentração multijurisdicionais (Webber, 2015, p. 23) e transnacionais, ou seja, aqueles que são passíveis de análise por mais de uma jurisdição¹ (OCDE, 2005, p. 5), podendo vir a produzir efeitos econômicos sobre mais de um país (Silveira, 2011, p. 4).

Observou-se essa mesma tendência no Brasil, a partir dos anos 1990, com o movimento de abertura comercial (Oliveira, 2004, p. 124-125). Essa abertura, em conjunto com uma série de medidas para estabilização econômica e monetária, tais como controle da inflação, introdução do Plano Real, redução da tarifa média de importação (Conceição e Lopes, 2016, p. 152-153) e fortalecimento do ambiente interno de negócios tornou o país atrativo para empresas internacionais. Nesse contexto, o controle prévio de estruturas pelo Cade insere-se como um dos pilares de atuação da autoridade da concorrência brasileira para preservação do ambiente pró-competitivo.²

São diversas as jurisdições que adotam o controle de estruturas e o custo gerado pela necessidade de notificação de uma operação em diversas jurisdições já foi objeto de análise de diversos estudos, de forma que a cooperação internacional tem sido reconhecida como importante instrumento para otimizar a instrução de casos e evitar decisões conflitantes sobre uma mesma operação.

Apesar de a doutrina reconhecer a importância da cooperação entre diferentes autoridades, a pesquisa não identificou, entre a bibliografia estudada, trabalhos que focassem na praxis do Cade ou que fizessem um levantamento completo de como ocorre a cooperação em casos de ato de concentração. Portanto, o presente estudo tem como objetivo suprir essa lacuna.

A pesquisa analisou os atos de concentração ordinários cujas decisões finais de mérito foram proferidas sob a égide da Lei 12.529/2011, compreendendo o período de 2012 a 2017 e focando na experiência do Cade com a cooperação internacional com outras autoridades da concorrência.

O trabalho adota a seguinte estruturação: a seção 2 discorre sobre a cooperação internacional, em sede de atos de concentração multijurisdicionais, a partir da doutrina especializada; a seção 3 traz considerações sobre a experiência brasileira com base nas informações obtidas a partir de entrevistas realizadas com o corpo técnico do Cade; a seção 4 apresenta pesquisa empírica sobre a prática do Cade, a partir da promulgação da Lei 12.529/2011 até o final

1. O presente artigo usará como sinônimo de concentração transnacional os termos atos de concentração multijurisdicionais.

2. As principais competências do Cade estão definidas nos arts. 9º e 13 da Lei 12.529/2011.

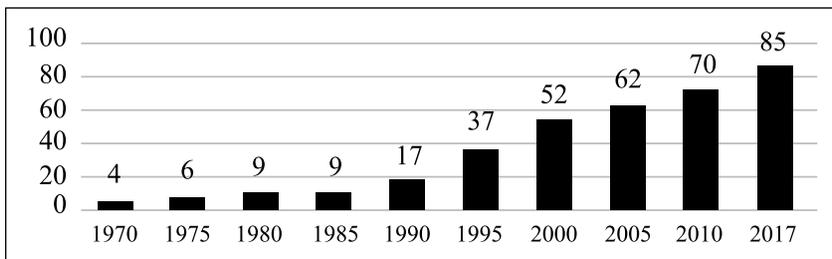
de 2017, bem como os resultados obtidos; e, por fim, a seção 5 tece as considerações finais e apresenta as conclusões do estudo.

2. A cooperação em sede de atos de concentração transnacionais

Conforme mencionado, a globalização gerou um aumento do número de fusões de âmbito mundial (Jaeger Junior, 2008, p. 46). Tal fator, aliado à proliferação de diferentes sistemas de controle de atos de concentração, à interdependência das economias globais (Oliveira, 1999, p. 23) e à adoção da teoria dos efeitos³ por diversos países, cria a possibilidade de que mais de uma jurisdição tenha competência para analisar um mesmo ato de concentração (Carvalho e Silveira, 2014, p. 98), bastando que as jurisdições adotem a referida teoria.⁴ Essa teoria aplica-se ao direito da concorrência brasileiro, nos termos do art. 2º da Lei 12.529/2011.⁵

Atualmente, 85 jurisdições possuem sistemas de análise de atos de concentração (Frye, Vann Junior e Renaudeau, 2017), que têm se desenvolvido ao longo dos anos, conforme demonstrado no gráfico a seguir:

Gráfico 1 – Evolução de sistemas de controle de concentração



Fonte: Maher Dabbah, atualizado com dados de Frye, Vann Jr. e Renedeau em 2017.

- De acordo com Paula Forgioni, a teoria ou princípio dos efeitos determina a incidência da Lei Antitruste do Estado em que se verificarem as consequências dos atos dos agentes econômicos – ou seja, não importa a nacionalidade dos partícipes, mas sim o mercado relevante no qual serão produzidos os efeitos (Forgioni, 2015, p. 431). Essa teoria, também adotada nos Estados Unidos, na União Europeia, permite que o Brasil analise atos de concentração transnacionais, mesmo que as empresas envolvidas não tenham ativos em território brasileiro.
- Por exemplo, tanto os Estados Unidos quanto a União Europeia adotam a teoria dos efeitos (Forgioni, 2015, p. 431)
- Lei 12.529/2011, art. 2º: “Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

Diante dessa pluralidade de jurisdições e legislações de controle de concentrações, a aplicação unilateral do direito concorrencial em atos de concentração transnacionais pode gerar significativas desvantagens e aumento de custos tanto para a autoridade quanto para os entes privados (Carvalho e Silveira, 2014, p. 100). Tais desvantagens, em especial os custos, têm sido amplamente discutidas pela literatura especializada (Budinzki, 2014, p. 1).

Em relação aos custos, os principais consistem na acumulação das taxas de notificação da operação – por exemplo, no Brasil, a taxa alcança a quantia de R\$ 85.000,00,⁶ enquanto, nos Estados Unidos, a taxa vai de US\$ 45.000,00 até US\$ 280.000,00.⁷

Sobre esse aspecto, destaca-se pesquisa realizada pela *Pricewaterhouse Coopers* a pedido da *International Bar Association*, em 2003, que concluiu que uma operação transnacional custa, em média, € 3.9 bilhões, sendo necessárias, no mínimo, seis notificações para diferentes autoridades, com € 3.3 milhões em gastos extras associados a custos para autorização da operação. Desse valor, 65% corresponde a custos com advogados, 19% de taxas de notificação e 14% de taxas para outros consultores (PWC, 2003).

Outro importante ponto é o aumento dos custos de transação gerado pela multiplicação dos custos referentes aos honorários de advogados e à ausência de economia de escala, já que, caso sejam necessárias notificações múltiplas, o trabalho para que se obtenham todos os documentos e informações solicitadas por cada autoridade pode aumentar significativamente (ICN, 2002).

Além disso, há o custo de oportunidade ligado às sinergias perdidas em razão do longo período de suspensão da operação, necessário para que todas as autoridades analisem e aprovelem o ato de concentração, e o que pode ser considerado o principal risco: o aumento da insegurança jurídica provocado pelo risco de decisões divergentes, seja em relação ao mérito (aprovação ou reprovação), seja em relação aos tipos de remédios negociados pelas diversas autoridades.⁸

6. Lei 12.529/2011, art. 23: “Instituem-se taxas processuais sobre os processos de competência do Cade, no valor de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação dos atos previstos no art. 88 desta Lei, e no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação das consultas referidas no § 4º do art. 9º desta Lei” (grifo nosso).

7. Informações disponíveis em: <https://bit.ly/2Lf4kqP>.

8. Nesse sentido, podem-se mencionar os casos Boeing/McDonnell Douglas (1997) e GE/Honeywell (2001), analisados pelas autoridades dos Estados Unidos e Comissão Europeia, que chegaram em resultados diferentes em suas análises (Sil-

Tendo em vista que as autoridades jurídicas estrangeiras baseiam-se em legislações diferentes para aplicar as suas respectivas leis de defesa da concorrência, é possível que as autoridades definam o mercado relevante da operação de forma distinta, avaliem de forma diversa os possíveis ganhos de eficiência e analisem efeitos concorrenciais através de parâmetros e métodos diversos (Webber, 2015, p. 67).

Há, também, os custos adicionais das autoridades, que surgem dos pedidos de informações e verificações em outros países e da comunicação com estas outras jurisdições, vez que se torna necessária (ou ao menos recomendável) a existência de uma área específica voltada para a internacionalização da autoridade, ou seja, uma área especializada voltada à cooperação, como será detalhado a seguir.

Em adição, fusões transnacionais também apresentam desafios relacionados ao *enforcement* da decisão, em razão da dificuldade de garantir a efetividade das decisões (Oliveira, 2018, p. 145), principalmente se os ativos das empresas estão localizados em territórios diferentes daquele que a autoridade que proferiu a decisão. Nesse sentido, a decisão tomada por uma autoridade pode vir a se tornar apenas uma ameaça de sanção legal (Carvalho e Silveira, 2014, p. 100).

Ademais, em caso de aprovação condicional,⁹ é possível que os remédios acordados ou impostos pelas autoridades sejam contraditórios entre si ou, ainda, que as decisões finais sejam contraditórias (Budinzki, 2014, p. 2). Por fim, menciona-se também a crise política e o *global “hold-up” situation*.¹⁰

Muito embora alguns desses custos e dificuldades sejam inevitáveis, alguns estudos elencam fatores que podem gerar gastos desnecessários durante o processo de notificação de uma operação transnacional: (i) o levantamento de informações e o atendimento dos requerimentos necessários para cada autoridade; (ii) o cumprimento de requerimentos de notificações que, muito

veira; 2011, p. 2). No primeiro caso, a operação foi aprovada sem restrições pelas autoridades americanas e autorizada com condições Comissão Europeia (2011, p. 8), enquanto no segundo caso os Estados Unidos aprovaram a operação e a Comissão Europeia a bloqueou (p. 10).

9. No Brasil, por exemplo, a aprovação de um ato de concentração pode estar sujeito à aprovação condicional, nos termos do art. 161, II, do Regimento Interno do Cade.

10. Consistiria na possibilidade de uma jurisdição menor impedir uma operação considerada vantajosa para outras jurisdições. Para mais informações, consultar “One Law to Control Them All: International Merger Analysis in the Wake of GE/ Honeywell”, por Kyle Robertson (2008, p. 11-12).

embora devam ser notificadas em razão da aplicação da teoria dos efeitos, não necessariamente possuem nexo de causalidade com a jurisdição; (iii) o cumprimento de requisitos desnecessariamente extensos; e (iv) os atrasos desnecessários na análise pela autoridade (ICN, 2004).

Para diminuir os problemas advindos da pluralidade de jurisdições com competência para analisar fusões transnacionais, em especial os custos desnecessários gerados tanto para autoridade quanto para iniciativa privada, surge a necessidade e a importância da cooperação internacional¹¹ entre diferentes autoridades de defesa da concorrência no controle de estruturas.

Ainda que outros autores defendam também ser necessário o conhecimento geral sobre as legislações antitruste, previamente à submissão de uma fusão para análise por uma autoridade, e sobre a importância de prestarem-se informações coesas para diferentes autoridades da concorrência (Oliveira, 2018, p. 145-146), Silveira vê que a solução, ou ao menos amortização dos problemas trazidos pela pluralidade de competências para análise de uma fusão transnacional, passa necessariamente pela cooperação internacional entre diferentes autoridades da concorrência, provavelmente envolvendo uma harmonização das regras, em particular as que dizem respeito aos procedimentos de análise (2011, p. 21).¹²

Inicialmente, cabe definir o que seria a cooperação internacional. Segundo Barcelos, ela consiste “no mecanismo disponível a facilitar a eficácia

-
11. Nesse sentido concluiu Paulo Burnier da Silveira, que “[p]arece que haveria dois caminhos de soluções: um pela regionalização do controle de concentrações, com a União Europeia como o melhor exemplo; e outro por acordos bilaterais ou plurilaterais sobre o controle de concentrações. Em todo caso, sustenta-se que todas as tentativas de solução passarão, necessariamente, pela cooperação internacional e, provavelmente, por uma harmonização das regras, em particular, das regras procedimentais” (tradução livre). Original: “[i]l existe certainement plusieurs façons de réduire ou de minimiser ce problème. Il semble qu’il y aurait deux chemins de solutions: l’un par la régionalisation du contrôle des concentrations, l’Union européenne étant le meilleur exemple; et l’autre par des accords bilatéraux ou plurilatéraux sur le contrôle des concentrations. En toute hypothèse, on soutient que toutes les tentatives de solution passeront, forcément, par la coopération internationale et, probablement, par une harmonisation de ces règles, en particulier les règles procédurales” (2011, p. 21).
 12. Em sentido similar se manifesta Barcelos, que explica que “[a] cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência dos diversos países no mundo emerge como o principal mecanismo a instrumentalizar a efetivação de medidas em jurisdições estrangeiras e a coordenação das atividades e das legislações domésticas” (2016, p. 191).

de um ato ou procedimento jurídico que deve surtir efeito em território estrangeiro, conforme a interação de entes nacionais” (2016, p. 17).

Muito embora a cooperação jurídica internacional de cunho tradicional perpassa pela cooperação judiciária, a cooperação realizada entre autoridades de defesa da concorrência possui cunho administrativo, sendo realizada por meio de iniciativa direta das partes (Webber, 2015, p. 80-81).

Cabe destacar que existem diversos tipos de cooperação. As primeiras são as bilaterais, realizadas entre duas autoridades de jurisdições diferentes, que têm por objetivo a promoção da cooperação e da coordenação entre as autoridades de defesa da concorrência, para evitar divergências e mitigar o impacto de suas decisões (Webber, 2015, p. 142).

Existem, ainda, as cooperações multilaterais, realizadas no âmbito dos fóruns com um grupo de diversas autoridades diferentes. Em geral, esses fóruns buscam, no sentido destacado por Silveira, harmonizar as normas de análise já existentes, por meio de *soft law*, ou seja, de forma não mandatória e cooperativa, agindo como um fio condutor por meio da edição de recomendações e códigos de conduta (Barcelos, 2016, p. 14).

Sob esse viés, destaca-se o papel da *International Competition Network*, que tem trabalhos publicados sobre a necessidade de diminuição dos custos advindos de fusões transnacionais, bem como estudos sobre melhores práticas no que se refere à defesa da concorrência. A organização fornece, inclusive, documentos modelo para uso pelas autoridades, como o modelo de *wavier* para troca de informações confidenciais entre autoridades.

Destaca-se também o papel da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que, além de estabelecer a cooperação internacional entre autoridades de defesa da concorrência como um dos seus centros de atuação,¹³ elenca a cooperação e a coordenação entre diferentes autoridades como uma das quatro recomendações sobre análise de fusões (2005, p. 5).¹⁴ Podem-se mencionar também a Conferência das Nações Unidas sobre

13. Informação disponível no sítio eletrônico da OCDE: <https://bit.ly/2vZCev2>.

14. A OCDE possui diversos documentos publicados que tratam, direta ou indiretamente, sobre os benefícios da cooperação internacional e convergência de atuação em sede de atos de concentração transnacionais, podendo-se mencionar o relatório “Merger cases in the real world” (1994) e “Report on notification of transnational mergers” (1999), a documentos mais recentes, como o “Cross-border merger control: challenges for developing and emerging economies” (2011).

Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e as reuniões sobre concorrência promovida pelos países integrantes dos BRICS.¹⁵

Ainda, ressalta-se a existência de procedimentos de cooperação regional, podendo-se mencionar os que ocorrem no âmbito da União Europeia, ou, de forma menos institucionalizada, no bloco do Mercosul, para questões ligadas à concorrência.

A cooperação, seja ela bilateral ou multilateral, traz diversos benefícios, sendo que os principais, no que se refere à instrução de atos de concentração transnacionais, são: (i) fortalecimento do vínculo entre os países; (ii) facilidade no compartilhamento de informações para harmonizar o entendimento sobre um mercado relevante do produto; (iii) alinhamento de remédios (Oliveira, 2018, p. 148); (iv) redução do risco de emissão de decisões contraditórias por diferentes jurisdições (Macedo, 2017). Além disso, destaca-se que a cooperação pode auxiliar na diminuição dos custos de transação relativos ao compartilhamento de informações e alinhamento do *timing*.

3. A experiência brasileira: como funciona a cooperação no âmbito do Cade

No que diz respeito à realidade brasileira, não há, na Lei 12.529/2011, previsão sobre como deve ocorrer a cooperação internacional, ou, ainda, um guia elaborado pela autarquia a respeito da forma como a cooperação internacional deve ocorrer. O Regimento Interno da autarquia, por outro lado, apenas prevê que a Assessoria Internacional (Assint) é o órgão responsável por promover a cooperação internacional com outras autoridades de defesa da concorrência.¹⁶ Assim, foi necessária a realização de entrevistas com o corpo técnico do Cade para melhor compreender o procedimento.

De acordo com as informações obtidas, o primeiro ponto a se destacar é que a cooperação internacional, em sede de atos de concentração, pode começar antes mesmo da notificação formal da operação ao Cade pelas requerentes, haja vista que a instrução pode ser iniciada antes da publicação do Edital, que publiciza a operação, mediante autorização das requerentes.

A partir das reuniões de pré-notificação, a área técnica já é capaz de observar quais são as autoridades com que o Cade terá interesse em cooperar du-

15. Destaca-se o evento realizado pelos países membros do BRICS em novembro de 2017, em Brasília, sediado pelo Cade, para tratar de defesa da concorrência e cooperação entre as autoridades.

16. Nos termos do art. 4º do RICADE: à Assessoria Internacional compete: “[...] III – contribuir de forma a promover a cooperação internacional com autoridades estrangeiras de defesa da concorrência”.

rante a instrução do caso, sendo que, de acordo com o corpo técnico, na maior parte dos casos, a cooperação é feita com as autoridades dos Estados Unidos e com a Comissão Europeia. Além disso, a cooperação pode ter início a pedido da autoridade estrangeira ou surgir do interesse do próprio Cade.

A partir disso e ao longo da instrução do caso, são realizadas trocas de e-mails, documentos, *conference calls* para troca de entendimentos sobre o caso, com ou sem o intermédio da área internacional especializada do órgão, a Assint.

De acordo com informações obtidas com o corpo técnico, a cooperação tem início com o intermédio da área internacional do Cade quando a procura pela cooperação surge por iniciativa de outro órgão da concorrência.

Em relação à negociação de acordos, destacou-se também que, em alguns casos, ocorre inclusive a troca de minutas de acordos. Foi ressaltada, por fim, a importância da cooperação, pontuando que a experiência do Cade tem sido positiva e fundamental na agilidade da instrução dos atos de concentração.

Apesar de não existir um guia para cooperação internacional nos moldes dos demais documentos produzidos pela autarquia, o reconhecimento da importância da cooperação tem sido feito, até mesmo, nos votos proferidos nos julgamentos.¹⁷

Em tese, a partir da leitura de artigos sobre cooperação internacional, seria possível pensar que, na prática, a cooperação internacional em sede de atos de concentração tem início a partir da apresentação de um *waiver* de confidencialidade pelas requerentes, documento que autoriza o contato, pelo Cade, com autoridades estrangeiras. Esse documento está disponível no sítio eletrônico do Cade, que usa o modelo da *International Competition Network*.

No entanto, o corpo técnico explicou que o *waiver* é utilizado quando há necessidade de troca de informações confidenciais, mas que não é necessária uma autorização das requerentes para que autoridades da concorrência comuniquem-se e troquem suas impressões sobre a operação.

Em relação às dificuldades, importa mencionar que alguns autores apontam que a notificação tardia da operação ao Cade também impõe dificuldades à cooperação, já que tal fato impede o alinhamento do *timing* de análise da

17. Nesse sentido, destacou o Conselheiro Paulo Burnier, quando do julgamento da compra da Monsanto pela Bayer, “[...] a cooperação internacional é, assim, um mecanismo-chave para a produção de remédios eficientes (custo), eficazes (resultado) e efetivos (impacto) no controle de fusões internacionais” (Cade, AC 08700.001097/2017-49. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company. Conselheiro Relator Paulo Burnier, julgado em 07.02.2018).

operação pelas autoridades,¹⁸ principalmente no que se refere à negociação de remédios.

4. Pesquisa empírica sobre a prática do Cade de 2012 a 2017

De acordo com informações da Assint, são notificados, em média, 55 atos de concentração internacionais por ano, sendo 25 desses casos analisados por meio do rito ordinário.

No entanto, não havia pesquisa empírica que consolidasse esses dados. Esta seção analisa os atos de concentração ordinários nos quais houve cooperação internacional, notificados no período de maio/2012 (início da vigência da nova Lei de Defesa da Concorrência) a dezembro/2017.

Inicialmente, foram identificados 336 atos de concentração ordinários notificados no período de 2012 a 2017, sob a égide da Lei 12.529/2011.¹⁹ Entre esses casos, a partir das informações consolidadas pela Assint, da análise das decisões proferidas pelo Tribunal e dos pareceres da Superintendência-Geral (SG) – obtidos no sítio eletrônico do Cade – e dos dados obtidos com o corpo técnico da SG, foram identificados 48 casos, notificados até dezembro de 2017, nos quais houve cooperação internacional com outras autoridades de defesa da concorrência.

Os atos de concentração foram tabulados com base nos seguintes parâmetros: (i) cooperação por ano; (ii) autoridade com a qual houve cooperação; (iii) menção da cooperação internacional no voto e/ou no parecer; e (vi) utilização de waiver.

Registram-se as seguintes limitações na fase de coleta de dados: ausência de um instrumento que congregue todos os dados da atuação do Cade para to-

18. Nesse sentido, Oliveira (2018, p. 148) menciona que isso ocorreu ao menos nos Atos de Concentração 08700.006243/2016-41 (Requerentes: UASC e HL AG), aprovado nos Estados Unidos em julho de 2016 e notificado ao Cade apenas em setembro de 2016; 08700.009173/2015-01 (Requerentes: Amadeus e Navitare), aprovado nos Estados Unidos em julho de 2015 e notificado ao Cade em setembro de 2015; 08700.004446/2017-84 (Requerentes: Essilor e Luxottica), notificado nos Estados Unidos, Canadá, Austrália e México (dentre outros países) entre abril e junho de 2017, e somente notificado ao Cade em setembro de 2017; 08700.000206/2015-49 (Requerentes: Merck e Sigma), notificado na Sérvia, China, Estados Unidos, Rússia, Japão, entre outros entre outubro e dezembro de 2014 e no Brasil somente em março de 2015.

19. Foram excluídos da pesquisa os atos de concentração analisados pelo Cade nos termos da Lei 8.884/1994.

dos os anos pesquisados. Para suprir tal lacuna, recorreu-se a questionamento direto ao corpo técnico do Cade que atua na autarquia desde 2012.

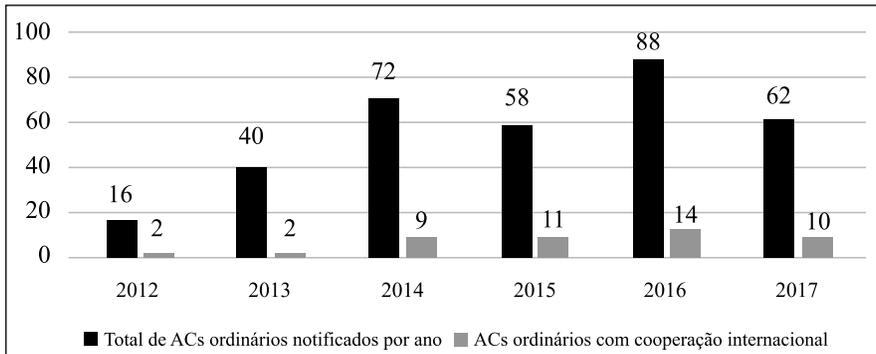
Assim, muito embora a pesquisa tenha identificado 48 atos de concentração nos quais ocorreu cooperação internacional, é possível que o número de casos seja maior, de forma que, desde já, destaca-se a necessidade de aprofundamento da pesquisa.

4.1 Cooperação internacional por ano

A cooperação feita pelo Cade pode dar-se de maneira formal, que inclui a negociação de memorandos de entendimento institucionais e as notificações internacionais, ou informal, que ocorre por meio do relacionamento com outras autoridades e da cooperação em casos concretos ou em pesquisas de *benchmarking* (CADE, 2017, p. 20).

Em relação às cooperações informais, primeiro foram tabulados os casos de atos de concentração notificados ao Cade, em que ocorreu a cooperação. Os casos foram divididos, no gráfico a seguir, pelo ano de notificação do ato de concentração e comparados com o total de atos de concentração ordinários notificados ao Cade:

Gráfico 2 – Operações ordinárias e casos de cooperação



Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade. Elaboração própria.

Destaca-se que o número acima contempla os casos nos quais houve desistência da operação e que receberam uma decisão final do Cade, seja por meio da SG ou do Tribunal.²⁰

20. Atos de Concentração 08700.007191/2015-40 (Requerentes: Halliburton-Baker Hughes) e 08700.000723/2016-07 (Requerentes: John Deere/Monsanto).

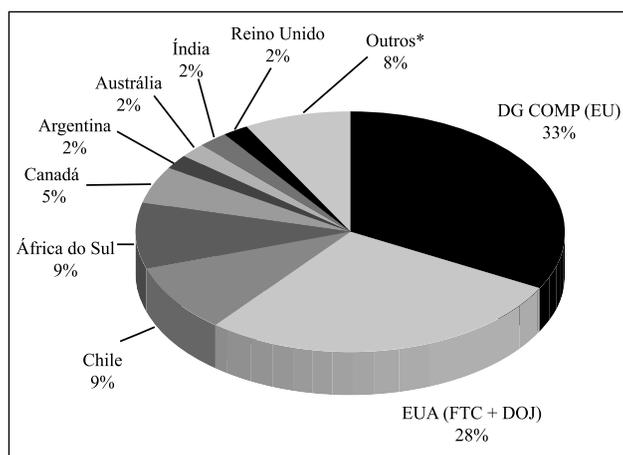
Foram identificados e analisados, portanto, 48 atos de concentração ordinários com decisão final de mérito, notificados de maio/2012 até dezembro/2017.

4.2 Autoridades com as quais houve cooperação

Nos 48 casos analisados, foram realizadas 92 cooperações com as seguintes autoridades: Comissão Europeia, *Department of Justice* e *Federal Trade Commission* (ambas dos Estados Unidos), FNE e TDLC (ambos do Chile), *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), *Bunderskartellamt* (Alemanha), FAS (Rússia) e autoridades da África do Sul, do Canadá, da Argentina, da Índia, do Reino Unido, de Israel, do Equador, da Holanda, da Ucrânia e do México.

Entre as 92 cooperações, 33% foram realizadas com a União Europeia, 28% com os Estados Unidos (englobando a *Federal Trade Commission* e o *Department of Justice*), 9% com a África do Sul, 9% com o Chile, 5% com o Canadá, Austrália, Índia, Reino Unido e 8% com as demais autoridades, com as quais houve apenas um episódio de cooperação (Israel, Equador, Holanda, Ucrânia, Alemanha, Rússia e México).

Gráfico 3 – Autoridades com as quais houve cooperação

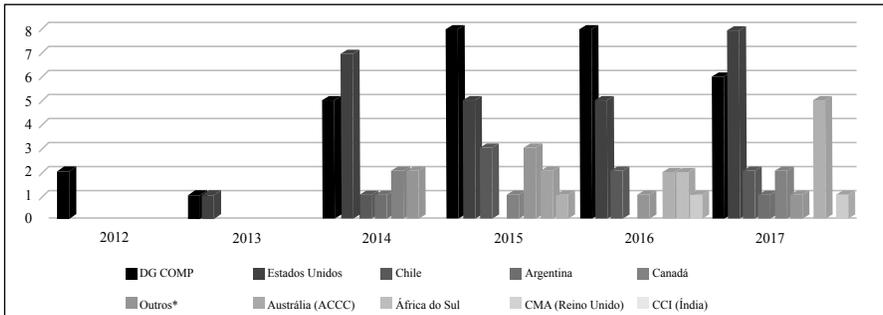


Fonte: informações prestadas pela Assint/Cade. Elaboração própria.

Muito embora, pelo gráfico *supra*, seja possível notar um protagonismo da cooperação com os Estados Unidos e com a União Europeia, provavelmente em razão de essas duas autoridades serem as que mais recebem notificações (IBA, 2003), o gráfico a seguir apresenta a evolução da cooperação internacio-

nal feita pelo Cade nos últimos anos, por meio do qual é possível observar um aumento do número de cooperações realizadas com outros países, em especial África do Sul e Chile:

Gráfico 4 – Evolução da cooperação ano/autoridade



Fonte: informações da Assint. Elaboração própria.

Pelo gráfico *supra*, é possível afirmar que a tendência do Cade é cooperar cada vez mais com outras autoridades além dos Estados Unidos e da Comissão Europeia. Isso pode ser ilustrado, inclusive, pelos convênios que o Cade tem celebrado com as mais diversas autoridades do mundo: de 2012 a 2017, foram celebrados 15 novos convênios, com mais 2 convênios renovados²¹ (Cade, Relatório de Gestão, 2017, 2016, 2015, 2014, 2013).

Ressalta-se, no entanto, que grande parte dos acordos firmados pelo Cade não são vinculativos, por não terem sido internalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro (Barcelos, 2016, p. 189), sendo classificados como *soft law* – o que demonstra ainda mais a importância do desenvolvimento jurídico da coopera-

21. Foram celebrados os seguintes convênios ao longo dos anos: em 2012, foram celebrados convênios com o Peru e com a China; em 2013, com o Equador; em 2014, com a Coreia do Sul, Colômbia e Japão, bem como renovação de convênios com Rússia e França; em 2015, com o Banco Interamericano de Desenvolvimento e Banco Mundial; em 2016, com a Competition Commission da África do Sul, Comissão Federal de Concorrência do México, Federal Antimonopoly Service da Federação Russa e o Memorando de Entendimento entre as autoridades dos BRICS; em 2017, foi firmado o Memorando de Entendimento com a National Development and Reform Commission e o Ministry of Commerce of People's Republic of China, ambos da República Popular da China, o Memorando de Entendimento com a Competition Commission da Índia e o Programa de Cooperação com o Federal Antimonopoly Service da Federação Russa para o biênio 2018-2019.

ção internacional, no âmbito da defesa da concorrência, mesmo no que se refere a acordos já firmados, já que a cooperação dependerá da voluntariedade e discricionariedade das autoridades no momento em que a cooperação for solicitada.

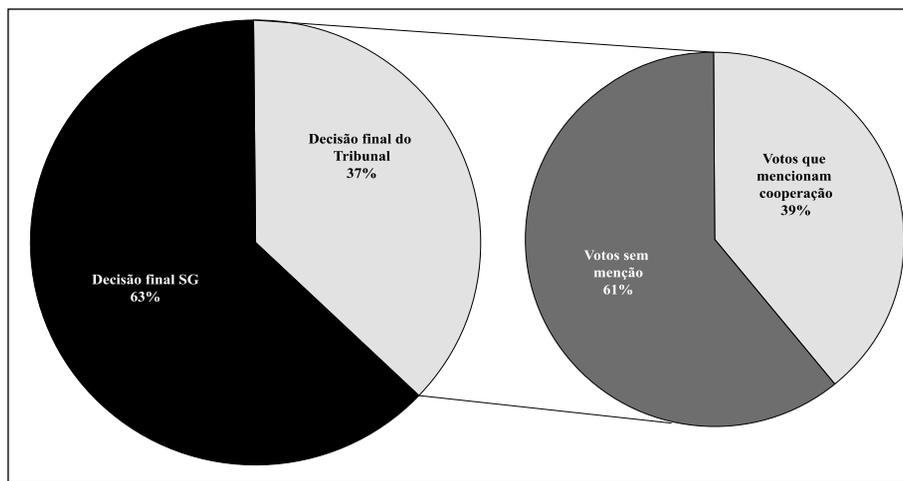
No que diz respeito a cooperações não vinculativas, voluntárias e informais, destaca-se também a cooperação oferecida pelo Cade para elaboração de estudos e de *benchmarks* internacionais. De acordo com os relatórios de gestão dos exercícios de 2016 e 2017 da autoridade, foram realizadas 35 e 56 cooperações para elaboração de estudos e pesquisas, respectivamente, ainda que não somente para assuntos relacionados a atos de concentração transnacionais. Inclusive, nota-se que os relatórios de gestão mais recentes, em especial os de 2016 e 2017, passam a apresentar informações discriminadas em relação ao tipo de cooperação realizada.

Ao que parece, os dados demonstram que a autoridade brasileira tem dado ainda mais atenção a essa área, ou, ao menos, tem ganhado protagonismo no cenário internacional no que se refere à cooperação.

4.3 Votos e pareceres que mencionam cooperação

Dos 48 casos analisados, 18 foram julgados pelo Tribunal, ainda que apenas em âmbito de recursos de terceiros interessados, o que representa 37% de todos os casos nos quais houve cooperação. Entre esses votos, apenas 7 fazem menção de forma explícita à cooperação internacional:

Gráfico 5 – Menção à cooperação internacional



Fonte: informações dos autos no sítio eletrônico do Cade. Elaboração própria.

Destaca-se também que os pareceres exarados pela SG não costumam mencionar a prática de cooperação para a sua tomada de decisão: de um total de 48 pareceres, apenas 3 mencionaram de forma explícita a cooperação internacional.²² Há outros 3 pareceres que não são claros sobre o assunto, mas, a depender da interpretação do teor do texto, pode-se dizer que também mencionam a cooperação, haja vista mencionarem o entendimento de outras autoridades da concorrência sobre os casos.

Faz-se, aqui, uma crítica, já que, além de não mencionarem a prática de cooperação, muitos pareceres nem mesmo mencionam se a operação analisada foi notificada em outras jurisdições.

Isso, em conjunto com inexistência de dados nos autos públicos, representa uma segunda limitação à pesquisa aqui pretendida.

4.4 *Waiver nos autos públicos*

De acordo com a OCDE, a troca de informações confidenciais é um dos principais entraves na cooperação entre autoridades de diferentes jurisdições, já que o intercâmbio de informações confidenciais por autoridades que realizam cooperações bilaterais pode depender do consentimento das requerentes ou, ainda, de autorização legal ou tratado sobre dados (2011, p. 11).

Tendo em vista que os acordos bilaterais firmados pelo Cade preveem o compartilhamento contínuo de informações confidenciais com autoridades estrangeiras (Barcelos, 2016, p. 190), é necessária a utilização de um instrumento que permita tais atos pelas autoridades.

O chamado *waiver* de confidencialidade é um documento que permite que o Cade entre em contato com autoridades da concorrência de outros países para trocar de informações confidenciais sobre a operação em análise no Brasil. Conforme já mencionado neste artigo, atualmente o Cade faz uso do modelo da *International Competition Network*.

A OCDE avalia de forma positiva o aumento do uso do *waiver* por autoridades da concorrência, visto que ele sinaliza um aumento da troca de informações entre autoridades. Inclusive, o uso do *waiver* é relatado por muitas autoridades como praxe (2011, p. 11).

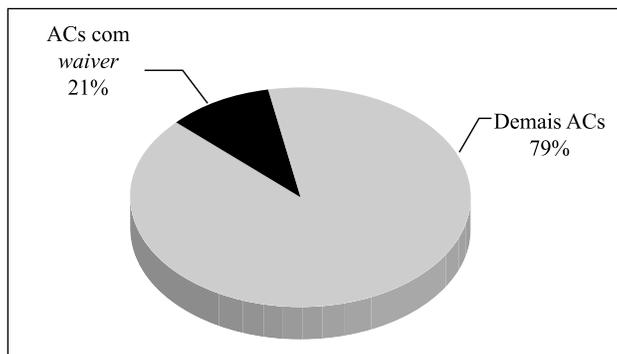
Alguns artigos afirmam que, muito embora não exista, na legislação brasileira, obrigatoriedade de fornecimento de um *waiver* pelas requerentes, há a sua apresentação em quase 100% das operações internacionais analisadas pelo

22. Atos de Concentração 08700.009882/2012-35 (Requerentes: Munksjö AB e Ahlstrom), 08700.009559/2015-12 (Requerentes: Fedex Corporation e TNT Express N.V.) e 08700.010965/2015-10 (Requerentes: Solvay S.A. e Cytec Industries Inc.).

Cade (Macedo, 2017). Essa informação foi confirmada em entrevista com o corpo técnico da autarquia.

No entanto, a análise dos autos mostrou uma realidade diferente. Entre os 48 casos consultados, foi possível identificar 10 casos que utilizaram o *waiver* de confidencialidade, o que representa um total de 21% dos casos:

Gráfico 6 – Número de *waivers* concedidos



Fonte: informações dos autos no sítio eletrônico do Cade. Elaboração própria.

Inicialmente, seria possível pensar que, sem o *waiver*, não é possível obter a cooperação. No entanto, conforme mencionado, o corpo técnico explicou que o *waiver* só objetiva troca de informações confidenciais, de modo que diversas informações públicas sobre os casos podem ser trocadas sem a assinatura desse tipo de documento.

Destaca-se que é possível que o número de *waivers* concedidos seja ainda maior que o representado no gráfico, já que eles podem ter sido juntados nos autos de acesso restrito dos processos, não sendo possível consultá-los durante a pesquisa.

5. Considerações finais

O presente artigo identificou 48 atos de concentração ordinários, entre os 336 casos notificados sob o rito da Lei 12.529/2011 (ou seja, 14,3% do número total de casos), e analisou a forma pela qual os votos e pareceres trataram a cooperação nos casos notificados até dezembro/2017, bem como se houve a utilização de *waiver* para cooperação. Além disso, observou-se com quais autoridades o Cade coopera na instrução de atos de concentração multijurisdicionais.

Foi possível identificar um aumento do uso do instrumento cooperação internacional ao longo dos anos, assim como uma diversificação das autorida-

des com as quais a cooperação foi realizada ao longo dos anos. Inicialmente, é possível perceber um protagonismo da cooperação com a Comissão Europeia e com os órgãos dos Estados Unidos, enquanto, nos últimos anos, aumentou a cooperação realizada com o Chile, com o Canadá e com a África do Sul.

Diferentemente do esperado, não foi possível encontrar uma grande quantidade de *waivers* nos autos públicos do Cade: apenas 21% dos casos analisados tinham *waiver* nos autos públicos ou mencionavam a sua utilização, ainda que o instrumento tenha sido juntado nos autos de acesso restrito.

No entanto, percebeu-se que o *waiver* não é condição obrigatória para a troca de informações entre autoridades, mas tão somente para os casos em que é necessária a troca de informações sensíveis e confidenciais. Ou seja, essa não é uma boa variável para se medir a evolução da cooperação internacional.

Notou-se, também, que o Cade não tem a práxis de mencionar o uso da cooperação internacional na instrução dos atos de concentração: de 48 pareceres, apenas 3 mencionaram a cooperação de forma explícita ou levaram ao entendimento que houve cooperação internacional, ou seja, 6,25%. Por sua vez, de 18 casos que foram julgados pelo Tribunal, apenas 7 mencionaram cooperação internacional, ou seja, 39%.

Assim, é necessário fazer uma crítica em relação ao tratamento da cooperação pelo Cade, sugerindo-se, aqui, que a Autarquia aprimore o tratamento e acesso a dados no que se refere à cooperação internacional. Sugere-se que as cooperações realizadas sejam mencionadas nos pareceres e votos e, se possível, que se mencione também a extensão da cooperação.

Com isso, será possível realizar um diagnóstico completo da cooperação em atos de concentração, incluindo os aspectos práticos tratados na cooperação, como, por exemplo, alinhamento de prazos entre jurisdições, procedimentos e entendimento sobre o caso, remédios a serem aplicados e acompanhamento de decisão. Caso esses dados não passem a constar nos documentos produzidos pela Autarquia, será necessário aprofundar a pesquisa por meio da realização de um maior número de entrevistas individuais com o corpo técnico do Cade.

Além disso, em consonância com os demais documentos instrutórios quanto a aspectos práticos do órgão, recomenda-se que a Autoridade elabore um guia para instruir os advogados e as empresas sobre a forma de funcionamento de tal instrumento.

ANEXO I – Lista dos casos nos quais houve cooperação (prestada ou recebida)

Número do processo	Requerentes	Data da decisão	Conselheiro Relator (se houver)	Países envolvidos na cooperação
08700.009882/2012-35	Munksjö AB e Ahlstrom	22 mai. 2013	Ana Frazão	União Europeia
08700.006437/2012-13	WP Roaming III S.à.r.l e Syniverse Holdings, Inc.	22 mai. 2013	Alessandro Serafin Octaviani	União Europeia
08700.008408/2013-77	Scheider Electric e Invensys.	26 nov. 2013	-	Estados Unidos (DOJ)
08700.001796/2013-65	AMR Corporation (American Airlines) e US Airways.	03 abr. 2013	-	União Europeia
08700.001483/2014-98	Tiger Global Management, LLC e B2W – Companhia Digital	30 abr. 2014	-	Estados Unidos (DOJ)
08700.000436/2014-27	Braskem S.A. e Solvay Indupa S.A.	12 nov. 2014	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	União Europeia, Estados Unidos FTC (EUA), Argentina
08700.003463/2014-51	Ridgback Aquisition (Mars) e P&G Pet Food Transaction.	8 jul. 2014	-	Estados Unidos (FTC)
08700.006612/2014-34	CASV e Hapag-Lloyd	16 out. 2014	-	União Europeia, Estados Unidos (DOJ), Chile
08700.004185/2014-50	Continental Aktiengesellschaft e Veyance Technologies Inc.	29 jan. 2015	Ana Frazão.	Canadá, México, Estados Unidos (DOJ)
08700.008607/2014-66	Ridgback Aquisition (Mars) e P&G Pet Food Transaction	20 fev. 2014	Márcio de Oliveira.	Canadá, União Europeia
08700.008009/2014-97	Tyson Food's e JBS Foods	23 out. 2014	-	Estados Unidos (DOJ)
08700.007621/2014-42	Holcim Ltd. e Lafarge S.A	10 dez. 2014	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	União Europeia, Estados Unidos (FTC)
08700.011935/2014-40	General Electric Company e Alstom Holdings	17 abr. 2015	-	Israel, União Europeia
08700.001863/2015-11	DKK Mitsui e Dupont	15 mai. 2015	-	Austrália

Instrução dos atos de concentração transnacionais pelo Cade

Número do processo	Requerentes	Data da decisão	Conselheiro Relator (se houver)	Países envolvidos na cooperação
08700.000206/2015-49	Merck KGaA e Sigma-Aldrich Corporation	10 ago. 2015	-	União Europeia, Estados Unidos (FTC)
08700.006567/2015-07	Ball Corporation e Rexam PLC.	09 nov. 2015	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	Estados Unidos (FTC), União Europeia
08700.007191/2015-40	Halliburton e Baker Hughes	25 mai. 2015	Cristiane Alkmin Junqueira	Estados Unidos (DOJ), União Europeia, Austrália, Equador
08700.000292/2015-90	TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. e Operadora, Sociedad Unipersonal	18 fev. 2015	-	Chile
08700.006390/2015-31	Saint Gobain e Schenker-Winkler Holding (Sika)	16 nov. 2015	-	União Europeia
08700.009559/2015-12	Fedex Corporation e TNT Express N.V.	30 mar. 2016	Cristiane Alkmin Junqueira	Chile, União Europeia, África do sul
08700.006552/2015-31	ARRIS e Pace	02 fev. 2015	-	Estados Unidos (DOJ)
08700.010965/2015-10	Solvay S.A. e Cytec Industries Inc.	08 dez. 2015	-	União Europeia
08700.009018/2015-86	Technicolor e Cisco	22 jan. 2016	-	Estados Unidos (DOJ), União Europeia, Canadá, Holanda, Ucrânia
08700.000958/2016-91	The Dow Chemical Company, Dow Corning Corporation	02 mai. 2016	-	União Europeia
08700.001012/2016-41	Denali Holding Inc. e EMC Corporation	01 abr. 2016	-	Estados Unidos (FTC)
08700.003307/2016-52	Compagnie Plastic Omnium AS e Faurecia S.A.	15 jun. 2016	-	União Europeia
08700.012341/2015-37	NV Bekaert S.A. e Ontario Teachers' Pension Plan Board.	23 mar. 2016	-	Chile, União Europeia

IDEIAS EM COMPETIÇÃO – 10 ANOS DO PRÊMIO IBRAC-TIM

Número do processo	Requerentes	Data da decisão	Conselheiro Relator (se houver)	Países envolvidos na cooperação
08700.003421/2016-82	Atlas Copco e Oerlikon Leybold	24 jun. 2016	-	Alemanha
08700.006491/2016-92	Abbott Laboratories e Alere Inc.	09 nov. 2016	-	África do Sul
08700.005398/2016-61	Boehringer Ingelheim International GmbH e Sanofi	26 set. 2016	-	União Europeia
08700.006269/2016-90	China National Agrochemical Corporation e Syngenta AG	24 fev. 2017	-	União Europeia
08700.006573/2016-37	Abbott Laboratories, St. Jude Medical Inc.	08 nov. 2016	-	Estados Unidos (FTC), União Europeia
08700.006413/2016-98	HNA Group Co. Ltd. e Compagnie d'Exploitation de Services Auxiliaires Aériens	07 dez. 2016	-	União Europeia
08700.007629/2016-71	General Electric Company e LM Wind Power Holding A/S	19 abr. 2017	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	União Europeia, Estados Unidos (DOJ)
08700.001697/2017-15	RHI AG e Magnesita Refratários S.A.	11 jul. 2017	-	União Europeia
08700.001145/2017-07	The Mosaic Company e Vale Fertilizantes S.A	31 jul. 2017	-	Canadá
08700.002350/2017-81	Maersk Line A/S e Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG	21 set. 2017	João Paulo Resende	Chile, Estados Unidos (DOJ), África do Sul, União Europeia
08700.001390/2017-14	AT&T Inc. e Time Warner Inc.	18 out. 2017	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	África do Sul, Chile, Estados Unidos (DOJ)
08700.007707/2016-37	Black and Decker e Newel Brands Inc.	17 fev. 2017	-	Reino Unido
08700.001097/2017-49	Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company	07. fev. 2018	Paulo Burnier da Silveira	África do Sul, União Europeia, Estados Unidos (DOJ), Rússia, Índia, Argentina

Número do processo	Requerentes	Data da decisão	Conselheiro Relator (se houver)	Países envolvidos na cooperação
08700.005937/2016-61	The Dow Chemical Company e E.I. Du Pont de Nemours and Company	17 mai. 2017	Paulo Burnier da Silveira	África do Sul, Índia, União Europeia, Estados Unidos (DOJ)
08700.003377/2017-91	DuPont e FMC Corporation	11 jul. 2017	-	África do Sul
08700.000723/2016-07	John Deere e Monsanto	22 fev. 2017.	Cristiane Alkmin Junqueira	Estados Unidos (DOJ)
08700.004211/2016-10	TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways Plc.	08 mar. 2017	João Paulo de Resende	TDLC (Chile), Chile, Reino Unido
08700.005266/2017-10	Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft, Nippon Yusen Kaisha Line e MSC Mediterranean Shipping Company S.A.	16 mar. 2018	-	Estados Unidos (FTC e DOJ), África do Sul
08700.006606/2017-20	Safran S.A. e Zodiac Aerospace S.A	26 dez. 2017	-	Estados Unidos (FTC), União Europeia
08700.004446/2017-84	Essilor e Luxótica	28 mar. 2018	Paulo Burnier da Silveira	União Europeia, Estados Unidos (FTC) e Canadá
08700.007777/2017-76	Praxair e Linde	13 jun. 2018	Maurício Bandeira Maia	Estados Unidos (FTC), União Europeia

6. Referências

BARCELOS, Nicole Rinaldi de. *Cooperação jurídica internacional entre autoridades de defesa da concorrência: convergência dos instrumentos de direitos interno e internacional no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2016.

BOARETO, Luis Alfredo. *Cooperação internacional em matéria de restrição às concentrações empresariais na International Competition Network*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2007.

- BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, Seção 1, p. 1, 01.12.2011.
- BUDINSKI, Oliver. Lead jurisdiction concepts – towards rationalizing multiple competition policy enforcement procedures. *Ilmenau Economics Discussion Papers*, v. 19, n. 87, jun. 2014.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Kaeey5>.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Regimento interno*. Brasília, Cade, jun. 2017. Acesso em: 22 jun. 2018.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Relatório de gestão do exercício de 2017*. Brasília: Cade, mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2MVYLzM>. Acesso em: 23 mar. 2018.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Relatório de gestão do exercício de 2016*. Brasília: Cade, mar. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2IoorS6>. Acesso em: 23 mar. 2018.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Relatório de gestão do exercício de 2015*. Brasília: mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2troms5>. Acesso em: 23 mar. 2018.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Relatório de gestão do exercício de 2014*. Brasília: abr. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2K82mwL>. Acesso em: 23 mar. 2018.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Relatório de gestão do exercício de 2013*. Brasília: mar. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2IIUxO5>. Acesso em: 23 mar. 2018.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Prestação de contas ordinária anual – relatório de gestão do exercício de 2012*. Brasília: mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2KjMLWX>. Acesso em: 23 mar. 2018.
- CARVALHO; Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier. A cooperação internacional na defesa da concorrência. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 97-104, 2013.
- CONCEIÇÃO; Octavio Augusto Camargo; LOPES; Herton Castiglioni. A inflação e os Planos Cruzado e Real: uma interpretação institucionalista. *Revista de Economia e Sociedade*, Campinas, v. 25, n. 1, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Ki3H05>.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: RT, 2015.

- FRYE, Ellen; VANN JUNIOR, David E.; RENAUDEAU, Etienne. Appendix: international merger control. In: KLEIN, Alan M (Ed.). *Mergers and acquisitions*. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2IpdcbN>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- IBA – International Bar Association. *IBA/ABA survey identifies costs to business of competition referrals on cross-border m&a deals*. 2003. Disponível em: <https://bit.ly/2KimQij>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- ICN – International Competition Network. *ICN merger guidelines workgroup*. Disponível em: <https://bit.ly/2MWvW68>.
- ICN – International Competition Network. Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review. 2004.
- ICN – International Competition Network. *Waiver confidentiality in merger investigation*. Disponível em: <https://bit.ly/2tAHKSH>.
- JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MACEDO, Alexandre Cordeiro de. O controle de atos de concentração transnacionais – procedimentos de cooperação internacional: experiência brasileira. *Portal JOTA*, 13 mar. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2tsZAYz>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- OCDE – Organização Para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. *Cross-border merger control: challenges for developing and emerging economies*. OCDE, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2luYUNV>. Acesso em: 18 maio 2018.
- OCDE – Organização Para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. *Merger cases in the real world – a study of merger control procedures*. Paris, France: OCDE, 1994. Disponível em: <https://bit.ly/2MnPpLJ>
- OCDE – Organização Para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. *Notification of transnational mergers*. OCDE, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/2touDVA>.
- OCDE – Organização Para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. *Recommendation of the OECD council on merger review*. OCDE, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2KliVBz>. Acesso em: 18 maio 2018.
- OLIVEIRA, Gesner. Defesa da livre concorrência no Brasil: tendências recentes e desafios à frente. *Revista de Administração de Empresas*, v. 39, n. 3, jul-set, p.17-25, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/2lvcPDz>.
- OLIVEIRA, Gesner. Regulação pró-concorrencial e o novo ciclo de abertura comercial no Brasil. *Revista de Administração de Empresas*, v. 44, n. 3, jul-set, p.124-125, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/2MkWWeh>.

- OLIVEIRA, Marcelo Nunes de. International coordination: how to deal with the different deadlines and procedures of each national authority? *In*: RIBAS, Guilherme F. C *et al.* (Coords.). *Merger control in Brazil – frequently asked questions*. IBRAC, 2018. p. 145-149. Disponível em: <https://bit.ly/2JEolaz>.
- ROBERTSON, Kyle. One law to control them all: international merger analysis in the wake of GE/Honeywell. *Int'l & Comp. L. Rev.*, v. 31, n. 1, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2yEylPR>.
- SILVEIRA, Paulo Burnier da. Le contrôle des concentrations transnationales. *Revue Innovations*, Bruxelles, n. 35, p. 139-158, 2011.
- WEBBER, Marianne Mendes. *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2018 – 2.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

VENTRÍLOQUOS ANTITRUSTE NO BRASIL?

Das participações minoritárias indiretas de
investidores institucionais em concorrentes
("common ownership")

AMANDA ATHAYDE LINHARES MARTINS RIVERA
E MÔNICA TIEMY FUJIMOTO

Resumo: O artigo apresenta debate teórico internacional sobre riscos concorrenciais das participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes (*common ownership*). Investidores institucionais têm *incentivos* para arrefecer a concorrência? Possuem *capacidade* de ativamente influenciar as decisões, por meio de instrumentos diretos (voto e voz), ou passivamente (ausência de ação)? Há tais preocupações no Brasil? As autoras realizam breve pesquisa empírica da experiência recente do Cade, e concluem que os critérios de notificação e análise dos atos de concentração da Lei 12.529/2011 não são suficientes (são ventríloquos). Ao final, sinalizam alternativas para trazer luz ao tema no debate antitruste nacional.

Palavras-chave: Participações minoritárias indiretas – Investidores institucionais – Fundos de investimento – Atos de concentração – Cade.

Keywords: Common ownership – Institutional investors – Investment funds – Merger control – Brazilian Competition Authority.

1. Introdução

Para Comparato (1970), o verdadeiro fulcro do poder, na grande empresa, é a sua capacidade de investimento. Mas qual a origem do investimento nos dias atuais? Com a crise de 2008 (Fichtner; Heemskerck; Garcia-Bernardo, 2017), houve um movimento mundial de transição do investimento direto em ações

para o investimento indireto em fundos (OCDE, 2017). Concomitantemente, houve a expansão da estratégia de investimento passivo (Williams; Ortega, 2012), notadamente por parte das “*Bid Three*” (*BlackRock, Vanguard e State Street*). Os investidores perceberam que, em vez de investirem diretamente nas empresas, poderiam diversificar seu portfólio e reduzir sua exposição ao risco se investissem indireta e passivamente. Cresceram então investimentos dos “investidores institucionais”¹. Nesse contexto, os anos de 2017 e 2018 vêm sendo marcados por discussões acadêmicas teóricas e empíricas sobre os impactos à concorrência de participações minoritárias desses investidores institucionais em sociedades empresárias concorrentes (“*common ownership*”).

No Brasil, a tendência mundial de investimento indireto e passivo também é verificada, apesar de as empresas familiares ainda serem dominantes (Gorga, 2009). Investidores institucionais já detêm relevante importância nas companhias brasileiras (Ferreira, 2013), financiam a atividade econômica, propiciam a necessária liquidez às empresas investidas e pulverizam o capital acionário (Azevedo, 2010). Nesse sentido, questiona-se se apesar de consistirem em investimentos minoritários, indiretos e passivos, os atos de concentração envolvendo investidores institucionais, por movimentarem grande monta de capital, podem alterar a dinâmica concorrencial nos mercados brasileiros? Promoveriam os investidores institucionais um ambiente pró-competitivo, com a aplicação de recursos e a diluição do poder de controle² da empresa? Ou será que, diante da estrutura do poder econômico altamente concentrada (não pulverizada), entrelaçada (“capitalismo de laços”, Lazzarini, 2010) e de perfil familiar, ainda não teríamos motivos para nos preocupar com esse tema no Brasil?

Para tanto, apresentaremos a discussão teórica estrangeira sobre participações minoritárias diretas e indiretas de investidores institucionais em concorrentes (II). Em seguida, exporemos a teoria e a prática da notificação de

1. Para fins do presente artigo, “investidores institucionais” são as pessoas jurídicas com alto poder de investimento, quais sejam: fundos de investimento, fundos de pensão e seguradoras. Contribuição do Brasil para a OCDE, “The Role of Institutional Investors in Promoting Good Corporate Governance Practices in Latin America: The Case of Brazil”, 2008.
2. De acordo com Comparato e Salomão Filho (2005), até a Lei 6.404/1976, faltava na legislação brasileira uma definição de poder de controle. O conceito previsto pela lei possui inspiração na definição dada ao poder de controle pela legislação alemã, de acordo com a qual, a existência de uma situação de controle é reconhecida não só na hipótese de participação majoritária no capital votante, mas também quando uma sociedade exerce influência dominante (“*beherrshender Einfluss*”).

atos de concentração de investidores institucionais no Brasil, para verificar se essas preocupações estão sendo endereçadas (III). Por fim, apresentaremos conclusões preliminares (IV).

2. Participações minoritárias diretas e indiretas em concorrentes: breves acenos sobre a teoria estrangeira

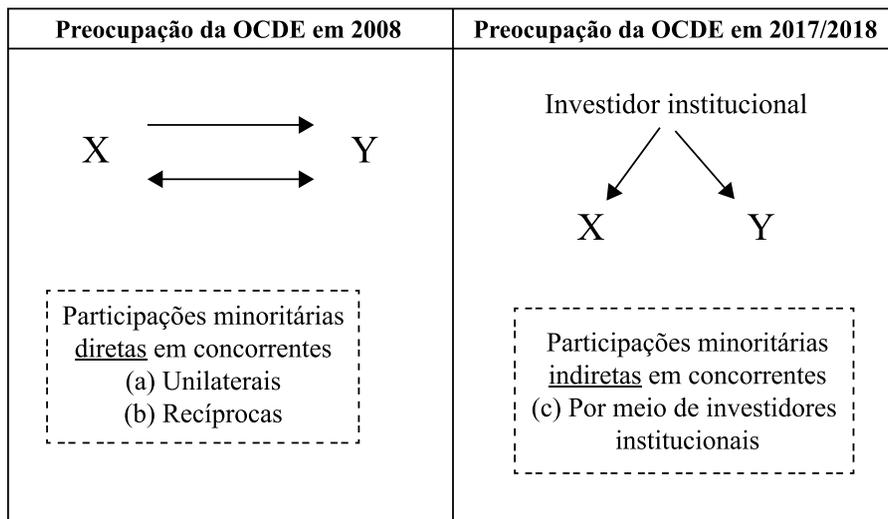
As participações minoritárias são subdivididas em três categorias: (a) participação minoritária unilateral de uma empresa na outra; (b) participações minoritárias recíprocas entre concorrentes, e (c) participações minoritárias de investidores institucionais em concorrentes.

O debate atual tem sua origem nas discussões iniciadas em 2008, quando a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) realizou *roundtable* para discutir participações minoritárias diretas em e entre concorrentes, bem como a questão dos *interlocking directorates* (OCDE, 2008b). Neste, centrou-se (a) na participação minoritária unilateral de uma empresa na outra e (b) nas participações minoritárias recíprocas entre concorrentes.³ Em que pesem tais riscos das participações diretas em concorrentes (unilateral ou recíproca), a OCDE sinalizou que a ocorrência de efeitos anti-competitivos depende de inúmeros fatores que influenciam significativamente os incentivos da empresa para concorrer, como características estruturais do mercado e especificidades das partes envolvidas na transação. No Brasil, essa discussão também foi verificada em pelo menos dois atos de concentração.⁴

3. Em relação aos possíveis efeitos coordenados ocasionados pelas participações minoritárias diretas em concorrentes, a OCDE (2008b) observou que conexões estruturais entre concorrentes podem facilitar a colusão tácita ou expressa, uma vez que ao acionista minoritário pode ser concedido acesso a informações sobre a empresa concorrente investida, o que facilita a colusão e o monitoramento ao acordado. A detenção de participações minoritárias também pode alterar os incentivos da empresa para descumprir um acordo anticompetitivo ou para entrar em uma guerra de preços para punir a empresas que descumpram tal acordo. Quanto aos efeitos unilaterais resultantes de participações minoritárias diretas em concorrentes, a OCDE (2008b) apontou que, em certas circunstâncias, pode induzir a definição de políticas de redução da produção no mercado, além de criar incentivos para a empresa adotar posturas favoráveis ao aumento conjunto da margem de lucro. De acordo com o relatório, o motivo é simples: se uma empresa adquire ações de um concorrente e, ao mesmo tempo, concorre de forma agressiva contra ele, as perdas financeiras irão afetar o investimento.

4. CADE. Ato de Concentração 535500.021373/2010 (Tim/Telefônica) e 08012.009198/2011-21 (CSN/Usiminas). Também, MARTINEZ; TAVARES, 2012.

Mas e os riscos das (c) participações minoritárias indiretas em concorrentes, por meio dos investidores institucionais, cerne das novas discussões da OCDE (OCDE, 2017)? Participações indiretas de investidores institucionais em concorrentes podem fazer com que as firmas investidas compitam entre si menos intensamente do que fariam se tivessem diferentes investidores? Apresenta-se a seguir a imagem da evolução da discussão no âmbito da OCDE:



A teoria antitruste estrangeira avançou no sentido de responder a esses questionamentos. Para PATEL (2017), a preocupação com os investidores institucionais nos Estados Unidos advém da participação significativa desses agentes nas companhias: de 70 a 80% do total das ações ordinárias no país são de investidores institucionais. Além disso, uma parcela dessas ações é detida em empresas que competem ativamente entre si no mercado. O autor aponta que esse cenário pode reduzir os incentivos à concorrência e causar prejuízos a ela.

Azar, Tecu e Schmalz (2017) foram pioneiros nos estudos sobre o tema, tendo realizado pesquisa empírica que correlacionou o aumento dos preços no mercado com o *common ownership*. Após este primeiro trabalho, outros estudos discutiram os possíveis problemas concorrenciais gerados por investidores institucionais. Azar, Raina e Schmalz (2016), por exemplo, constataram, via análise econométrica, que o *common ownership* estava associado à cobrança de maiores taxas de serviços bancários. Estudo subsequente, voltado ao mercado aéreo, também verificou que o *common ownership* estava associado a maio-

res preços para as passagens, variando de 4% a 12%. Elhaug (2016), por sua vez, relacionou o *common ownership* à concentração de riqueza nos Estados Unidos.

Diante de toda essa discussão acadêmica e doutrinária, teórica e econômica, ao final de 2017 a OCDE realizou *roundtable* e divulgou a Nota do Secretariado “*Common Ownership by Institutional Investors and its Impact on Competition*” (OCDE, 2017). Segundo o documento, a aquisição simultânea de participações acionárias em empresas concorrentes por investidores institucionais tem crescido em diversos mercados. Isso se devia à crescente popularidade da gestão passiva dos fundos de investimento, que permite aos investidores a diversificação das ações e a redução da exposição ao risco de investir em empresas específicas.

Nesse cenário, Posner; Scott Morton; Weyl (2017) correlacionaram em termos econométricos participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes a preocupações competitivas, em especial em mercados concentrados (como o setor aéreo, farmacêutico, bancário, de cereais matinais e de bebidas não alcoólicas). Apontou-se o possível incentivo dos investidores institucionais em arrefecer a concorrência no mercado, seja por meio da facilitação à colusão, seja pelo encorajamento a decisões de negócios unilaterais que beneficiem empresas do próprio portfólio, possivelmente resultando em maiores preços. Ao privilegiar as “sinergias” das empresas investidas pelo mesmo investidor institucional, haveria prejuízo às demais empresas não investidas. Ademais, o possível arrefecimento da concorrência poderia ser resultante tanto de práticas diretas do investidor quanto pelo simples fato de que os gestores das empresas investidas podem ter incentivos próprios para levar em consideração, na sua tomada de decisão, os interesses financeiros do investidor.

Assim, o debate atual gira em torno de duas questões principais: (i) os investidores institucionais que têm participações minoritárias em diversas empresas concorrentes no mesmo mercado têm *incentivos* para arrefecer a concorrência?; e (ii) ainda que tenham incentivos, esses investidores institucionais possuem a *capacidade* de efetivamente influenciar as decisões do conselho de administração e da diretoria das companhias investidas? Posner; Scott Morton; Weyl (2017, p. 14) respondem a essas perguntas dizendo que, “*when institutions have incentive and ability to soften competition, it is likely they will find a way*”.

Para os autores, os (i) *incentivos* dos investidores institucionais em arrefecer a concorrência podem ser decorrentes da redução da competitividade no

setor, que resultam em maior lucratividade e acabam gerando efeitos unilaterais⁵ ou coordenados⁶ na concorrência.

Por sua vez, esses investidores institucionais teriam (ii) a *capacidade* de ativamente implementar esses incentivos tanto (ii.1) por meio de instrumentos diretos quanto (ii.2) por meio de incentivos implícitos. Ente os (ii.1) *instrumentos diretos* que evidenciarão a *capacidade* de o investidor institucional influenciar na tomada de decisão da investida, Azar, Schmalz e Tecu (2017) apontam que dois seriam os principais: (ii.1.1) voto e (ii.1.2) voz.

O (ii.1.1) *voto* pode ser utilizado para diversos fins, como escolher o conselho de administração que representará os interesses do investidor nas decisões de cunho comercial; definir mudanças substanciais na estratégia empresarial consistentes com seus objetivos; autorizar ou impedir decisões estruturais ou de aquisições empresariais; pressionar os administradores, ao usar o voto como moeda de troca relativamente aos pacotes remuneração destes etc. (Azar, Schmalz e Tecu; 2017). O voto tende a ser a “última instância” de instrumentos de influência detidos pelos investidores, utilizado apenas quando não foi possível utilizar dos mecanismos mais sutis, como a voz ou a influência implícita. Esse voto também pode ser utilizado na forma de coalizões com votos detidos por outros investidores institucionais minoritários (Muraca, Freeman; 2017).⁷

Por sua vez, a (ii.1.2) *voz* também é apontada como um instrumento direto da capacidade dos investidores institucionais em influenciar suas investidas. A voz tende a ser exercida por investidores institucionais preferencialmente em reuniões privadas com CEOs das empresas, fora das reuniões formais com acionistas (McCahey; Sautner; Starks; 2015). Essa voz pode ser manifestada por meio da divulgação de declarações públicas do investidor institucio-

5. Efeitos unilaterais referem-se a aumentos de preço, redução da qualidade, da variedade e da inovação, sem coordenação com os concorrentes. Azar, Schmalz e Tecu (2014) apontam que esses efeitos unilaterais podem decorrer da passividade do investidor em não incentivar investimentos em P&D, pesquisas de mercado, guerras de preço com entrantes no mercado e expansão da capacidade produtiva, que é prejudicial para a indústria e pode causar o aumento de preços.
6. Efeitos coordenados referem-se às práticas adotadas de modo conjunto pelos concorrentes. No caso dos investidores institucionais, eles podem atuar como o “mestre de cerimônias” (*ringmaster*) do cartel, passando informações entre as empresas concorrentes e monitorando o cumprimento das decisões. Assim, o investidor seria beneficiado com os maiores lucros obtidos por cada uma das empresas investidas (ROCK; RUBINFELD, 2017).
7. Há diversos artigos, porém, que questionam a ideia de que o voto pode ser um canal direto dos investidores institucionais para encorajarem a implementação de condutas anticompetitivas das suas investidas (O'BRIEN, WAEHRER; 2017).

nal sobre o encaminhamento preferido em determinada tomada de decisão, solicitando a representação do conselho de administração (Chen; 2016).⁸

Para além do voto e da voz, há também os já mencionados instrumentos de (ii.2) *incentivo implícito* para a tomada de decisão da companhia investida (Azar, Schmalz e Tecu, 2017). Nesse sentido, diversos autores (Azar, 2017; Patel, 2017; e Elhauge, 2016) apontam que comunicações diretas entre os investidores e a gestão da empresa investida não são necessárias para que os efeitos à concorrência se manifestem. Os autores apontam para a pressão que pode ser exercida pela ameaça implícita de o investidor vender suas ações caso o administrador não siga a estratégia de mercado sugerida pelo investidor, fato que poderia ensejar na queda do preço das ações e teria um impacto direto nos incentivos da gestão da empresa (Azar, Schmalz, Tecu; 2017). Ademais, a gestão da companhia investida tende a não desejar manifestações públicas de descontentamento de investidores institucionais com suas tomadas de decisão, influenciando implicitamente, portanto, a própria tomada de decisão. Ainda, Elhauge (2016) aponta que pode haver um senso de que a tomada de decisão alinhada com o investidor institucional pode garantir suporte deste para futuras eleições do gestor em futuras eleições, aumentando chances de trabalho futuras aos indivíduos envolvidos nas transações (como os administradores) e de melhores compensações financeiras.

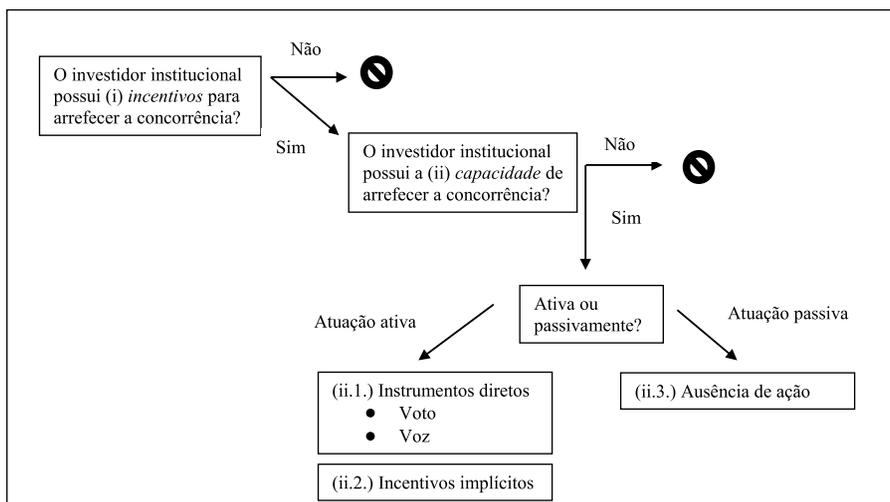
Posner, Morton e Weyl (2017), nessa mesma linha, sobre o uso do voto, da voz e dos incentivos implícitos por investidores institucionais sobre empresas investidas, apontam para algumas possíveis estratégias comuns verificáveis no mercado. Primeiro, os investidores institucionais podem recomendar aos CEOs estratégias de aumento de lucros mediante elevação dos preços. Como os CEOs da companhia sabem que o investidor institucional pode se comunicar com o CEO da outra empresa concorrente, há uma maior segurança quanto a esse aumento de preços paralelo. Caso um dos CEOs não siga a política sugerida pelo investidor institucional, este investidor pode utilizar votos contrários e influenciar os votos dos outros membros do conselho. Uma segunda estratégia seria aquela em que o investidor institucional propõe pacotes de incentivos para o CEO, de modo a reduzir seus incentivos em concorrer contra rivais. Isso é especialmente relevante em mercados oligopolísticos, em que, em vez de concorrer para conquistar parcela de mercado do concorrente em determinado mercado, os administradores escolham aumentar o nível total de lucros, de modo que este mecanismo de compensação reduz a concorrência no mercado. Ademais, uma terceira estratégia apontada pelos autores é a de que o

8. Há diversos artigos, porém, que questionam a ideia de que a voz também possa ser um canal direto de os investidores institucionais encorajarem a implementação de condutas anticompetitivas das suas investidas (ROCK; RUBINFELD, 2017; ÇELIK, ISAKSSON, 2014)

investidor pode bloquear, por meio do seu voto, lances de investidores ativos interessados em estabelecer uma concorrência agressiva.

Por fim, os autores Azar, Schmalz e Tecu (2017) apontam que, para além das atitudes que evidenciam a *capacidade* de efetivamente influenciar as decisões do conselho de administração e da diretoria das companhias investidas, seja por meio de instrumentos diretos (como voto e voz) ou por incentivos implícitos, (ii.3) existe a *capacidade* de passivamente implementar esses incentivos (ausência de ação de um investidor institucional), que pode resultar em efeitos anticompetitivos. “Investidores preguiçosos”⁹ podem não insistir na implementação de determinadas estratégias que sejam determinantes para a expansão da empresa e, dessa forma, o nível de competitividade em determinado mercado é arrefecido. Por exemplo, a passividade do investidor em não incentivar investimentos em P&D, pesquisas de mercado, guerras de preço com entrantes no mercado e expansão da capacidade produtiva tende a ser prejudicial para a indústria e pode causar o aumento de preços.

Diante do exposto, e com base nas pesquisas acadêmicas realizadas na literatura estrangeira, as autoras consolidam na imagem e na tabela seguinte as principais preocupações concorrenciais quanto aos incentivos à capacidade dos investidores institucionais de influenciar a tomada de decisão das investidas, tanto por meio de uma atuação ativa (direta, utilizando voto e voz, ou por meio de incentivos implícitos) quanto passiva, em possíveis riscos à concorrência.



9. Tradução livre de “Lazy investors”.

Tipo de atuação	Instrumento	Meio de implementação	Exemplos
<p>ATUAÇÃO ATIVA do investidor institucional para incentivar as empresas a competirem de forma menos agressiva</p>	(ii.1.) Instrumentos diretos	Investidor institucional utiliza do seu direito (ii.1.1.) voto para fim de garantir que determinada estratégia (como o aumento de lucros mediante elevação dos preços) seja implementada	<p>(I) Vota em membros do Conselho de Administração alinhados às suas estratégias, que representarão seus interesses nas decisões de cunho comercial</p> <p>(II) Vota para alterar a remuneração dos administradores para pressionar a gestão da empresa</p> <p>(III) Vota de modo contrário ao CEO que não implementou sua estratégia e se utiliza de votos contrários e no mesmo sentido influenciar os votos dos outros membros do Conselho de Administração.</p> <p>(IV) Vota para bloquear lances de investidores ativos interessados em estabelecer uma concorrência agressiva.</p>
	(ii.1.) Instrumentos diretos	Investidor institucional utiliza da (ii.1.2) <u>vot</u> para fim de garantir que determinada estratégia (como o aumento de lucros mediante elevação dos preços) seja implementada	<p>(I) Requisita assentos no Conselho de Administração</p> <p>(II) Comunica-se com o CEO da sociedade investida concorrente para permitir o alinhamento estratégico</p>
	(ii.2) Incentivos implícitos	Investidor institucional utiliza de <i>incentivos implícitos</i> para fim de garantir que determinada estratégia (como o aumento de lucros mediante elevação dos preços) seja implementada	<p>(I) Propõe pacotes de incentivo para o CEO reduzir seus incentivos para concorrer contra rivais e aumentar o nível total de lucros (sobretudo em mercados oligopolísticos)</p> <p>(II) Ameaça vender suas ações caso o administrador não siga a estratégia de mercado sugerida pelo investidor, fato que poderia ensejar na queda do preço das ações e teria um impacto direto nos incentivos da gestão da empresa</p>

Tipo de atuação	Instrumento	Meio de implementação	Exemplos
ATUAÇÃO PASSIVA do investidor institucional para incentivar as empresas a competirem de forma menos agressiva ou incentivar a colusão	(ii.3) Ausência de ação	Não incentivar investimentos em P&D, pesquisas de mercado, guerras de preço com entrantes no mercado e expansão da capacidade produtiva, que pode causar o aumento de preços	(I) Postura não proativa na sugestão de medidas que poderiam gerar eficiências

Em contraste à literatura apresentada, que identifica riscos concorrenciais do *common ownership*, há autores que descrevem possíveis efeitos benéficos da participação minoritária de investidores institucionais em concorrentes. He e Huang (2017) apontam para a geração de eficiências similares àquelas associadas à realização de uma operação de concentração econômica, com a redução de custos, coordenação de pesquisa e desenvolvimento e compartilhamento de conhecimento. Ademais, Baker (2016) sinaliza benefícios potenciais da diversificação acionária no mercado de capitais. Tais alegados benefícios, porém, também são alvo de críticas de outros autores, como Elhauge (2016), para quem as alegadas eficiências não seriam benéficas aos consumidores.

Uma vez apresentada a discussão acadêmica estrangeira sobre as participações minoritárias indiretas de investidores institucionais e seus possíveis riscos à concorrência, cumpre discutir: trata-se de um problema antitruste no Brasil?

3. Teoria e prática sobre atos de concentração envolvendo investidores institucionais no Brasil

No Brasil, quando da realização de um investimento que possa resultar em concentração econômica, caso sejam preenchidos os critérios de notificação da Lei de Defesa da Concorrência (art. 88 da Lei 12.529/2011), estes devem ser apresentados ao Cade. Ocorre que, semelhantemente à maioria das jurisdições antitruste no mundo (OCDE, 2017, p. 6), o Brasil não aplica o controle de estruturas à simples aquisição de participação minoritária na empresa investida, quando esse investimento não confere o poder de materialmente influenciar a empresa investida. Trata-se da tradicional distinção antitruste entre participação acionária com controle (“*controlling minority shareholdings*”) e participação acionária sem controle (“*non-controlling minority shareholdings*”) – com outras nuances no direito societário.

No caso específico das notificações de operações envolvendo fundos de investimento (que é um dos tipos de investidores institucionais), há regulamentação específica a ser seguida pelos agentes econômicos no mercado no Brasil. Inicialmente era aplicável o art. 4º, § 2º, da Resolução 2/2012,¹⁰ que deu lugar à Resolução 9/2014, que restringiu a compreensão do que se considera grupo econômico no caso dos fundos de investimento.¹¹ A nova mudança limitou o número dos atos de concentração a serem notificados ao Cade, na medida em que restringiu as empresas que seriam englobadas no mesmo grupo no cálculo do faturamento.¹² Apesar de tal modificação, os fundos sob a mesma gestão e o gestor do fundo continuaram como informações a serem prestadas no formulário de notificação.¹³

10. A Resolução 2/2012 considerava como parte integrante do grupo econômico, para fins de cálculo de faturamento para notificação dos atos de concentração que envolvessem fundos de investimento, cumulativamente: Os fundos que estivessem sob a mesma gestão; I O gestor; II Os cotistas que detivessem direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e III As empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% do capital social ou votante.
11. Nos termos da nova redação pela Resolução 9/2014 dada ao art. 4º, § 2º da Resolução 2/2012, no caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente: I – O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e II – As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante.
12. Foram retiradas do grupo econômico o gestor, os fundos sob a mesma gestão e o critério do inciso III (“Os cotistas que detivessem direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I”), que foi substituído por critério mais restrito, qual seja: (I. “O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas”).
13. Relembra-se que os critérios apontados são parâmetros para a notificação ou não de um ato de concentração ao Cade, e servem como um filtro das operações que são analisadas pela autoridade. Cumpridos tais requisitos, quando da notificação do ato de concentração, o fundo de investimento que for parte na operação – sumária ou ordinária – deverá apresentar uma série de informações, tal qual identificado no item II.5 dos Anexos I e II da Resolução 2/2012 do Cade.

Entre as informações a serem apresentadas no formulário de notificação, o fundo de investimento deverá indicar os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e fornecer uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional. Apesar da exigência de apresentar a estrutura societária do grupo econômico, os requisitos para inclusão de empresas no mesmo grupo econômico ainda recaem sobre o critério de controle.¹⁴

Por sua vez, na análise dos grupos econômicos para o cálculo de faturamento e na apresentação de informações sobre o grupo econômico no formulário de notificação dos outros investidores institucionais (tais como fundos de pensão e seguradoras), adota-se o mesmo critério aplicável às demais empresas, nos termos do art. 4º, § 1º, da Resolução 2/2012, após alterações da Resolução 9/2014.¹⁵

Conforme se pode notar, os critérios para análise do faturamento do grupo econômico são bem distintos quando se trata de fundos de investimento. Enquanto para as empresas em geral não se aplica o critério do inciso I do art. 4º, § 2º, da Resolução 2/2012 e não se consideram “as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante”, no caso dos fundos não são consideradas as participações entre 20-50% detidas pelas empresas controladas pelo fundo. Isso porque se considera “o grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas”.

Observa-se que, apesar do critério mais amplo de análise do grupo econômico no formulário de notificação, é possível que, com os critérios de sub-

-
14. Critérios: (a) o fundo envolvido na operação; (b) os fundos que estejam sob a mesma gestão do grupo envolvido na operação; (c) o gestor; (d) os grupos dos cotistas, conforme definidos no item II.5.1, que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas do fundo envolvido na operação; (e) as empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante; e (f) as empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação e as empresas nas quais esses fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante.
 15. Art. 4º, § 1º, da Resolução 2/2012: I – As empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; II – As empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

missão e de cálculo de faturamento constantes do art. 88 da Lei 12.529/2011 e no art. 4º da Resolução 2/2012, as aquisições de participações minoritárias em concorrentes inferiores ao piso de 20% sequer cheguem a ser analisadas pelo Cade. Isso porque, apesar de o art. 10 da Resolução 2/2012 endereçar o problema de aquisições diretas em concorrentes estabelecendo um piso de 5% para as operações nas quais um concorrente adquire ações de outro, não são abarcadas as hipóteses de aquisição por investidor comum entre os concorrentes.

Ante o exposto, observa-se que, apesar de fundos de investimento, seguradoras e fundos de pensão serem investidores institucionais, critérios diversos de notificação e análise dos atos de concentração são aplicados para tais agentes, alterando os casos que passam pelo crivo do Cade. Ainda assim, em nenhum dos casos a participação do investidor institucional em empresas concorrentes é analisada quando abaixo do piso de 20%, dado que a preocupação tradicional se centra na detenção de participações em empresas concorrentes e se aplica apenas às participações diretas detidas pelo próprio concorrente, e não aos casos nos quais os concorrentes possuem um investidor comum (justamente o cenário de “*common ownership*”).

Os critérios estabelecidos para análise da concentração oriunda de fundos de investimento no âmbito do Cade centram-se, sobretudo, na noção de controle prevista na Lei 6.404/76 (art. 116), ou exigem uma participação acionária de no mínimo 20% do capital social ou votante – caracterizadoras, nos termos da LSA, de “influência significativa” (art. 243). Se considerado o mínimo de 20% insuficiente para análise dos possíveis efeitos anticompetitivos gerados pelos investidores institucionais, o critério de 5% de participação acionária entre concorrentes deveria ser aplicado aos casos nos quais existe um investidor comum? Ora, existem nuances quanto ao exercício de poder na sociedade empresária, não vinculadas ao conceito de poder de controle, tais como influência significativa, influência relevante, interesses financeiros e contatos interpessoais, nos termos de Rodrigues (2016).

Será que esse tipo de influência mais sutil, resultante do processo de “fragmentação do controle”, não estaria passando ao largo das preocupações antitruste no Brasil no que tange às participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes? A hipótese das autoras é que os atuais critérios de notificação não são suficientes para análise de atos de concentração com participações minoritárias de investidores institucionais em concorrentes. Para evidenciar tal hipótese, as autoras passam a uma breve pesquisa empírica.

4. Pesquisa empírica da experiência recente do Cade na notificação e análise de atos de concentração envolvendo investidores institucionais (fundos de investimento) no Brasil

Da pesquisa empírica realizada por estas autoras, entre junho de 2012¹⁶ e setembro de 2014¹⁷ (ou seja, nos 28 meses de vigência da redação anterior da Resolução 2/2012 do Cade), foram notificados pelo menos 84 atos de concentração por fundos de investimento.¹⁸ Por sua vez, entre outubro de 2014¹⁹ e setembro de 2017²⁰ (ou seja, nos vinte e quatro meses de vigência da nova redação da Resolução 2/2012 do Cade), foram notificados pelo menos 78 atos de concentração por fundos de investimento.²¹⁻²² Diante de um cenário global,

16. A amostra considera os dados a partir de junho de 2012 tendo em vista que a Lei 12.529/2011 entrou em vigor a partir de 29 de maio de 2012.
17. A amostra considera os dados até setembro de 2014 dado que a nova redação da Resolução 2/2012 do Cade entrou em vigor a partir de 1º de outubro de 2014.
18. Entre estes 84 atos de concentração, 14 consubstanciavam aquisição/consolidação de controle (16,6%), 61 tratavam de aquisição de participação acionária sem aquisição/consolidação de controle (62,6%) e 9 refletiam outro tipo de operação (10,7%). Entre as 14 operações relativas à aquisição/consolidação de controle, 5 delas eram referentes ao mercado de incorporação imobiliária e os outros 9 a outros mercados. Por sua vez, das 61 operações de aquisição de participação acionária sem aquisição/consolidação de controle, 13 também estavam relacionadas ao mercado de incorporação imobiliária, 5 de energia elétrica, 3 de hotelaria e 2 de saúde, sendo que todos as demais 39 operações em mercados variados.
19. A amostra considera os dados a partir de outubro de 2014 dado que a nova redação da Resolução 2/2012 do Cade entrou em vigor a partir de 1º de outubro de 2014.
20. A amostra considera os dados até setembro de 2017 dado que o mesmo foi elaborado em outubro de 2017.
21. Entre estes 78 atos de concentração, 23 consubstanciavam aquisição/consolidação de controle (29,4%), 46 tratavam de aquisição de participação acionária sem aquisição/consolidação de controle (58,9%) e 9 refletiam outro tipo de operação (11,5%). Entre as 23 operações relativas à aquisição/consolidação de controle, 6 estavam relacionadas ao mercado de incorporação imobiliária, 3 de energia elétrica e 14 em mercados variados. Por sua vez, das 46 operações que tratavam de aquisição de participação acionária sem aquisição/consolidação de controle, 5 tratavam do mercado de incorporação imobiliária, 5 de energia elétrica e todos os 35 restantes variados.
22. Os atos de concentração foram classificados utilizando-se as palavras-chave “fundos”, “fund”, “FIP”, “FII” e “equity” no banco de pesquisa da Superintendência-Geral do Cade:

dos 162²³ atos de concentração notificados ao Cade por fundos de investimento, é possível se alcançar as seguintes conclusões preliminares a respeito desses atos que, das operações que envolvem diretamente fundos de investimento:

- a maioria (107 operações, 66%) trata da aquisição de participação acionária sem aquisição/consolidação de controle, e apenas uma pequena parcela (37 operações, 22,8%) consubstancia aquisição/consolidação de controle;
- não se observa um setor econômico de atuação mais intensa dos fundos de investimento, com destaque para operações no mercado de incorporação imobiliária (29 operações, 17,9%) e energia elétrica (13 operações, 8%);
- apesar da alteração dos critérios de abrangência do grupo econômico dos fundos de investimento, houve uma redução pequena do número de operações notificadas (84 operações se reduziram para 78).

Pela pesquisa jurisprudencial das autoras, não foi possível identificar ainda nenhum ato de concentração julgado em que houvesse a sinalização da preocupação com a participação minoritária indireta de investidores institucionais em concorrentes (*common ownership*). Esse fato se dá, possivelmente, pelo fato de os critérios para notificação de fundos de investimento serem bastante restritos, e a análise realizada pela autarquia não abarcar participações inferiores a 20%, centrando-se no poder de controle. Ademais, como o critério de notificação por aumento de, pelo menos, 5% no capital votante, inclui apenas as empresas concorrentes ou que atuem em mercados verticalmente relacionados, tais casos não vêm sendo analisados pelo Cade.

Em que pese este cenário, a preocupação com o *common ownership* poderia ser suscitada em um caso recente julgado pelo Cade. Trata-se da tentativa de Ato de Concentração entre as empresas Kroton e Estácio, ambas atuantes no mercado de educação presencial e a distância no Brasil (AC 08700.006185/2016-56).²⁴ As causas da reprovação disseram respeito a riscos concorrenciais da própria operação, mas para além das preocupações antitruste apontadas, é notar a participação minoritária de um mesmo investidor

23. Esclarece-se que essas conclusões não representam necessariamente a realidade completa dos investimentos realizados pelos fundos de investimento no Brasil, já que apenas uma parcela dessas concentrações econômicas é notificada ao Cade.

24. O caso foi julgado pelo Cade na sessão de julgamento do dia 28.06.2017, quando se decidiu pela reprovação da operação. Fonte <http://www.cade.gov.br/noticias/aquisicao-da-estacio-pela-kroton-e-vetada-pelo-cade>

institucional em ambas as concorrentes Kroton e Estácio: 10,3% das ações da Estácio e 4,5% da Kroton.²⁵

Este investidor institucional (a Coronation Fund Managers) opinou publicamente com relação ao valor da oferta: “a oferta da Kroton representa a opção preferível para acionistas da Estácio no longo prazo”, complementando, ainda que “gostaria de alertar a administração da Estácio a não exigir um prêmio injustificado que colocasse a operação proposta pela Kroton em risco”, evidenciando interesse em um prêmio “justo”. Ademais, antes da submissão da operação ao Cade, este investidor institucional votou favoravelmente à fusão na assembleia geral de acionistas de ambas as sociedades concorrentes,²⁶ o que evidencia a sua capacidade de influenciar diretamente, por meio do exercício do direito de voto, as companhias investidas, tal qual apontado pelos autores Azar, Schmalz e Tecu (2017).

Assim, questiona-se: a decisão de apoio à operação pelo investidor institucional foi motivada pela eficiência que ela acarretaria para as empresas ou pelos lucros que o investidor obteria individualmente em cada sociedade investida? Será que a decisão pela operação, desde o primeiro momento, foi influenciada justamente por conta dessas participações minoritárias indiretas dos investidores institucionais, que já poderiam estar arrefecendo a concorrência entre as empresas, seja por meio de sua atuação ativa ou por sua atuação passiva?

Apesar de a análise da participação do investidor institucional não ter sido objeto de discussão do Cade, este Ato de Concentração envolvendo Kroton, Estácio e a Coronation Fund Managers é um relevante indicativo de como é possível que investidores institucionais tenham incentivos e capacidade de influenciar processos decisórios nas empresas investidas, ainda que com participações minoritárias indiretas em concorrentes, com a potencialidade de ocasionar efeitos anticompetitivos no Brasil. Diante do incremento das atividades no mercado de capitais no Brasil, é possível então que novos casos notificados ao Cade, no futuro, tenham de enfrentar essa discussão, da mesma forma que a Comissão Europeia teve de enfrentar pela primeira vez o tema em 2017, na recente análise do caso Dow/DuPont.²⁷

25. Ver matéria publicada na revista Exame, em 01.07.2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/quem-e-o-coronation-fundo-com-acoes-da-estacio-e-da-kroton/>.

26. Idem, ibidem.

27. Cf. matéria publicada em 19.02.2018 no site Global Competition Review, “DG Comp looking into common ownership, says Vestager”, disponível em: <https://>

Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que um investidor institucional detentor de participações minoritárias indiretas pode alterar a dinâmica concorrencial do mercado mesmo sem deter o poder de controle. Existem nuances quanto ao exercício de poder na sociedade empresária, não vinculadas ao conceito de poder de controle, tais como influência significativa, influência relevante, interesses financeiros e contatos interpessoais, que podem resultar em estratégias comerciais com potenciais efeitos anticompetitivos. Além de possuir incentivos para influenciar a tomada de decisão nas investidas, o investidor institucional pode deter a capacidade de efetivamente exercer tal influência, seja por meio de instrumentos diretos (como voto e voz), por meio de incentivos implícitos ou por meio da sua atuação passiva (ausência de ação). Em que pese isso, a legislação antitruste brasileira e a jurisprudência do Cade ainda não endereçam de modo apropriado a questão dos investidores institucionais. Os atuais critérios de notificação não são suficientes para análise de atos de concentração com participações minoritárias de investidores institucionais em concorrentes.

Como incluir então essa pauta de preocupação com o *common ownership* na análise dos atos de concentração? O debate internacional aponta para alternativas do ponto de vista das leis existentes e para alterações legislativas para endereçar claramente essa preocupação, seja pelo estabelecimento de limites máximos de participação no capital social, seja pela criação de “*safe harbours*” abaixo dos quais não haveria preocupações antitruste.²⁸ Há debates, ademais, no sentido de que o controle de atos de concentração talvez não seja a única fundamentação legal possível para se analisar os desafios decorrentes dessas participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes. Suscita-se, por exemplo, a aplicação de regras que vedam acordos anticompetitivos quando a participação no capital social for um instrumento para influência da conduta comercial do concorrente, ou mesmo a aplicação de regras que vedam o abuso de posição dominante (OCDE, 2017, p. 8). Além

globalcompetitionreview.com/article/1159160/dg-comp-looking-into-common-ownership-says-vestager (Acesso em: 4 set. 2018).

28. Sobre a proposta de criação de *safe harbours* para o “*common ownership*”, Rock e Rubinfeld propõem que participações minoritárias abaixo de 15%, sem que haja representatividade do investidor institucional no conselho de administração, seria considerado seguro e não levantaria preocupações antitruste (ROCK, RUBINFELD, 2017). Por sua vez, uma proposta mais restrita de *safe harbour* é proposta por O’Brien, Waehrer (2017). Essa proposta, porém, tampouco está imune a críticas: ELHAUGE, 2017.

disso, no âmbito das ações que podem ser realizadas por meio de iniciativas das empresas para evitar possíveis efeitos coordenados, a literatura internacional sugere (ROCK, RUBINFELD, 2017) que os investidores institucionais implementem uma política de *compliance* que minimize os riscos de coordenação entre as investidas (exemplo: abstendo-se de discutir preços ou variáveis concorrencialmente sensíveis que favorecem colusivos).

E no Brasil, como incluir então essa pauta de preocupação com o *common ownership* na análise dos atos de concentração? A nosso ver, não é possível evitar o debate, em que pese o mercado de capitais brasileiro não possuir, ainda, estrutura notoriamente pulverizada, que favorece a atuação dos investidores institucionais. Diante da análise da legislação antitruste brasileira (Lei 12.529/2011 e Resolução 9/2014) e da jurisprudência do Cade (evidenciada pela pesquisa empírica conduzida pelas autoras), os critérios de notificação mostraram-se insuficientes para a análise de atos de concentração envolvendo participações minoritárias de investidores institucionais em concorrentes. Talvez sejam, então, necessários parâmetros mais rigorosos para os critérios de notificação e de análise dos atos de concentração envolvendo investidores institucionais, para que os investidores institucionais não ajam como ventríloquos passíveis de disfarçar problemas antitruste advindos de participações indiretas em concorrentes. No entanto, a nosso ver esse debate deve ser multidisciplinar, e não circunscrito à seara antitruste. Isso porque, em termos societários, por exemplo, é possível que esse mesmo fato gere questionamentos sobre um possível abuso do direito de voto e/ou o voto em conflito de interesses do investidor institucional (art. 115 Lei 6.404/76), já que tinha interesse em ambas as sociedades envolvidas na operação de concentração econômica.

Dessa forma, esperamos que este trabalho seja um ponto de partida para a discussão, que ainda se encontra incipiente no Brasil. Entendemos ser imperiosa uma análise multidisciplinar sobre o tema da participação minoritária indireta de investidores institucionais em concorrentes (“*common ownership*”), aliando especialistas públicos e privados da seara antitruste com outros do direito societário, do mercado de capitais, do mercado financeiro, de seguros, economistas, econometristas, bem como da comunidade acadêmica. Apenas com esse esforço coordenado de compreensão é que será possível, na visão das autoras, responder satisfatoriamente uma pergunta subsequente àquela inicial proposta e respondida neste trabalho: cientes de que as participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes podem causar impactos à concorrência no Brasil, qual deve ser o grau dessa preocupação e quais os meios mais adequados para endereçá-la, uma vez constatados que os possíveis efeitos anticompetitivos das participações minoritárias indi-

retas dos investidores institucionais em concorrentes ainda não estejam sendo endereçados?

Referências

- ANTON, M., F. EDERER, M. GINÉ and M. SCHMALZ, Common Ownership, Competition, and Top Management Incentives, European Corporate Governance Institute Finance 2016, *Working Paper*, n. 511. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2802332.
- AZAR, José; RAINA, Sahil, SCHMALZ, Martin. Ultimate Ownership and Bank Competition, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2710252.
- AZAR, José; SCHMALZ, Martin, TECU, Isabel. Anti-Competitive Effects of Common Ownership. *Ross School of Business, Paper* n. 1235, 2014, p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2427345.
- AZAR, José; SCHMALZ, Martin. Common Ownership of Competitors Raises Antitrust Concerns. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 8 (5), 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpx032>.
- AZAR, José; SCHMALZ, Martin; TECU, Isabel. Why Common Ownership Causes Antitrust Risks. *Antitrust Chronicle – Competition Policy International*, June, v. 3, p. 10 – 17, Spring 2017.
- AZEVEDO, Luís André N. Moura. Ativismo dos investidores institucionais e poder de controle nas companhias abertas de capital pulverizado brasileiras. In: AZEVEDO, Luís André N. Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (Org.). *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 218-258.
- BAKER, J. Overlapping Financial Investor Ownership, Market Power, and Antitrust Enforcement: My Qualified Agreement with Professor Elhauge, *Harvard Law Review Forum*, v. 129:212, 2016. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2746874>.
- ÇELIK, Serdar; ISAKSSON, Mats. Institutional Investors as Owners: Who Are They and What Do They Do? *OECD Corporate Governance Working Papers*, n. 11, OECD Publishing, Paris, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5k3v1dvmfk42-en>.
- CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Regulação do mercado de capitais e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.

- COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970.
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ELHAUGE, E. Essay: Horizontal Shareholding. *Harvard Law Review*, 2016. v. 129:1267, Disponível em: <http://www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/Elhauge.pdf>.
- FERREIRA, Renato Luis Bueloni. Fundos e clubes de investimento. In: SOUZA JÚNIOR, Satiro (Coord.). *Mercado de Capitais*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FICHTNER, J.; HEEMSKERK, E.; GARCIA-BERNARDO, J. *Hidden power of the Big Three? Passive index funds, re-concentration of corporate ownership, and new financial risk*. Business and Politics, 2017.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S/A*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GORGA, Érica. Changing the paradigm of stock ownership from concentrated towards dispersed ownership? Evidences from Brazil and consequences for emerging countries. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 29, n. 2, 2009.
- HE, J.; J. HUANG (forthcoming). Product Market Competition in a World of Cross ownership: Evidence from Institutional Blockholdings, *Review of Financial Studies*, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2380426.
- LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. *Capitalismo de laços*. São Paulo: Campus, Elsevier, 2010.
- MARTINEZ, Ana Paula; ARAÚJO, Mariana Tavares. Aquisição de participação minoritária em concorrentes e interlocking directorates: aspectos concorrenciais. *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012.
- MCCAHERY, J., SAUTNER, Z.; STARKS, L. (Forthcoming). Behind the Scenes: The Corporate Governance Preferences of Institutional Investors. *Journal of Finance*, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571046.
- MURACA, J.; FREEMAN, A. Regulation of proxy advisory firms, 2017. Disponível em: <http://www.kwm.com/en/au/knowledge/insights/regulation-proxy-advisory-firms-influence-voting-20170303>.
- O'BRIEN, D.; WAEHRER, K. The Competitive Effects of Common Ownership: We Know Less than We Think, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2922677>.

- OCDE. The Role of Institutional Investors in Promoting Good Corporate Governance Practices in Latin America: The Case of Brasil, 2008. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/42351313.pdf>.
- OCDE. Minority Shareholdings, 2008. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf>.
- OCDE. Common Ownership by Institutional Investors and its Impact on Competition. Background Note by the Secretariat, 2017.
- OCDE. The Role of Institutional Investors in Promoting Good Corporate Governance Practices in Latin America: The Case of Brasil, 2008.
- PATEL, Menesh. Common Ownership, Institutional Investors, and Antitrust. (a ser publicano no *Antitrust Law Journal*), 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941031.
- PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo; LANCIERI, Filippo Maria. The Antitrust Review of Minority Shareholdings between Competitors – the Brazilian Perspective. *Overview of Competition Law in Brazil*. São Paulo: Singular. 2015
- POSNER, Eric A.; MORTON, Fiona Scott; WEYL E. Glen. A Proposal to Limit the Anti-Competitive Power of Institutional Investors. *Antitrust Law Journal* (Forthcoming), 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2872754.
- ROCK, E. B.; RUBINFELD, D. Antitrust for Institutional Investors, New York University School of Law, Law & Economics Research Paper Series, 2017. *Working Paper* No. 17-23. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2998296.
- RODRIGUES, Eduardo Frade. *O direito societário e a estruturação do poder econômico*. São Paulo: Singular, 2016.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SCHMALZ, M., How Passive Funds Prevent Competition, 2015. Disponível em: <http://ericposner.com/martin-schmalz-how-passive-funds-prevent-competition/>.
- WILLIAMS, A. C.; ORTEGA, M. E. Optimal Financial Health: The Doctor's Essential Wealth Management and Preservation Handbook, iUniverse Press, 2012.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2018 – 3.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

O IMPROVÁVEL ENCONTRO DO DIREITO TRABALHISTA COM O DIREITO ANTITRUSTE

AMANDA ATHAYDE LINHARES MARTINS RIVERA
JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES
NAYARA MENDONÇA SILVA E SOUZA

Resumo: Direito do trabalho e direito antitruste nunca caminharam juntos, mas questões recentes passaram a destacar a importância da análise interdisciplinar. Este estudo, por meio do método comparativo e exploratório, aponta recentes questões que relacionam o direito do trabalho com o direito antitruste nos EUA, tais como cartéis de fixação salarial (*wage-fixing cartels*), acordos de não contratação de trabalhadores (*no poach agreements*), cláusulas de não concorrência nos contratos de trabalho e trocas de informações sensíveis entre concorrentes sobre termos e condições de trabalho. Ao final, é apresentada uma reflexão do tema dentro do contexto brasileiro.

Abstract: Labor law and antitrust law have never gone together, but recent issues have highlighted the importance of interdisciplinary analysis in situations. This study, through the comparative and exploratory method, points out current concerns regarding labor law and antitrust law in the United States (US), such as wage-fixing cartels, no-poach agreements, non-compete clauses in labor agreements and information exchange between competitors about terms and conditions of work. In conclusion, we carried out a reflection of the theme within the Brazilian context.

Palavras-chave: Direito antitruste – Direito do Trabalho – Atos de concentração – Condutas anticompetitivas – Cartéis de fixação salarial – Acordos de não contratar – Cláusulas de não concorrência.

Keywords: Competition Law – Labor Law – Mergers – Anticompetitive Practices – Wage-Fixing Cartels – No-poach agreements – Non-compete clauses.

Introdução

A evolução dos estudos jurídicos e econômicos evidenciam que a distância antes imaginada entre o direito antitruste e o direito trabalhista não existe mais. A interdisciplinaridade denota que estamos diante inter-relações e sobreposições: uma abordagem pode e deve se beneficiar da outra, com o objetivo de tutelar o trabalhador (STEINBAUM, 2018, p. 6) e, ao mesmo tempo, motivar um ambiente concorrencialmente mais saudável.¹

De modo preliminar, as autoridades antitruste podem enfrentar o mercado laboral pelo menos de três formas bastante distintas: (i) preventivamente, diante de formação de monopsonios, por meio da análise dos atos de concentração; (ii) repressivamente, por meio do controle de condutas anticoncorreciais consubstanciadas em acordos com concorrentes no mercado de trabalho; e (iii) por meio de instrumentos de *advocacy*, como construção de mecanismos preventivos e de conscientização das empresas e seus funcionários para os efeitos da restrição da concorrência no mercado de trabalho.

Dessa forma, este trabalho apresenta o atual debate acerca desse tema do ponto de vista da doutrina e jurisprudência norte-americana, assim como, de modo propositivo, apresenta os desafios e perspectivas para o Brasil. Portanto, é imperioso analisar “se” e “em que medida” questões trabalhistas têm o potencial de se tornarem objeto da análise antitruste no Brasil.

1. Breve histórico da interface entre o direito antitruste e o direito trabalhista nos EUA e no Brasil

A interdisciplinaridade entre o direito antitruste e o direito trabalhista já está sendo pesquisada e observada em outras jurisdições, tal como no Japão,² mas nossa análise será centrada nos EUA, onde se tem observado avanços recentes (I.1.). A seguir, apresentaremos o modo ainda incipiente com que o Brasil tem lidado com o tema (I.2.).

-
1. Por exemplo, o direito antitruste moderno não comporta a visão de que as empresas devem treinar apenas seu setor de vendas para identificar possíveis práticas anticoncorreciais. Até mesmo o RH precisa de um suporte jurídico-concorrecial para a tomada de decisões (TORPEY; FAHEY, 2015, p. 1).
 2. A autoridade antitruste japonesa vem estudando o tema desde 2015. Ver mais em: Japan Fair Trade Commission. Report of Study Group on Human Resource and Competition Policy Disponível em: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2018/February/180215.html>. Acesso em: 12 abr. 2018.

1.1 Breve histórico nos EUA

Do ponto de vista histórico, nos EUA, nas décadas de 50 e 60, o encontro do direito trabalhista com o direito antitruste esteve centrado na concentração do poder econômico dentro dos sindicatos (FORDHAM LAW REVIEW, 1962). Na década de 70, passou-se a debater que seus objetivos eram opostos,³ sendo que, naquele tempo, já se sustentava a existência de sobreposição entre as regras trabalhistas e as de direito antitruste (ANTOINE, 1976, p. 630). Uma análise interdisciplinar mais específica dessas áreas só começou a ser realizada, então, a partir da década de 90.⁴ Em um contexto de abertura comercial, o direito antitruste tendia a ver como secundárias tanto a questão da mobilidade do empregado no mercado de trabalho quanto a possibilidade de colusão entre empregadores para a diminuição dos salários dos empregados ou para a fixação de termos contratuais. Segundo Naidu, Posner e Weyl (2018, p. 25), como as ações antitruste relativas ao mercado de trabalho eram menos frequentes, foi reforçada a premissa dos economistas de que os mercados de trabalho são normalmente competitivos.

Nos últimos anos, a concentração dos empregadores, o uso intenso – e injustificado – de cláusulas de não concorrência, bem como as evidências em-

3. “From the outset, the difficulty in applying the antitrust concept to organized labor has been that the two are intrinsically incompatible. The antitrust laws are designed to promote competition, and unions, avowedly and unabashedly, are designed to limit it. According to classical trade union theory, the objective is the elimination of wage competition among all employees doing the same job in the same industry. [...] the policy against restraint of trade must condemn the very existence of labor organizations, since their minimum aim has always been the suppression of any inclination on the part of working people to offer their services to employers at different prices. Indeed, the initial reaction of the common law was to brand the concerted activities of labor unions, even those we today would term primary strikes, as criminal conspiracies. If labor organizations were to be legitimated despite our usual policies favoring wide-open competition, it would have to be on the basis of other, quite different societal values. By the time the Sherman Antitrust Act was passed in 1890, the courts had come to recognize the existence of those other, collective values, and had generally accepted the legality of peaceful strikes by employees against their employer for such purposes as higher wages and shorter hours” (ANTOINE, 1976, p. 603-631).
4. Encontramos artigo de 1991 que trata das consequências das ações antitruste nos EUA no mercado de trabalho e, por conseguinte, no bem-estar econômico. Veja-se: “The Employment Consequences of the Sherman and Clayton Acts”, William F. Shughart II and Robert D. Tollison. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, v. 147, n. 1, The New Institutional Economics New Viewson Antitrust (Mar. 1991), p. 38-52.

píricas de que houve uma estagnação dos salários e uma concentração do mercado de trabalho, funcionaram como mola propulsora da atividade jurídica e regulatória sobre o tema (NAIDU, POSNER e WEYL, 2018, p. 25). Passou a ser denotado que alguns empregadores têm condições de restringir os salários e a mobilidade de seus empregados. Isso se dá pela via contratual (cláusulas de não concorrência), pela concentração de poder de compra de mão de obra (poder de monopólio) ou colusiva (por acordos anticompetitivos entre empregadores), em possível prejuízo à concorrência (NAIDU, POSNER e WEYL, 2018, p. 6-8). É nesse contexto que, em maio de 2016, foi publicado em conjunto pelo *Department of Justice* (“DOJ”) e o Federal Trade Commission (“FTC”) o “*Antitrust Guidance for HR Professionals*” (Guia Antitruste para profissionais de Recursos Humanos, doravante “Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC” (U.S. DOJ; FTC, 2016). No documento, reconhece-se que, na análise antitruste, o direito trabalhista e o mercado de trabalho devem ser analisados como variáveis importantes. Isso porque beneficiam tanto os empregados quanto os consumidores⁵ (U.S. DOJ; FTC, 2016). Ademais, não é preciso que uma prática seja formal para ser investigada (v.g., não há necessidade de estar fixada contratualmente), mas tão somente que seja constatada na prática pelas autoridades antitruste (HOLLAND, 2018, p. 4).

Mais recentemente, autoridades e especialistas demonstraram estar procurando formas de enfrentar melhor o tema diante de diversos casos finalizados nos últimos anos.⁶ As investigações têm trazido à tona esse debate, como será detalhado adiante.

1.2 Breve histórico no Brasil

No Brasil, o encontro do direito trabalhista com o direito antitruste tem pouquíssima discussão.⁷ No Direito do Trabalho brasileiro, o princípio de li-

5. Como bem destacado pelo DOJ e pelo FTC, “[...] just as competition among sellers in an open marketplace gives consumers the benefits of lower prices, higher quality products and services, more choices, and greater innovation, competition among employers helps actual and potential employees through higher wages, better benefits, or other terms of employment. Consumers can also gain from competition among employers because a more competitive workforce may create more or better goods and services” (U.S. DOJ; FTC, 2016).
6. Em abril de 2018, foi realizado um painel sobre temas afetos ao direito trabalhista no “Antitrust Spring Meeting” da American Bar Association, que é o maior evento anual em número de inscritos envolvendo profissionais (autoridades e advogados) do antitruste do mundo todo.
7. Entre as discussões, temos: Prol, Haddad e Gretsichskina (2018), com discussão sobre os efeitos da concentração do poder de compra de empresas em relação

vre associação sindical,⁸ presente tanto na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) quanto no art. 8º da Constituição Federal, é considerado importante para a composição de forças entre trabalhadores e detentores dos meios de produção. Paralelamente, a nossa Constituição Federal também baliza os fundamentos do direito antitruste, uma vez que a livre concorrência e a livre-iniciativa são princípios constitucionais (art. 170, IV, Constituição Federal).⁹⁻¹⁰

a trabalhadores, Lucena Filho (2016), tratando sobre a função concorrencial do direito do trabalho, e Athias (2016), que avalia o limite da atuação do Cade em questões trabalhistas.

8. No Brasil, o direito de associação dos trabalhadores aparece no Decreto 21.761, de 1932. “[o]s sindicatos foram considerados não só órgãos de defesa dos interesses da profissão e dos direitos dos seus associados, mas também entidades de coordenação dos direitos e deveres recíprocos de trabalhadores e empregadores, bem como órgãos de colaboração do Estado”. Com a Constituição de 1988, houve a adoção dos princípios de auto-organização sindical e autonomia da administração dos sindicatos, dando maior liberdade às associações de empregados para atuação conjunta de interesse dos seus representados” (NASCIMENTO, 2014, p. 107).
9. “Avaliando a Constituição, observa-se que atrelada à liberdade da livre-iniciativa encontra-se uma finalidade social [art. 170, *caput*: ‘[...] conforme os ditames da justiça social [...]’], o que permite reforçar a assertiva do limite de seu exercício. Com fundamento na faceta social do princípio da livre-iniciativa é que se embasa a elaboração de normas com o escopo de assegurar e preservar a questão de acesso ao mercado: seja por meio de investimento pecuniário ou de oferecimento de força de trabalho. E sobre essa faceta social do mencionado princípio, fundamentam-se atividades de polícia do Estado, voltadas a concretizar outro princípio posto também como edificante da ordem econômica constitucional brasileira. É justamente nesse ponto que se resgata na Constituição o princípio da livre concorrência, diretriz valorativa antagônica e ao mesmo tempo complementar (no esquema de interações e tensões) ao princípio da livre-iniciativa, em diplomas legais como a Lei Antitruste, em uma de suas grandes finalidades” (DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 55)
10. Em adição, “[...] o princípio da livre concorrência limita a expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa por parte de um agente econômico ou um grupo de agentes econômicos em busca da aplicação universal da livre-iniciativa, i. e., a todos os agentes de mercado. Cuida-se, destarte, de estritamente favorecer condutas competitivas entre os agentes econômicos, motivo pelo qual está sabiamente insculpido no rol de princípios fundamentais corolários da ordem econômica brasileira, cuja premissa sedimenta-se na livre-iniciativa, revestida de cunho social. A relevância do princípio da livre concorrência é clara, conquanto serve de fundamento maior à LDC (Lei de Defesa da Concorrência)” (DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 57)

A atual Lei de Defesa da Concorrência (LDC) não faz qualquer menção ao mercado de trabalho ou manutenção de nível de emprego na análise de atos de concentração ou na aplicação de remédios antitruste. Entretanto, do ponto de vista do controle de estruturas, a Lei 8.884/94 previa a possibilidade de celebração de Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO)¹¹ e de Termo de Compromisso de Desempenho (TCD)¹² considerando dentro das circunstâncias relevantes “as alterações no nível de emprego”.¹³ Por exemplo, a empresa AmBev, resultante da fusão entre Antártica e Brahma (Ato de Concentração 080012.005846/99-12) precisou submeter à aprovação da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego os seus programas de qualificação e recolocação profissional desenvolvidos e apresentados aos trabalhadores demitidos em razão da reestruturação da empresa. A existência dos programas decorreu da obrigação atrelada ao TCD assinado com o Cade.¹⁴

11. O Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO) era celebrado em operações notificadas sob a égide da Lei 8.884/94, época em que a notificação de atos de concentração era posterior à consumação. Para preservar a eficácia da decisão do CADE, os APROs eram firmados com as requerentes de operações que poderiam resultar em elevadas concentrações, com o fito de preservar a eficácia da decisão do Cade quando o ato de concentração fosse efetivamente julgado. Eram disciplinados pelo art. 139 da Resolução 45/2007, Regimento Interno do CADE. “Art. 139. Até a decisão que conceder ou negar a Medida Cautelar poderá ser celebrado Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), que será registrado na capa dos autos.

Parágrafo único. O acordo, conforme os arts. 55 e 83 da Lei 8.884/94 e os arts. 5º e 6º da Lei 7.347/85, estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento”.

12. Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) era um acordo firmado entre Cade e Requerentes de atos de concentração, nos termos do artigo 58 da Lei 8.884/94. Nesses acordos o Cade determinava medidas que deveriam ser tomadas pelas requerentes após o ato de concentração para que fosse preservada a livre concorrência nos mercados relevantes mais afetados pela operação.
13. Em adição, vale recordar que, em 2000, o Cade celebrou com o Ministério do Trabalho e Emprego um acordo de parceria para “avaliação de programas de requalificação e recolocação profissional para trabalhadores cuja perda de emprego esteja relacionada à reestruturação e fusão de empresas” (MARTINEZ, 2012, p. 45).
14. Cabe mencionar que a definição dos termos do acordo foi negociada entre o então presidente do CADE, Gesner Oliveira, e o então ministro do Trabalho, Francisco Dornelles. Assim, ficou definido que caberia à Secretaria a avaliação dos

Do ponto de vista do controle de condutas, cabe relembra que as associações e sindicatos são, muitas vezes, foco de atenção da autoridade antitruste. Estudos e dados empíricos indicam que sindicatos e associações são ambientes propícios para trocas de informações concorrencialmente sensíveis entre agentes econômicos (tais como formação de preços, relações com fornecedores etc.) e sistematização de práticas de conluio (SDE; DPDE, 2009, p. 14). Logo, ainda que reconheçamos a independência de ambas as disciplinas e as particularidades de cada uma delas, uma vez que a Constituição brasileira valoriza, igualmente, a economia de mercado e o trabalho humano, é imperioso analisar em que medida questões trabalhistas têm o potencial de se tornarem objeto da análise antitruste no Brasil.

2. O controle de condutas e as interfaces diretas entre o direito antitruste e o direito trabalhista nos EUA

O Guia Antitruste para Recursos Humanos do DOJ/FTC trouxe à tona na comunidade antitruste a possibilidade de se considerar ilícito concorrencial os acordos entre empregadores (sejam eles competidores, no sentido clássico do antitruste, ou não) que tenham como resultado a redução de custos com salários de empregados. O Guia também sinalizou que o DOJ tem intenção de processar criminalmente aqueles que se envolverem em condutas anticompetitivas relacionadas ao setor de RH, tais como acordos para não contratar e fixação de salários. Até mesmo a troca de informações sensíveis sobre termos e condições de emprego em um mercado com poucos empregadores pode ser considerada ilícito antitruste. As exceções apontadas pelo Guia são relacionadas aos atos de concentração, diante de circunstâncias específicas.

Portanto, nos EUA, acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados (“*Wage Fixing Cartels*”) (II.1) e acordos para não contratação de empregados (“*No Poach Agreements*”) (II.2) são considerados

programas de treinamento e de recolocação dos trabalhadores, isto é, se estes eram eficientes para manter o nível de emprego no setor cervejeiro. O acordo foi necessário diante das condições impostas pelo Cade a operação de aprovação da fusão da Brahma com a Antarctica. (FOLHA DE S. PAULO, 2000). A cláusula do TCD não obrigava a AMBEV a “[...] manter ou readmitir funcionários e nem garantir emprego em outras empresas aos empregados dispensados, mas sim realizar todos os esforços necessários para elevar a probabilidade de que o empregado dispensado obtenha novo emprego” (CADE, 2007, p. 49). Após quatro anos da aprovação da operação, os dados indicaram um ganho líquido de emprego da empresa diante dos ajustes decorrentes da criação da Ambev (Idem, ibidem).

ilegais *per se*¹⁵ (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3). Também são objeto de preocupação, pela restrição causada na mobilidade dos empregados, as cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho, sobretudo de empregados que não têm acesso a segredo de negócios (II.3). Por sua vez, as trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho são analisadas sob a regra da razão (II.4).

2.1 Cartéis de fixação salarial (“Wage Fixing Cartels”)

Os cartéis e fixação salarial, ou “Wage Fixing Cartels”, podem ser entendidos como acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados.¹⁶ A fixação de faixa salarial com o concorrente, ainda que não se chegue ao valor salarial exato, pode ser considerada um ilícito antitruste (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3). Nesse contexto, vale trazer alguns casos, especialmente a partir da década de 90, que reforçam a compreensão das autoridades americanas sobre o tema.

No caso *U.S. v. Debes Corp*, de 1992, o FTC processou administradores de lares de idosos de Rockford, Illinois, que se uniram para impedir que uma empresa de intermediação de trabalho temporário aumentasse o preço dos serviços de seus enfermeiros terceirizados. A união entre esses lares de idosos eliminou a concorrência na compra de serviço de enfermeiros, causando um controle no preço dessa mão de obra especializada. A conduta foi iniciada em 1988, quando uma das empresas de terceirização de enfermeiros, Alpha Christian, anunciou um incremento substancial no preço cobrado pela mão de obra temporária de enfermeiros. As administradoras de lares de idosos reuniram-se e definiram um boicote aos serviços da Alpha Christian, marcado pelo envio de uma carta à empresa. As administradoras ameaçaram as demais empresas de terceirização a não mais adquirir seus serviços caso houvesse reajuste de preços, inclusive com a cópia da carta enviada à Alpha Christian. Ao final do processo, foi celebrado acordo judicial com o FTC, sem admissão de responsabilidade, e os lares de idosos se comprometeram a não praticar mais

15. Ou seja, numa análise *per se* não há necessidade de análise aprofundada pela regra da razão sobre seus efeitos anticompetitivos, pois eles são presumidos. O Guia aponta como exceções à regra *per se* os casos de contratos de colaboração e de joint ventures, desde que o acordo seja necessário para que exista a colaboração interempresarial. Nesses casos, a regra da razão deve ser aplicada. (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3)
16. Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, “an individual likely is breaking the antitrust laws if he or she agrees with individual(s) at another company about employee salary or other terms of compensation, either at a specific level or within a range”. US/DOJ; FTC, 2016, p. 3.

esse tipo de conduta. As partes ficaram proibidas de celebrar qualquer acordo com qualquer serviço de trabalho temporário de enfermeiros por dez anos, e de trocar qualquer informação sobre o uso de serviços de trabalho temporário de enfermeiros com as empresas envolvidas na conduta (FTC, 1992, p. 701-709).

Já o caso *U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources*, de 1994, envolvia a associação comercial de hospitais do estado de Utah, e a associação profissional de diretores de RH dos hospitais desse estado, além dos hospitais membros dessas associações, diante de acordo para estabilização da remuneração paga aos enfermeiros. A conduta, ocorrida entre 1984 e 1992, consistia na troca de informações sigilosas sobre orçamento geral dos hospitais, do orçamento dedicado ao pagamento de enfermeiros, e do salário inicial dos enfermeiros recém-formados¹⁷ (Lindsay, Stilson e Bernhard, 2016, p. 5). Segundo o DOJ,¹⁸ no período da prática, o estado de Utah enfrentava uma diminuição severa do número de enfermeiros, que não foi acompanhada pela valorização do salário dos profissionais da área. O desfecho do caso se deu em outubro de 1994, por meio de acordo no qual os requeridos concordaram em não acordar fixação de remuneração de enfermeiros, atual ou futura, e não trocar com concorrentes informações referentes a essas remunerações (DOJ, 1994).

Em 1995, no caso *U.S. v. Council of Fashion Designers of America*, a FTC coibiu um acordo de preços que visava a diminuição dos valores dos cachês

17. O salário inicial dos enfermeiros recém-formados baseava todos os salários da carreira de enfermeiro nesses hospitais, que era aumentado proporcionalmente à experiência dos profissionais. O DOJ processou a associação comercial de hospitais do Utah, e a associação profissional de diretores de RH dos hospitais deste estado, além dos hospitais membros destas associações, por acordo para estabilização da remuneração paga aos enfermeiros. A conduta, ocorrida entre 1984 e 1992, consistia na troca de informações sigilosas sobre orçamento geral dos hospitais, do orçamento dedicado para pagamento de enfermeiros, e do salário inicial dos enfermeiros recém-formados. As informações eram trocadas por ligações telefônicas, encontros regulares da associação de diretores de RH, e pelas publicações de pesquisas de salários publicadas pelas associações de hospitais.
18. “The combination and conspiracy had the following effects, among others: unreasonably restrained wage competition for the purchase of registered-nursing services; deprived registered nurses of the benefits of free and open competition in the purchase of registered-nursing services; stabilized registered-nurse entry wages; resulted in smaller annual increases in the registered-nurse entry wage, as well as the hourly wage paid to registered nurses at all levels of experience, than would have been paid absent the combination and conspiracy; and promoted interdependent wage setting strategies among the hospital defendants” (DEPARTMENT OF JUSTICE, 1994).

pagos aos modelos em desfiles de moda. Na ocasião, alguns estilistas haviam se unido para produzir dois desfiles ao ano, compartilhando custos e realizando a compra coletiva de serviços. Assim, a FTC questionou a licitude do acordo realizado entre os estilistas para fixar a remuneração dos modelos. Tal questionamento foi motivado por não ter qualquer relação com a organização dos desfiles e, também, porque a contratação de modelos era feita individualmente por estilista, e não por todos em conjunto (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 4). O caso foi encerrado por meio de acordo firmado em junho de 1995, em que o *Council of Fashion Designers of America* se comprometeu a impedir seus membros de fixar os cachês dos modelos e de conscientizar os estilistas de que a fixação de preços é ilegal (FTC, 1995, p. 817-828).

Os casos mencionados nos ensinam que, nos EUA, os cartéis de fixação salarial, ou “*wage-fixing cartels*” foram fruto de trocas de informações, acordos ou até mesmo negociação conjunta de associações de empregadores, visando a uniformização da remuneração paga aos empregados. Vê-se que as condutas prejudicaram especialmente os trabalhadores temporários, que, em tese, teriam maior mobilidade entre empregadores. Em sua maioria, as condutas prejudicaram também as agências de trabalho temporário que faziam a intermediação entre os profissionais e os empregadores eventuais.

2.2 Acordos de não contratação de trabalhadores (“No Poach Agreements”)

“*No Poach Agreements*” podem ser entendidos como acordos para não contratação de empregados de outra empresa concorrente no mesmo mercado relevante na dimensão trabalho, mesmo que estas não sejam concorrentes na dimensão produto¹⁹ (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3).

Em 1957, o caso *Union Circulation Company v. FTC* tratou da contratação de vendedores de assinaturas de revistas porta a porta, cujo trabalho era intermediado por agências de terceirização. As agências não poderiam contratar os vendedores de revista de seus concorrentes, nem mesmo aqueles que já tivessem trabalhado para concorrentes no último ano (“*no-switching*”). Na oportunidade, decidiu-se que, como a organização representava uma parte substancial do mercado de venda de revistas, o acordo representaria um “con-

19. Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, “é provável que um indivíduo viole as leis antitruste se ele ou ela concordar com indivíduo(s) de outra empresa em negar o assédio ou a contratação de funcionários da outra empresa. Tradução livre do original: “an individual likely is breaking the antitrust laws if he or she agrees with individual(s) at another company to refuse to solicit or hire that other company’s employees”. (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3)

gelamento da oferta de trabalho”, com o efeito de desencorajar a mobilidade dos empregados e aumentar o poder de mercado da indústria de venda de revistas, sem qualquer justificativa pró-competitiva (Torpey e Fahey, 2015, p. 2).

Os casos interdisciplinares entre direito do trabalho e direito antitruste se tornaram mais emblemáticos recentemente, ao envolverem seis empresas de alta tecnologia (Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar). Os casos, genericamente intitulados “*high-tech employees*”, tratam da investigação iniciada pelo DOJ com relação a cinco acordos bilaterais²⁰ que supostamente impediam as empresas de tecnologia envolvidas de contratar funcionários extremamente qualificados no setor de tecnologia umas das outras (*United States v. Adobe Systems, Inc., et al.*). (U.S. District Court for the District of Columbia, 2011) Segundo a investigação iniciada em 2010, não havia qualquer justificativa razoável de colaboração entre as empresas sem o conhecimento de seus empregados (Neidermeyer, 2018, p. 3). Nestes casos, não houve alegação de que os produtos ou serviços oferecidos pelas empresas competiam entre si, mas sim que os acordos resultaram em diminuição das oportunidades de carreiras dos profissionais de alta tecnologia e, por conseguinte, impactavam em seus salários de modo não razoável (Lindsay, Stilson e Bernhard, 2016, p. 6).

Em 2012, a eBay também foi processada por acordos de “*no-poach*” ou “*no cold-calling*” celebrados com a Intuit²¹ (*U.S. v. eBay, Inc.*). No acordo informal realizado entre executivos sêniores, entre 2006 e 2011, as empresas acordavam não recrutar empregados uns dos outros, mesmo se procurados pelos funcionários da concorrente. Esses acordos não eram públicos, nem mesmo para os empregados das duas empresas (U.S. District Court for the Northern District of California, 2014). Após as ações propostas pelo DOJ, várias ações privadas de reparação de danos contra as empresas de tecnologia (Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Lucasfilm) se seguiram, tendo-se concluído que os acordos secretos combatidos pelos casos prejudicaram a competição entre empregados qualificados dessas empresas, diminuindo sua mobilidade. Intuit, Lucasfilm e Pixar celebraram acordos no valor de 20 milhões de dólares, e as demais empresas fizeram acordo no montante de 415 milhões de dólares para a reparação de danos causados pela conduta praticada (Lindsay, Stilson e Bernhard, 2016, p. 6-7).

No ano de 2010, o DOJ abriu nova investigação contra as empresas Lucasfilm e Pixar (*United States v. Lucasfilm Ltd.*). As empresas acordaram en-

20. As partes em acordos bilaterais eram Apple e Google, Apple e Adobe, Apple e Pixar, Google e Intel e Google e Intuit.

21. A Intuit não foi processada no caso em questão por já ter assinado acordo para cessar a prática de *no-poach* em 2011 no caso *United States v. Adobe Systems*.

tre si, sem informar aos seus empregados, que (i) evitariam oferecer empregos a funcionários uma da outra; (ii) informariam eventual oferta de trabalho a um empregado da concorrente; e (iii) não tentariam cobrir uma possível contraproposta. Tais acordos foram entendidos como restrições horizontais entre competidores diretos no mercado de trabalho, que deveriam ser considerados ilegais *per se* (U.S. District Court for the District of Columbia, 2010). O caso foi encerrado em 2011, com um acordo entre o DOJ e Lucasfilm, impedindo-a de celebrar acordos anticompetitivos com consequências no mercado de trabalho (U.S. District Court for the District of Columbia, 2010).

Em 2017, o DOJ investigou as empresas *Knorr-Bremse* (“Knorr”) e *Westinghouse Air Brake Technologies* (“Wabtec”) pelos acordos de não contratar profissionais do mercado de suprimentos ferroviários. As empresas firmaram acordo com o DOJ, em que não assumiram a ilicitude das condutas, mas concordaram em cessar a prática. Em contrapartida, o DOJ deixou de processar as empresas tanto civil como criminalmente (Global Competition Review, 2018), o que não impediu o ajuizamento de ação coletiva proposta por empregados das duas empresas. Segundo os termos dessa ação privada de reparação de danos, tais acordos de “*No Poach*” teriam causado a diminuição da remuneração dos empregados, limitado a mobilidade dos empregados e impedido a inovação (Globenewswire, 2018).²²

Vale destacar que os acordos de *no-poach* também podem estar inseridos no contexto de um contrato de franquia, muito comuns no setor alimentício²³ ou entre as franquias das academias de ginástica.²⁴ Considera-se em alguns

22. Este foi o primeiro acordo com o DOJ relativo a *no-poach* após a edição do Guia de RH. A opção do DOJ foi de não processar criminalmente as empresas porque os acordos iniciaram e tiveram fim antes da edição do Guia. Acordos que tenham iniciado ou continuado a valer desde outubro de 2016 têm maior chance de serem perseguidos criminalmente (ARTEAGA; STELLA, 2018).
23. Restaurantes fast-food como Carl’s Jr, Burguer King, Pizza Hut, Domino’s e Mc Donald’s têm – ou tinham – cláusulas de *no-poach* em seus contratos com os franqueados. Também entre as franquias das academias de ginástica Curves e Anytime Fitness vigora esse tipo de cláusula contratual. Como exemplo, temos uma ação coletiva proposta por empregados da franquia de hamburguerias Carl’s Jr em 2017. Estes empregados questionavam uma cláusula contratual imposta pelo franqueador a seus franqueados impedindo que estes contratem supervisores de outros restaurantes (HELTZER; DUBROW et al., 2017).
24. Curves e Anytime Fitness vigora esse tipo de cláusula contratual. Segundo estudo recente realizado por Krueger e Ashenfelter (2018, p. 1-4), 58% das maiores empresas franqueadoras dos EUA possuem cláusulas de *no-poach*, que impedem que um franqueado possa contratar funcionários de outra loja da mesma rede.

casos a existência de razoabilidade como ocorreu no caso *Eichorn v. AT&T*, de 2001, em que foi realizado um acordo para não contratar empregados no contexto de um desinvestimento.²⁵ O tribunal julgou a cláusula válida, por ser acessória à venda dos negócios e pela razoabilidade do escopo e da duração (profissionais mais qualificados e estratégicos para as empresas, em um período de tempo determinado). (U.S. Court of Appeals for the Third Circuit, 2001). Portanto, é importante que os acordos de não contratar, no contexto de atos de concentração, sejam limitados em duração (da *due diligence* até um período razoável após a consumação do negócio) e no seu escopo, i.e. os profissionais visados (Lindsay, Stilson e Bernhard, 2016, p. 12).

Regra geral, os *no-poach agreements* vêm sendo considerados ilegais *per se* nos EUA. Esses acordos podem ser implementados de diversas maneiras, tais como: i) não oferta do emprego; ii) monitoramento e repasse de informações sobre ofertas de emprego; iii) não apresentação de contraproposta a ofertas de emprego; e iv) negativa de seleção e recrutamento de um empregado de um concorrente. O DOJ reforçou a interpretação de que não é necessário que as empresas sejam concorrentes entre si no mercado relevante dimensão produto para que pratiquem condutas nocivas à concorrência no mercado de trabalho. Em que pese isso, é possível que tais acordos sejam considerados razoáveis no contexto do controle de concentrações, a depender do seu prazo e do seu escopo de abrangência.

2.3 Cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho

Nos EUA, cláusulas de não concorrência²⁶ têm gerado discussões há mais de 600 anos.²⁷ Quando presentes nos contratos de trabalho, historicamente

25. A vendedora acordou com suas antigas subsidiárias que não contratariam profissionais (com salários superiores a 50 mil dólares anuais) umas das outras num período de oito meses após o desinvestimento.

26. As cláusulas de não concorrência foram introduzidas no Brasil por influência do direito anglo-saxão e têm como objetivo garantir a proteção dos segredos de negócios. A confidencialidade dos contratos de trabalho (sobretudo de grandes executivos, que geralmente são os detentores das informações) e o sigilo dos processos judiciais trabalhistas que envolvem assuntos estratégicos das empresas dificultam a pesquisa empírica. Essa dificuldade não existe somente no Brasil. Para um bom recorte empírico realizado nos EUA, em casos de CEOs, ver BISHARA, Norman D; MARTIN, Kenneth J; THOMAS, Randall S. An Empirical Analysis of Noncompetition Clauses and Other Restrictive Postemployment Covenants. *Vanderbilt Law Review*, v. 68, n. 1, p. 1-51, 2015.

27. Em 1414, um tribunal inglês ouviu o caso de John Dyer, um aprendiz cujo dono o impedira de exercer sua profissão por seis meses. “O contrato é contrário à lei

eram permitidas, desde que razoáveis em seu escopo e duração. Em agosto de 2016, a Casa Branca emitiu relatório em que apontou cinco principais problemas identificados nas cláusulas de não concorrência²⁸ recomendando aos empregadores²⁹ que: (i) fossem banidas as cláusulas de não concorrência para certas categorias de empregados; (ii) melhorassem a transparência; (iii) fornecessem contrapartida para além da manutenção de emprego para trabalhadores que assinem acordos de não concorrência. Em adição, foi incentivado aos empregadores a elaboração de contratos executáveis, desencorajando o uso de cláusulas inexecutáveis com o objetivo de coação do empregado supostamente desinformado da ilegalidade (ERNST, 2018, p. 1).

2.4 Trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho

As trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de emprego são objeto de análise pela regra da razão, diferentemente dos acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados (“*Wage Fixing Cartels*”) e dos acordos para não contratação de empregados (“*No Poach Agreements*”), que, conforme supra-apresentado, geralmente são considerados ilegais *per se*. Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, as empresas não devem trocar informações sobre sua política de recrutamento de empregados e/ou salários e outros benefícios praticados (planos de saúde, estacionamento, auxílio-alimentação ou refeição, auxílio-moradia, auxílio-transporte, entre outros). As trocas de informações são consideradas lícitas se preencherem algumas condições, ou seja, quando: (i) forem realizadas por uma terceira parte neutra; (ii) envolverem dados antigos; (iii) houver uma junção das informações para proteção da identidade das fontes; (iv) existir fontes

comum”, decidiu o juiz, para quem os indivíduos devem ser livres. Cf. *Dyer’s case* (1414) 2 Hen. V, fol. 5, pl. 26. Mais sobre o tema, veja-se: LETWIN, 1965, p. 39-42.

28. Segundo os termos do documento, tais seriam os principais problemas: (i) imposição da cláusula ao empregado em contratos de adesão; (ii) menor poder de barganha dos empregados após aceitar um novo emprego; (iii) falta de compreensão dos empregados de como são executáveis os acordos de não concorrência e as suas implicações; (iv) ausência de contrapartida adicional aos empregados, isto é, ao admitir a cláusula não há nada a não ser a promessa de continuar com seus empregos; (v) imposição de contratos bem mais amplos fixados pelos empregadores, com a confiança de que os tribunais irão “corrigí-los” em um possível processo judicial. (WHITE HOUSE, 2016). Ou seja, os aspectos supralistados denotam evidente assimetria de informação entre empregados e empregadores em suas relações contratuais.
29. Office of the Press Secretary, the White House, State Call to Action on Non-Compete Agreements (October 25, 2016).

suficientes agregadas para prevenir que competidores possam identificar qual seria a fonte em particular de cada uma das informações; (v) relacionadas a uma *due diligence* prévia a um ato de concentração, com precauções prévias a serem tomadas para evitar compartilhamento de informações.³⁰ Por sua vez, as trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de emprego são consideradas potencialmente ilícitas se forem periódicas, e especialmente se tiverem o efeito de diminuir o valor dos salários (U.S. DOJ; FTC, 2016).

Quanto ao item (v), tem-se que o impedimento de compartilhar informações não afeta o direito das empresas de reunir informações sobre empresas-alvo em operações de fusões, aquisições ou incorporações, desde que sejam tomadas as devidas precauções³¹ para o compartilhamento de informações, evitando o *gun jumping*.³² Tal compartilhamento é inclusive esperado, uma vez que o comprador precisa ter acesso aos custos com funcionários da empresa-

30. O Guia também faz referência à Seção 6 do Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care, lançado por DOJ e FTC em 1996, que trata das trocas de informações de preço e custo no setor de saúde. Como trocas de informação de mercado saudáveis no âmbito antitruste, o documento aponta pesquisas escritas sobre remuneração ou benefícios de profissionais de saúde podem ser trocadas se (i) a informação for tratada por um terceiro (comprador, agência do governo, consultor do setor, instituição acadêmica ou associação de comércio); (ii) a informação fornecida pelos participantes da pesquisa seja baseada em dados anteriores a três meses; (iii) haja no mínimo cinco participantes reportando os dados sobre os quais cada estatística divulgada é baseada, nenhum dado individual provido represente mais de 25% em uma base ponderada dessa estatística, e qualquer informação disseminada seja suficientemente agregada de tal forma que não permitiria que os destinatários identificassem os dados preços cobrados ou compensação paga por qualquer provedor em particular (tradução livre). (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, 1996).
31. Em linhas gerais, isso significa a assinatura de acordos de confidencialidade e a limitação das pessoas que têm acesso às informações sensíveis sobre remuneração e benefícios de empregados (“clean team”), e a avaliação das informações do “mercado de trabalho a jusante” ou “mercado relevante dimensão trabalho” por advogados antitruste antes de seu compartilhamento (DEVLIN; JACKSON, 2018, p. 5).
32. “Por Gun Jumping entende-se a teoria que se presta a analisar a suposta conduta anticompetitiva praticada em sede de controle de estruturas, decorrente, sobretudo, da troca indevida de informações e/ou da integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica” (ATHAYDE, 2012, p. 58-59). No Brasil, o Cade publicou um guia que sugere procedimentos para diminuição do risco de consumação prévia de atos de concentração econômica (CADE, 2015).

-alvo.³³ A troca de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho pode representar uma conduta anticompetitiva no contexto em que é usada por empregadores para diminuir e uniformizar salários de determinada categoria de empregados. Existem exceções a essa proibição, quais sejam (i) um contexto de ato de concentração ou (ii) tratamento específico prévio para retirar da informação o potencial de causar colusão.

3. Perspectivas para o Brasil diante das interfaces diretas entre o direito antitruste e o direito trabalhista

Ainda que questões mais complexas não tenham sido enfrentadas no Brasil, como nos EUA, há alguns processos administrativos nos quais o Cade enfrentou o tema de modo coadjuvante. No Processo Administrativo 08012.003021/2005-72, o Cade investigou um suposto cartel em licitações públicas e privadas para contratação de serviços de tecnologia da informação. Um dos acertos entre os concorrentes, membros de um sindicato patronal, era a “política de ‘respeitar’ o funcionário da empresa concorrente, por meio da não realização de ofertas para trabalho, conduta essa que poderia impor condições artificiais para o mercado de trabalho para as empresas prestadoras de serviços de tecnologia da informação”. Segundo a Nota Técnica da Superintendência-Geral, essa conduta “imporia condições artificiais para o mercado de trabalho para as empresas prestadoras de serviços de tecnologia da informação,” sendo que, essas condições artificiais “[...] teriam por objeto ou efeito, por exemplo, manter os salários de seus empregados mais baixos do que seria verificado em um ambiente de competição efetiva”³⁴ (CADE, 2014). Trata-se de conduta assemelhada à prática de *No Poach Agreements*. Também houve alegação de existência de acordo de não contratar empregados de concorrentes no Processo Administrativo 08012.002812/2010-42, que investigou cartel no mercado de distribuição de recarga eletrônica de celulares pré-pagos. Um dos alegados sistemas de operacionalização do cartel foi a redução do mercado de trabalho dos funcionários das empresas participantes. A prática não foi comprovada,

33. Como exemplo de combate ao compartilhamento de informações sensíveis nos EUA, tem-se o caso *U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources*, de 1994 que já exploramos acima (no item II.1), em que além de combinação de salários (*wage-fixing*), eram trocadas informações sobre orçamento para pessoal e planejamento de futuras remunerações dos enfermeiros.

34. O Processo Administrativo 08012.003021/2005-72 teve sua tramitação prejudicada pela impetração de Mandado de Segurança contra o Cade cuja sentença declarou a extinção da pretensão punitiva da Administração Pública. Por esse motivo, houve julgamento do Tribunal do Cade sobre o caso.

mesmo com Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação,³⁵ e nos votos apresentados no caso não houve menção à conduta ao acordo de não contratar funcionários de concorrentes (CADE, 2010).

Sobre trocas de informações concorrencialmente sensíveis há o PA 08700.006386/2016-53, envolvendo o mercado independente de peças automotivas de reposição. A conduta envolve o compartilhamento de informações relevantes na configuração de estratégia empresarial, tais como a estrutura comercial; número de representantes e seus salários/benefícios. O processo segue em análise pela Superintendência-Geral (CADE, 2016).

Por fim, vale mencionar um Inquérito Administrativo em curso no Cade que abordou variáveis de RH que surgiram da denúncia feita pelo Nubank contra os cinco principais bancos do país: Itaú, Bradesco, Santander, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil. Nesse caso o Nubank alega que o Itaú teria praticado assédio aos seus funcionários estratégicos da área de tecnologia. A Nota Técnica da SG considerou que o “[...] episódio narrado [...] está inserido em um quadro natural de prospecção de profissionais no mercado de trabalho”, e optou por não continuar investigação relacionada à prática. O caso continua em andamento no Cade, mas sem investigações relacionadas ao capital humano de profissionais de tecnologia das instituições financeiras (CADE, 2014).

O Cade, num possível caso de acordo entre concorrentes para restrição do mercado de trabalho, poderia enquadrar referida conduta em seu art. 36, incisos I ou III.³⁶ O inciso III, aumento arbitrário de lucros, poderia ser justificado pela diferença existente entre o valor justo que deveria ser pago de salário ao empregado de um mercado afetado pela conduta e o valor efetivamente pago, fruto desse arranjo entre concorrentes. Já o enquadramento no inciso I deveria considerar que o mercado em que a livre concorrência é afetada é no mercado de trabalho dos profissionais de determinada função. Também é pos-

35. “Quanto ao suposto acordo de que os participantes do cartel não contratariam ex-funcionários uns dos outros, os indícios não puderam ser comprovados quando da instrução probatória, tendo as testemunhas, ainda, indicado que não havia qualquer restrição para a contratação de empregados que já trabalharam para uma das empresas”. Parecer 49/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. Processo Administrativo 08012.002812/2010-42.

36. “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante” (g.n.).

sível que seja vista essa prática como uma conduta comercial concertada nos termos do inciso II do § 3º do art. 36 da Lei 12.529.³⁷

Na perspectiva do controle de concentrações econômicas envolvendo o direito trabalhista no Brasil, as análises com base na teoria clássica e guias de análise tendem a definir os mercados relevantes na dimensão produto e geográfico,³⁸ mas não costumam verificar a criação de monopólios ou oligopólios no mercado relevante na dimensão trabalho e seus possíveis efeitos

-
37. Esse tipo de conduta ocorre em entidades de classe ou sindicatos, como se viu no PA 08000.011520/1994-40 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. Associação Médica Brasileira (AMB) em Alagoas. “[...] As provas que foram consideradas pelo Cade como suficientes à caracterização da conduta foram: (i) Ofício subscrito pelas Representadas, dirigido aos Diretores das Cooperativas de Trabalho, empresas de Seguro Saúde e Medicinas de Grupo, no qual informam as decisões das deliberações da AGE de 7 de junho de 1994; (ii) Comunicado da Sociedade Alagoana de Radiologia emitido em 23.05.1994 no qual informa deliberação de AGE que determinou a “paralisação de todos os serviços de imagem e radioterapia em Maceió, para os convênios que não acatarem a Tabela da AMB”; e (iii) Ofício assinado pelos presidentes das Representadas, informando que os procedimentos deveriam seguir tabela referencial única e que esta deveria ser confirmada, sob pena de suspensão do atendimento dos conveniados com relação a todos os serviços médicos, inclusive hospitalares. [...] O Plenário do CADE, decidiu por unanimidade [...] pela caracterização da conduta das Representadas como infrativa à ordem econômica, [...] determinou a abstenção, a partir da publicação da decisão, de elaborar e divulgar quaisquer tabelas de preços, ou qualquer outra informação sobre preços dos serviços médicos e hospitalares, entre seus associados, como também de influenciá-los de qualquer outra forma que possa resultar na uniformização de conduta entre os ofertantes destes serviços (DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 512-513). No mesmo sentido: PA 08000.010318/1994-73 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. Associação Médica Brasileira (AMB) em Brasília, DF. PA 08000.011518/1994-06 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. AMB em Sergipe. PA 08012.002153/2000-72 – Associação dos Médicos de Santos (AMS) v. UNIDAS – União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (antiga CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde) *et al.* Cf.: DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 523-526.
38. “Na definição do mercado relevante antitruste, limita-se o conjunto de empresas que geram forças competitivas frente a aumentos de preços pelas empresas em foco, ou seja, aquelas que participaram de um ato de concentração ou processo administrativo. Este mercado relevante apresenta dimensões de produto e espaço.” (DEPARTAMENTO de Estudos Econômicos do Cade – DEE, 2010, p. 3).

adversos.³⁹ Uma variável que não é explorada na análise dos atos de concentração no Brasil é o que chamaremos aqui de “mercado relevante na dimensão trabalho”, i.e., o mercado de empresas que competem por empregados com o mesmo tipo de especialização.⁴⁰ Por fim, vale recordar que o Cade considera em seu Guia de *Gun Jumping* a remuneração de funcionários como uma hipótese de troca de informações ilícita entre concorrentes no âmbito de atos de concentração (CADE, 2015, p. 7).

4. Considerações finais

Nos EUA, o desenvolvimento do tema pela doutrina e jurisprudência demonstra que os fatores trabalhistas tendem a ganhar cada vez mais importância na análise concorrencial. No Brasil, entretanto, a quantidade esparsa de decisões pode demonstrar tanto uma política da autoridade de concorrência de não perseguir esse tipo de conduta, quanto, também, a ausência de percepção do teor antitruste do tema. Existe também a hipótese de que os recursos escassos do Cade levem à escolha de um enfoque em condutas que a autarquia considera mais relevantes do ponto de vista do dilema do “cobertor-curto”.

De todo modo, dado o enfoque crescente em acordos de *no-poach*, os empregadores devem considerar a adoção ou a implementação de melhores práticas. Estas também podem vir a ser sistematizadas em um guia a ser elaborado pelo Cade⁴¹ no futuro.

39. Da mesma maneira, são muito mais comuns as condutas anticompetitivas e os atos de concentração analisados tenham como foco principal o bem-estar social ligado aos efeitos ao consumidor, sobretudo verificando a variação dos preços dos produtos, do que a salários de empregados ou a sua possibilidade de mudança de empregador.

40. As autoridades dos EUA já perceberam a existência desses “upstream labor markets” (mercados de trabalho a montante), que se opõem à tradicional análise dos “downstream good markets” (mercados relevantes de produtos a jusante) (DEVLIN; JACKSON, 2018, p. 5).

41. Dentre as melhores práticas: I) os empregadores devem informar e treinar todos os funcionários com responsabilidades no RH para compreender os fundamentos da lei antitruste; II) Os funcionários não devem entrar em acordos escritos ou verbais sobre remuneração (ou outros termos relacionado ao emprego), ou sobre recrutamento de funcionários, com profissionais de empresas concorrentes; III) ao compartilhar informações confidenciais de funcionários, quando há uma transação que resulte em Ato de Concentração, as empresas devem considerar o uso de um terceiro (agente neutro) para gerenciar a troca de dados, anonimizar os dados (apresentando-os por posição ou de forma agregada) e limitar o acesso a tais dados ou informações; IV) as empresas devem garantir que as disposições

Seja qual for a decisão de enfrentamento de condutas relacionadas ao direito do trabalho pelo Cade, é fato que em mercados em que o trabalho pode ser visto como um insumo preponderante – pela necessidade de extrema qualificação de profissionais e investimento na capacidade intelectual dos empregados – troca de informações de variáveis relacionadas a Recursos Humanos entre empresas, mesmo que não concorrentes –, deve ser analisada com cautela tanto em atos de concentração quanto em processos administrativos. Nesse contexto, também as cláusulas de não concorrência devem ser analisadas levando em conta seu potencial restritivo de mobilidade no mercado relevante na dimensão trabalho.

Referências bibliográficas

- ABRAMS, R. Why Aren't Paychecks Growing? A Burger-Joint Clause Offers a Clue, *N.Y. Times*. *N.Y. Times*, 27 setembro 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/09/27/business/pay-growth-fast-food-hiring.html>. Acesso em: 26 jul. 2018.
- ANTOINE, T. J. S. Connell: Antitrust Law at the Expense of Labor Law. *Virginia Law Review*, n. 62, p. 603-631, 1976.
- ARTEAGA, J.; STELLA, R. DOJ Brings First 'No-Poach' Prosecution Since Issuing Antitrust Guidance for HR Professionals. *Site do New York Law Journal*, 2018. Acesso em: 17 abr. 2018.
- ATHAYDE, A. Gun Jumping, Controle prévio de estruturas e o Cade. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 22, p. 57-79, 2012.
- ATHIAS, D. T. Qual o limite da atuação do Cade em questões trabalhistas? *Site JOTA*, 11 janeiro 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/qual-o-limite-da-atuacao-do-cade-em-questoes-trabalhistas-11012016>. Acesso em: 17 set. 2018.
- CADE. Guia Prático do Cade – A defesa da concorrência no Brasil. *Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade*, 2007. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/guia_cade_3d_100108.pdf. Acesso em: 19 set. 2018.
- Cade. Processo Administrativo 08012.002812/2010-42. *Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade*, 2010. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIIdOEcWJw

de não concorrência nos documentos da transação sejam adaptadas ao negócio e razoáveis em duração e escopo.

P u c p b C J D e c P g M L l C e 7 3 j B 5 0 8 a h T 9 w U z a X U n j A Z U J 4 X
W 1 x t u 1 H 5 k G U y G v y p R M a j b u M D 5 R P k E Z c i 4 R e w 5 0 i O a z
XMMhKIVjARby3J2sEOJFm. Acesso em: 17 set. 2018.

CADE. Nota Técnica 12/2018/CGAA2/SGA1/SG/Cade – Inquérito Administrativo 08700.03187/2017-74. *Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade*, 2014. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM0Ur3G5YApuDmwdqA-gN0OY7RHVE2BI-MZFRoy-gMkMaWhujSckPRxIhW5lS8R6NMH3IKdduvXuSIMmBFewCii. Acesso em: 12 jul. 2018.

CADE. Nota Técnica 54/2015/CGAA8/SGA2/SG/Cade – Processo Administrativo 08012.003021/2005-72. *Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade*, 2 dezembro 2014. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_YHqWHQYNjh0iiZJ689xJjjMLueYh1lkjKxavPBT84d4aWROFUW8w6wclrIZF-qh-aTZcu9QhJkoERIt1Ihm0D. Acesso em: 17 set. 2018.

CADE. Guia para Análise da Consumação Prévia dos Atos de Concentração Econômica. *Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade*, maio 2015. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf. Acesso em: 16 set. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1.615/2011. *Site da Câmara dos Deputados*, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509413>. Acesso em: 16 set. 2018.

D.O.J. U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, *et al.* (Final Judgement Nunc Pro Tunc). *Site do U.S. Department of Justice*, 27 outubro 1994. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/final-judgment-nunc-pro-tunc>. Acesso em: 17 set. 2018.

DEPARTAMENTO de Estudos Econômicos do Cade – DEE. Documento de Trabalho 001/10 – Delimitação de Mercado Relevante. *Site do Cade*, novembro 2010. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.

DEPARTMENT OF JUSTICE. U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, *et al.* (Complaint). *Site do U.S. Department of Justice*, 14 março 1994. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-236>. Acesso em: 17 set. 2018.

- DEVLIN, A.; JACKSON, K. R. *Employee compensation and due diligence: is there new cause for concern?* ABA Antitrust Spring Meeting. Washington, D.C.: [s.n.]. 2018.
- DOJ. U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, *et al.* (Final Judgement Nunc Pro Tunc). *Site do U.S. Department of Justice*, 27 outubro 1994. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/final-judgment-nunc-pro-tunc>. Acesso em: 17 set. 2018.
- DOJ. United States and the State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation. *Site do Department of Justice*, 12 setembro 2007. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-and-state-arizona-v-arizona-hospital-and-healthcare-association-and-azhha-service-corp>. Acesso em: 17 set. 2018.
- DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M. *Direito Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ERNST, D. *Employee Non-Competes – State Law Developments*. ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting. Washington, D.C.: [s.n.], 2018.
- FOLHA DE S. PAULO. Demitido da AmBev terá requalificação – Empresa fará acordo com o Cade. *Site da Folha de S. Paulo*, 07 abril 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0704200012.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.
- FORDHAM LAW REVIEW. The Antitrust Laws and Labor. *Fordham Law Review*, 30, n. 4, 1962. 759-775. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1731&context=flr>.
- FTC. U.S. v. Debes Corporation at al. (Consent Order). *Site da Federal Trade Commission*, 4 agosto 1992. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission_decision_volumes/volume-115/ftc_volume_decision_115_january_-_december_1992pages_670-773.pdf. Acesso em: 17 setembro 2018.
- FTC. U.S. v. The Council of Fashion Designers of America et. al. (Consent Order). *Site da Federal Trade Commission*, 17 outubro 1995. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission_decision_volumes/volume-120/ftc_volume_decision_120_july_-_december_1995pages_814_-_892.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.
- GLOBAL COMPETITION REVIEW, 2018. Disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/article/1167447/us-doj-settles-anti-poaching-claim-against-wabtec-and-knorr>. Acesso em: 17 abr. 2018.
- GLOBENEWSWIRE, 2018. Disponível em: <https://globenewswire.com/news-release/2018/04/16/1472241/0/en/Knorr-and-WABTEC-Employees-File->

Antitrust-Lawsuit-to-Recover-Damages-Stemming-From-Employers-No-Poach-Conspiracy.html. Acesso em: 17 abr. 2018.

HELTZER, G. E *et al.* THE LATEST: Employee “No-Poaching” Agreements Remain in the Antitrust Crosshairs. *Antitrust Alert*, 16 fevereiro 2017. Disponível em: <https://www.antitrustalert.com/2017/02/articles/uncategorized/the-latest-employee-no-poaching-agreements-remain-in-the-antitrust-crosshairs/>. Acesso em: 28 dez. 2017.

HELTZER, G. E.; DUBROW, B. J.; STRIMEL, M. *Antitrust Alert*, 2018. Disponível em: <https://www.antitrustalert.com/2017/02/articles/uncategorized/the-latest-employee-no-poaching-agreements-remain-in-the-antitrust-crosshairs/>. Acesso em: 1º ago. 2018.

HOLLAND, C. *Department of Justice / Federal Trade Commission Antitrust Guidance for Human Resource Professionals: Overview + Key Takeaways*. ABA Antitrust Law Spring Meeting. Washington, D.C., EUA: [s.n.]. 2018.

KRUEGER, A. B.; ASHENFELTER, O. Theory and Evidence on Employer Collusion in the Franchise Sector. *National Bureau of Economic Research*, julho 2018. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w24831.pdf>. Acesso em: 16 set. 2018.

LETWIN, W. *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act*. Chicago: University of Chicago, 1965. 39-42 p.

LINDSAY, M.; STILSON, J.; BERNHARD, R. Employers Beware: The DOJ and FTC Confirm that Naked Wage-Fixing and “No-Poaching” Agreements Are Per Se Antitrust Violations. *The Antitrust Source*, dez. 2016.

LUCENA FILHO, H. L. D. *Competitividade empresarial, custos trabalhistas e mercados: possibilidades e limites de reconhecimento da função concorrencial do direito do trabalho*. João Pessoa: Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Paraíba, 2016.

MARTINEZ, A. P. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. *Site do Levy & Salomão Advogados*, 2012. Disponível em: http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20120614164409_historico-e-desafios-do-controle-de-concentracoes-economicas.pdf. Acesso em: 18 set. 2018.

NAIDU, S.; POSNER, E. A.; WEYL, E. G. Antitrust Remedies for Labor Market Power. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, 23 fevereiro 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3129221>. Acesso em: 3 jun. 2018.

NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- NASCIMENTO, A. M.; NASCIMENTO, S. M. *Curso de direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NEIDERMEYER, J. The 2016 “Antitrust Guidance for Human Resource Professionals” – An In-House Perspective. ABA Antitrust Spring Meeting. Washington, D.C.: [s.n.]. 2018.
- OLIVEIRA, G. *Concorrência no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PROL, F. M.; HADDAD, F.; GRETSCHISCHKIN, F. Concorrência e trabalho: uma nova aproximação. *Site JOTA*, 27 junho 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-vinicius/concorrenca-e-trabalho-uma-nova-aproximacao-27062018>. Acesso em: 5 jul. 2018.
- REVISTA EXAME, 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/blog/primeiro-lugar/nubank-entra-com-processo-contra-os-grandes-bancos-no-cade/>. Acesso em: 30 maio 2018.
- SCHMIDT, M. C. Non-Compete Agreements: Potential Pitfalls under Both Employment and Antitrust Law, v. 43, n. 1, Summer 2017.
- SDE; DPDE. Combate a cartéis em sindicatos e associações. *Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade*, 2009. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_sindicatos.pdf/view. Acesso em: 17 set. 2018.
- STEINBAUM, M. A Missing Link: the role of Antitrust Law in rectifying employer power in our high-profit, low-wage economy. [S.l.], 2018.
- TORPEY, S. P.; FAHEY, R. D. Human Resources: The Next Antitrust Frontier? *Antitrust & Trade Regulation Report*, 10 set. 2015.
- U.S. COURT of Appeals for the Third Circuit. *Eichorn v. AT&T*. *Law Resource*, 12 junho 2001. Disponível em: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/248/248.F3d.131.99-5791.html>. Acesso em: 16 set. 2018.
- U.S. COURT of Appeals for the Third Circuit. *Union Circulation Company v. The Federal Trade Commission*. *Site Leagle*, 18 fevereiro 1957. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/1957893241f2d6521738>. Acesso em: 1º set. 2018.
- U.S. DEPARTMENT of Justice; Federal Trade Commission. Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care. *Site do U.S. Department of Justice*, 1996. Disponível em: https://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policy-health-care#CONTNUM_49. Acesso em: 26 jul. 2018.

- U.S. DISTRICT Court Eastern District of Missouri. Haines v. VeriMed Health-care Network LLC. *Site do U.S. Government Publishing Office*, 24 março 2009. Disponível em: https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-moed-4_08-cv-00791/pdf/USCOURTS-moed-4_08-cv-00791-0.pdf. Acesso em: 1º set. 2018.
- U.S. DISTRICT Court for the District of Columbia. U.S. v. Lucasfilm Ltd. *Site do U.S. Department of Justice*, 21 dezembro 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-lucasfilm-ltd>. Acesso em: 18 set. 2018.
- U.S. DISTRICT Court for the District of Columbia. United States v. Adobe Systems, Inc., et al. *Site do U.S. Department of Justice*, 17 março 2011. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-adobe-systems-inc-et-al>. Acesso em: 18 set. 2018.
- U.S. DISTRICT Court for the Northern District of California. United States v. eBay, Inc. *Site do U.S. Department of Justice*, 2 setembro 2014. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-ebay-inc>. Acesso em: 18 set. 2018.
- U.S. DISTRICT Court Northern District of California. In re High-Tech Employee Antitrust Litigation. *High-Tech Employee Antitrust Settlement*, 2 setembro 2015. Disponível em: <http://www.hightechemployee lawsuit.com/case-documents.aspx>. Acesso em: 18 set. 2018.
- U.S. DOJ; FTC. Antitrust Guidance for HR Professionals. *Site do U.S. Department of Justice*, Washington, D.C., 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- WHITE HOUSE. Non-Compete Agreements: Analysis of the Usage, Potential Issues, and State Responses, 2016. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/non-competes_report_final2.pdf. Acesso em: 1 ago. 2018.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2019 – 1.º COLOCADO –
GRADUAÇÃO

AÇÕES REPARATÓRIAS POR DANOS CONCORRENCIAIS

Desafios do private enforcement brasileiro e novas perspectivas a partir do PLS 283/2016

GIULIA BARBOSA LIMA

Resumo: O presente estudo parte do questionamento da primazia do *public enforcement* em detrimento do *private enforcement* no Brasil, nesse sentido busca desconstruir a mistificação de uma figura Estatal reguladora e coercitiva sem envolvimento colaborativo com agentes econômicos comuns. No intuito de criticar o obscurecimento do direito à reparação individual dos danos sofridos pelos prejudicados por infrações da ordem econômica, utilizando a experiência norte-americana de *treble damages* como parâmetro comparativo, serão analisadas as implicações do instituto da reparação em dobro prevista no PLS 283/2016. Logo, destina-se particular atenção ao futuro das Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais no Brasil.

Palavras-chave: *Private enforcement* – Danos concorrenciais – *Treble damages* – Leniência – Indenização em dobro.

Keywords: *Private enforcement* – Antitrust damages – *Treble damages* – Leniency – Double damages.

1. Introdução

A prevalência de uma ordem econômica estável, harmônica e propícia para o desenvolvimento é um objetivo desejado pelo Estado Democrático de Direito brasileiro. Nessa perspectiva, a previsão constitucional dos valores da livre-iniciativa e da livre concorrência¹ reflete o propósito maior do Estado de

1. Conforme a Constituição da República Federativa do Brasil: “ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e

zelar pela manutenção da ordem econômica nacional. Todavia, a intensidade do intervencionismo estatal na economia é tema cuja controvérsia remete à própria origem da Análise Econômica do Direito,² cuja evolução histórica moldou a atuação da regulação estatal (Aguillar, 2016, p. 234).

Nessa perspectiva, o diálogo entre a maior ou menor intervenção estatal na economia propiciou a evolução do Direito Antitruste, na medida em que a livre-iniciativa e a livre concorrência são valores complementares, cuja coexistência implica um nível mínimo de regulamentação e intervencionismo estatal. Em função disso, a figura do Estado interventor se faz necessária no intuito de garantir a existência do pluralismo econômico, de uma estrutura econômica difusa e descentralizada e da igualdade de condições para diferentes agentes de mercado (Buchain, 2015, p. 330).

Apesar da proteção constitucional e legal da concorrência como bem imaterial e coletivo, é inevitável que na realidade concreta ocorra a materialização de situações de abuso de poder econômico como acordos de fixação de preços e conluio entre membros do mesmo mercado horizontal (Buchain, 2015, p. 330). Entre as ameaças ao equilíbrio econômico os cartéis figuram como “a mais grave violação à concorrência no âmbito dos crimes contra a ordem econômica” (Andreoli; Martorano, 2018, p. 184).

De fato, os cartéis restringem, prejudicam e distorcem a livre concorrência (Domingues, 2010, p.129). O efeito nocivo de tais conluios horizontais repercute de forma independente nas esferas administrativa, civil e penal; e, apesar de formalmente não existir força vinculante entre as decisões do tribunal do Cade e o Poder Judiciário, é possível observar uma forte tendência valorativa das conclusões obtidas nas investigações administrativas (Andreoli; Martorano, 2018, p. 186). Não se trata de mera casualidade, pois as decisões

do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência;” (BRASIL, 1988).

2. Conforme Fernando Herren Aguillar a Análise Econômica do Direito (AED) resulta de um processo histórico de amadurecimento das interpretações sobre a atuação estatal e a avaliação das consequências econômicas da regulação; a origem de tal campo de estudo remonta ao direito norte americano e ao surgimento das normas antitruste (AGUILLAR, 2016, p. 234).

proferidas em sede administrativa são embasadas em um acervo probatório-investigativo robusto produzido pelo corpo técnico especializado do Cade.³

No tocante à repercussão no Judiciário de tais infrações à ordem econômica, a principal garantia à proteção dos direitos dos prejudicados está no direito de ação disposto no art. 47 da Lei 12.529/2011, que prevê a possibilidade de provocar a tutela jurisdicional para obter a cessação de práticas abusivas e o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos (Brasil, 2011). Todavia, apesar de tal previsão legal, no Brasil o ajuizamento de ações privadas (*private enforcement*) para proteção de direitos afetados por danos concorrenciais ainda é bastante tímido e incipiente (Machado, 2015, p.130).

O presente estudo se propõe, portanto, a elucidar alguns aspectos controversos das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC) no Brasil. Primeiramente, explorando as interações entre o *private* e o *public enforcement* para a defesa da concorrência, ponderando como interesses individuais e coletivos podem atuar de forma a dissuadir a perpetração de ilícitos econômicos. Em seguida, abordando os aspectos civilistas das ARDCs, considerações da doutrina antitruste norte-americana são aproveitadas e a comunicabilidade entre as funções ressarcitórias e dissuasórias das indenizações é ponderada. Finalmente, destina-se particular ênfase às novas perspectivas do *private enforcement* no Brasil com o PLS 283/2016⁴ e a maneira pela qual essa importante inovação legislativa poderá contribuir para defesa da concorrência.

2. Interfaces do *public enforcement* e do *private enforcement* em face das ações reparatórias por danos concorrenciais

A proteção da Ordem Econômica brasileira compreende a intervenção do Estado (que fornece garantias legais e regulação) mas também a cooperação dos agentes econômicos particulares, quer seja como sujeitos de direito ou como *players* influenciadores dos mercados brasileiros. Nesse sentido, a primeira garantia de proteção à estabilidade econômica a ser considerada um parâmetro fundamental é a Constituição Federal de 1988 (com especial atenção para o Título VII, que dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira),

3. O nível de excelência característico da autarquia reflete o empenho do Departamento de Estudos Econômicos (DEE), “O Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, emite pareceres e realiza estudos econômicos visando a subsidiar a atuação do Cade” (FORGIONI, 2015, p. 129).
4. Até o encerramento do presente trabalho, o PLS 283/2016 fora aprovado no Senado Federal, sendo remetido à Câmara dos Deputados como PL 11275/2018, e aguardava parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

pois, como preleciona o Ministro Eros Grau, a Constituição prevê diretrizes, programas e objetivos a serem cumpridos, na medida em que “Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170” (Supremo Tribunal Federal, 2006).

A partir de tais preceitos, tornou-se costumeiro associar, de modo limitativo, a intervenção econômica estatal ao papel regulatório e ao papel repressivo na manutenção da ordem econômica. De certa forma, percebeu-se a formação de um dogma da função estatal estritamente coercitiva relacionada à “presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços” (Supremo Tribunal Federal, 2007). Como efeito disso, tornou-se possível observar a consolidação de uma dicotomia de interesses entre a esfera pública (personificada na figura do Estado) e a esfera privada (representada pelos agentes econômicos e particulares) à medida que existia um afastamento da figura estatal enquanto ente regulador dos agentes particulares enquanto indivíduos regulados (Fernandes, 2019, p.147).

Ainda tendo em perspectiva tal divisão clássica de interesses, torna-se possível aproveitar a antiga distinção entre objetivos públicos e privados para compreender a maneira pela qual são combatidos os ilícitos econômicos (principalmente a prática de cartéis) na persecução pública e na persecução privada. Inicialmente, apresenta-se o *enforcement* público, ou persecução pública do direito concorrencial, como a atuação estatal na esfera administrativa, destinada à detecção, investigação, julgamento e repressão de condutas anticompetitivas (Fernandes, 2019, p. 134). Em outras palavras, “o *public enforcement* concerne a aplicação das leis antitruste pelo governo por meio de uma autoridade da concorrência ou procurador público” (Fujimoto, 2018, p. 143).

Em contrapartida, entende-se o *enforcement* privado como a persecução (por via judicial) da proteção dos interesses das vítimas de condutas anticompetitivas, costumeiramente defendido através de Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais (ARDCs) (Pinho, 2018, p.61). Nesse sentido, o *private enforcement* é comumente associado à garantia de direitos particulares e à busca por reparações, como esclarece Mônica Tiemy Fujimoto “O *private enforcement* se refere à persecução de ilícitos antitruste ou pedidos de reparação de danos realizada pelos legitimados.” (Fujimoto, 2018, p. 143).

Tendo em consideração que a prática de condutas anticompetitivas é nociva para a sociedade como um todo e gera danos não somente à Administração Pública, é possível enxergar o interesse comum de ambos os tipos de *enforcement* (público e privado) em desestimular o cometimento de futuros ilícitos. De fato, existe uma verdadeira aproximação de interesses entre o *public* e o

private enforcement na medida em que ambos não se excluem reciprocamente e possuem objetivos complementares (Fernandes, 2019, p. 146). Contudo, cabe uma pequena ressalva sobre a diferença de objetivos entre as duas perspectivas sob uma abordagem clássica, o interesse do Estado, representado pela Administração Pública, é repressivo e dissuasório (como resta exemplificado no estímulo à celebração de Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação); em contrapartida, o interesse privado é por essência ressarcitório, e busca remediar o dano sofrido pelo ilícito anticompetitivo (Fernandes, 2019, p. 144).

Nesse diapasão, pelo fato da aproximação do *public enforcement* e do *private enforcement* ocorrer na medida em que ambos possuem interesse em desestimular condutas nocivas à livre concorrência, é necessário dar maior enfoque à compreensão de tais infrações. Assim, sob a perspectiva dos infratores, percebe-se que a prática de ilícitos está intrinsecamente ligada à viabilidade de obtenção de vantagens monetárias superiores ao prejuízo de uma eventual detecção por parte das autoridades (Fujimoto, 2018, p. 146).

Diante da atratividade lucrativa das práticas anticompetitivas, uma eficiente estratégia para tornar tais ilícitos menos convidativos consiste não apenas no aprimoramento da detecção, mas também na implementação de um maior custo monetário relacionado ao desvelamento dos culpados. Tal estratégia de redução do potencial lucrativo dos ilícitos pode ocorrer por meio de multas administrativas e penais, mas também, pelo fomento à reparação dos danos sofridos pelas vítimas (estimulando Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais), de tal modo os dois tipos de *enforcement* poderão atuar de maneira complementar (Fernandes, 2019, p. 146).

Com apanágio nessa nova perspectiva de integração de objetivos públicos e privados, este artigo sustenta que a cooperação de interesses, com a superação de antigas dicotomias, contribui para consolidação de um sistema de proteção da concorrência eficaz e robusto. Nesse sentido, não se pretende negar a existência de possíveis obstáculos e choques de finalidades, mas argumentar a favor da maneira pela qual a convergência gradual de esforços do *public* e *private enforcement* possibilita um maior respeito aos valores constitucionais.

No tocante ao eventual conflito de interesses, afirma-se que este subsiste em algumas desvantagens da primazia do *public enforcement* de modo a prejudicar o *private enforcement*. Nesse sentido, a respeito da persecução pública, não é possível negligenciar o fato de que o avanço das investigações de ilícitos econômicos, a obtenção de provas robustas e a convergência dos esforços dos entes públicos geram um benefício para sociedade. Afinal, a evolução do *pu-*

blic enforcement aprimora os custos de transação⁵ do Estado, propiciando uma utilização mais econômica e eficiente dos recursos públicos.

Todavia, a crítica a que se pretende chegar diz respeito aos pontos nos quais a promoção do *public enforcement* tem implicado o prejuízo do *private enforcement*, a exemplo das situações nas quais o sigilo de informações obtidas por acordos de leniência e TCCs gera o privilégio da detenção pelo Estado de provas que seriam úteis às vítimas dos ilícitos econômicos que ensejaram tais acordos de colaboração. Como efeito, é possível notar a imposição de barreiras ao acesso à informação das vítimas, dificultando a propositura de ARDCs.

De tal forma, não se pretende negar o benefício à coletividade propiciado pelo *public enforcement*, contudo, traz-se para questionamento até que ponto é possível perpetuar uma lógica utilitarista no combate aos ilícitos concorrenciais (Oliveira, 2017, p. 10). Nesse sentido, percebe-se tal utilitarismo⁶ na medida em que o *public enforcement* pode beneficiar um grande quantitativo de pessoas (ao proteger interesses coletivos), mas também tem demonstrado dificultar a proteção dos direitos individuais daqueles que buscam a reparação concreta dos prejuízos decorrentes dos ilícitos econômicos, notadamente as vítimas que necessitam ajuizar ARDCs.

5. Conforme Pugliese e Salama “Custos de transação [...] são os custos para realização de intercâmbios econômicos. [...]. Assim, os custos de transação compreendem todos os custos associados à procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico (inclusive os custos de oportunidade)” (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 019).

De modo específico, no que diz respeito ao aprimoramento dos custos de transação do Estado, acredita-se que estes estão inseridos na melhoria do investimento dos recursos públicos para detecção, investigação e julgamento dos ilícitos concorrenciais. Logo, na medida em que o *public enforcement* celebra acordos de cooperação como Termos Compromisso de Cessação e acordos de leniência, é possível observar uma economia dos esforços estatais para o desvelamento de práticas anticoncorrenciais.

6. A Análise Econômica do Direito por vezes implica critérios de julgamento além da literalidade das disposições legais, sendo necessário aplicar critérios utilitaristas de viabilidade e eficiência. Conforme Fernando Aguillar “Tem-se desenvolvido no ramo jurídico uma extensão das ideias utilitaristas originadas no campo da política e da economia. Como regra geral, tais ideias servem para avaliar o impacto econômico (ou a eficiência da econômica) de regras jurídicas [...] as ideias de eficiência econômica podem levar a propor um critério de julgamento da conveniência ou não de se seguir a norma positivada, aferida por cálculos utilitaristas.” (AGUILLAR, 2016, p. 232-233).

Após levar em consideração tais aspectos desvantajosos da primazia excessiva do *public enforcement*, torna-se oportuno retomar uma visão equilibrada e cooperativa. Aprofundando a discussão acerca da conciliação de finalidades entre o *public* e o *private enforcement*, é possível afirmar que o direito indenizatório passa a servir não tão somente aos interesses da parte prejudicada pelo dano, mas também como instrumento para dissuadir o cometimento de futuros ilícitos. Nesse sentido, ultrapassadas antigas dicotomias doutrinárias, é possível vislumbrar entidades públicas, como o Cade, protegendo direitos singulares através de uma *advocacy* que promova também a persecução privada de direitos econômicos.

A partir de tal escopo temático, traz-se adiante como foco específico de análise os desafios enfrentados pelas Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais no ordenamento brasileiro. De tal forma, pretende-se discutir a adequabilidade de inovações normativas como o Projeto de Lei do Senado (PLS) 283/2016 para o fomento das ARDCs, tomando como referencial específico o ponto de controvérsia relacionado à previsão da indenização em dobro.

3. O caráter pedagógico das indenizações: Double Damages e Treble Damages vs. Punitive Damages

Inicialmente, percebe-se que a previsão de reparação de danos na esfera antitruste está prevista no art. 47 da Lei 12.529/2011.⁷ Apesar de tal garantia legal, a busca em juízo pela reparação de danos econômicos envolve controvérsias relacionadas à comprovação individualizada do dano, visto que a vítima terá legitimidade para obter ressarcimento apenas se realmente tiver sofrido um dano, se houver nexos causal entre a conduta anticompetitiva do infrator e o prejuízo sofrido pela vítima (Fernandes, 2019, p. 152).

A respeito do nexos causal é possível afirmar que esse estabelece a comunicabilidade entre um fato real e o dano sofrido, logo, entende-se que a circunstância fática deve ser a causa determinante, sem a qual não haveria dano a ser discutido e tampouco relevância jurídica (Noronha, 2003, p. 736). Para Carlos Roberto Gonçalves é precisamente o nexos de causalidade que institui a

7. Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei 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. (BRASIL, 2011).

obrigação de indenizar, decorrente da relação de condição *sine qua non* entre o ato danoso e o prejuízo sofrido (Gonçalves, 2014, p. 477-478).

Nesse liame, um dos obstáculos enfrentados pelas vítimas que ajuízam ações de reparação civil decorrentes de danos concorrenciais consiste em comprovar de forma específica o nexo de causalidade entre o ato ilícito de cartel (cujos efeitos nocivos frequentemente possuem impacto plural e difuso) e o dano individual suportado pela vítima. De fato, o ônus da prova em ARDCs envolve uma latente assimetria de informações entre a vítima, o causador do dano e a autoridade antitruste (Ferraz Junior, 2013, p. 26). Ademais, o limitado acervo probatório das vítimas pode vir a tornar-se ainda mais escasso em decorrência dos efeitos sigilosos da celebração de acordos de leniência e Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) (Rego, 2017, p. 30).

Em sequência, é necessário pontuar uma particularidade das ARDCs em relação às demais ações de reparação civil: as ARDCs dispensam questionamentos acerca de culpa,⁸ pois a conduta cartelizada é um ato ilícito que enseja responsabilidade objetiva (Ferraz Junior, 2013, p. 14). Sobre tal matéria cabe esclarecer: no direito antitruste, a responsabilidade objetiva decorrente dos crimes de cartel é justificada pelo fato de estes constituírem atos ilícitos *per se* (Caselta, 2015, p. 60). Em outros termos, Carvalho (2015) esclarece que “o ilícito concorrencial caracteriza-se de forma objetiva, isto é, independentemente de dolo ou culpa, que são essenciais à caracterização do ilícito penal (Carvalho, 2015, p. 189-190).

De fato, as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais possuem especificidades que ultrapassam as controvérsias habituais do ramo da Responsabilidade Civil. Com o objetivo de garantir maior segurança à previsão legal das ações de reparação de danos ocasionados por infrações concorrenciais, o PLS 283/2016 propõe a inclusão de alguns parágrafos no supracitado art. 47 da referida Lei 12.529/2011. Para fins analíticos, vejamos as proposições do mencionado PLS:

Art. 47 [...]

§ 1º Os prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas

8. Cabe esclarecer que há obrigação de reparar o dano independentemente de culpa por constituir uma hipótese prevista em lei específica, conforme o Art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011) “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados” (BRASIL, 2011).

no art. 36, § 3º, I e II, sem prejuízo das eventuais sanções aplicadas na esfera administrativa e penal.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo Cade, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

§ 3º A aplicação do benefício previsto no § 2º fica condicionada à entrega, pelo signatário do acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, de documentos que permitam ao Cade a estimação do dano decorrente da infração à ordem econômica.

§ 4º Os signatários do acordo de leniência e termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica (BRASIL, 2016).

Entre as inovações propostas, a primeira a receber um enfoque de discussão é a introdução do ressarcimento em dobro, também denominado *double damages* nos círculos acadêmicos. Sobre tal instituto, cabe esclarecer que a indenização em dobro possui inspiração nos *treble damages* norte-americanos, e estes possuem maior segurança jurídica e previsibilidade que os *punitive damages* (Fernandes, 2019, p. 149).

Apesar de serem tema pertinente à responsabilidade civil, os *punitive damages* não são um sinônimo de *treble damages*. Sobre os *punitive damages* é possível afirmar que se trata de um instituto de origem legal anglo-saxã, relacionado à responsabilidade subjetiva de condutas dolosas ou de culpa grave, podendo constituir uma penalidade formal prevista através de cláusulas contratuais (Flumignan, 2015, p. 8-9).

Em detalhe, os *punitive damages* também podem ser interpretados como forma de “punição civil”, cuja extensão deve ser calculada de acordo com “a gravidade, a censurabilidade e a espécie de direito violado” (Venturi, 2012, p. 287). Sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, os *punitive damages* representam uma potencial melhoria da eficácia das ações de reparação civil, por conta dos efeitos punitivos e dissuasórios englobados pelo instituto.

A título de desambiguação vale salientar que os *punitive damages* decorrem da responsabilidade subjetiva, pois são relacionados à punição de condutas dolosas ou de culpa grave (Flumignan, 2015, p. 9). Em contrapartida, o dano decorrente de cartel é indubitavelmente hipótese de responsabilidade objetiva, portanto é incompatível com os *punitive damages* pelo fato de estes serem fruto da responsabilidade subjetiva, e no próprio sistema norte-ameri-

cano é reconhecida a impossibilidade da indenização por danos intangíveis (subjetivos) em matéria antitruste (Caixeta, 2013, p. 92-93).

Conforme o entendimento da American Bar Association, o pedido de *punitive damages* não é cabível nas ações de reparação por danos decorrentes de cartel pelo fato de estes possuírem natureza de responsabilidade objetiva (enquanto os *punitive damages* estão relacionados a danos de natureza subjetiva, designados pelo termo *tort*) (American Bar Association, 1998, p. 23). Além disso, a ordem americana também afirma não ser admissível a cumulação⁹ de *treble damages* e *punitive damages* na mesma ação, pois isso constituiria uma punição excessiva do réu, ultrapassando o limite da razoabilidade (American Bar Association, 1998, p. 23).

De fato, nos Estados Unidos os *treble damages* estão intrinsecamente relacionados à matéria antitruste, visto que foram instituídos pelo próprio *Clayton Act* para regulamentar o direito à indenização das vítimas prejudicadas pelos agentes infratores da lei antitruste. Assim, no § 4º do *Clayton Act* está contida a previsão de reparação em três vezes do dano suportado pela vítima, adicionado das custas judiciais e honorários advocatícios¹⁰ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1980).

9. A respeito da impossibilidade de cumulação de *punitive damages* e *treble damages*, a American Bar Association afirma que “a *treble-plus-punitive damages award* would give the plaintiff a duplicative punitive award and excessively punish the defendant. [...]”

The few courts that have explicitly addressed whether antitrust treble damages and tort punitive damages are duplicative have refused to award both treble and punitive damages. They have required, instead, that the plaintiff elect one package of damages (the Clayton Act’s threefold actual damages) or the other (tort’s actual plus punitive damages).” (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1998, p. 23).

10. O § 4º do Clayton Act está reproduzido na legislação vigente dos Estados Unidos da América no § 15º, seção (a), do 15º Título do United States Code. Na versão original prevê a reparação em três vezes nos termos “threefold the damages”, instituindo os *treble damages*. Conforme a legislação estrangeira “15 U.S. Code § 15. Suits by persons injured a) Amount of recovery; prejudgment interest Except as provided in subsection (b), any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1980).

4. O estímulo à cooperação com as autoridades: tratamento diferenciado dos signatários de leniência

No sistema norte-americano, assim como no brasileiro, existe um delicado diálogo de concessões entre os interesses do *public enforcement* e do *private enforcement*. Nesse sentido, apesar do forte estímulo e subsídio às ações privadas de reparação (e instituição dos *treble damages*), também é necessário proteger a funcionalidade dos programas de leniência americanos, pois a delação por um membro cartelista que venha a tornar-se signatário de leniência constitui um importante instrumento de detecção de cartéis. Em tal cenário, é possível observar a posição desfavorável do signatário de leniência, no sentido em que este reconhece de forma documental o próprio envolvimento na conduta cartelizada anticompetitiva, tornando-se potencialmente mais suscetível e exposto às ações de indenização que os demais membros do cartel (Caselta, 2015, p. 64).

No intuito de evitar o desestímulo à celebração de acordos de leniência, e reconhecendo a posição de vulnerabilidade do delator do cartel, a legislação americana destina especial proteção ao leniente. Nesse sentido, a partir do *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*¹¹ (também denominada ACPERA, de 2004) foi estabelecida a garantia de que o signatário do acordo de leniência não mais estará condicionado à reparação em triplo (*treble damages*), devendo reparar o autor de ação civil indenizatória apenas no montante efetivo de dano que tenha ocasionado pelo fornecimento de produtos ou serviços (Estados Unidos da América, 2004). Portanto, o leniente, diferentemente dos demais membros do cartel, estará sujeito ao pagamento de indenização limitada ao valor do dano, também denominada *single damages* (Caselta, 2015, p. 63).

Ainda em relação aos mecanismos de estímulo aos acordos de leniência norte-americanos, a American Bar Association pontua dois aspectos

11. O ACPERA foi incorporado à UNITED STATES PUBLIC LAW 237, sob a seguinte redação: “SEC. 213. LIMITATION ON RECOVERY. (a) In General.--Subject to subsection (d), in any civil action alleging a violation of section 1 or 3 of the Sherman Act, or alleging a violation of any similar State law, based on conduct covered by a currently effective antitrust leniency agreement, the amount of damages recovered by or on behalf of a claimant from an antitrust leniency applicant who satisfies the requirements of subsection (b), together with the amounts so recovered from cooperating individuals who satisfy such requirements, shall not exceed that portion of the actual damages sustained by such claimant which is attributable to the commerce done by the applicant in the goods or services affected by the violation.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004).

do ACPERA que restabeleceram a atratividade da celebração de leniência. Primeiramente, a exceção aos *treble damages* para o signatário torna a leniência efetiva sob a perspectiva da economia de custos, pois o leniente reduz expressivamente o encargo a ser sofrido pelas ações civis de reparação de danos. Em segundo lugar, o ACPERA também permite ao leniente responder civilmente apenas pelos danos que tenha pessoalmente causado às vítimas, não sendo responsabilizado pelas condutas dos demais membros do cartel (American Bar Association, 2019, p. 2). Resumidamente, o ACPERA permitiu a quebra da solidariedade (*joint and several liability*) entre o signatário do acordo de leniência e os demais agentes cartelistas.

Levando em consideração o disposto no ACPERA e os comentários da American Bar Association é possível detectar um duplo incentivo para o leniente: (i) que ele busque a autoridade antitruste para firmar um acordo antes que o cartel seja detectado por investigações autônomas; (ii) que ele seja o primeiro membro do cartel a fazê-lo, pois caso algum de seus comparsas venha a assinar com antecedência, poderá haver uma perda significativa e irrecuperável dos benefícios econômicos da delação. Tal dilema relacionado à racionalidade de escolhas diante de adversários inteligentes¹² também se faz presente na realidade brasileira, pois o bem sucedido programa de leniência do Cade promove benefícios distintos para o primeiro signatário do acordo de leniência e os demais membros da fila de espera (Cade, 2016, p. 28).

Remetendo enfoque aos esforços brasileiros para estimular a cooperação com a autoridade antitruste, percebe-se que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica estabelece algumas garantias aos lenientes, a exemplo do sigilo do histórico de condutas, conforme o Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade e o Regimento Interno do Cade (Cade, 2014). De forma complementar, o PLS 283/2016 permite traçar uma comparação entre as perspectivas brasileiras e americanas para o futuro dos acordos de leniência.

A partir de tais considerações, percebe-se que as similitudes entre o *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA) e o PLS 283/2016 não permitem ignorar o fato de que o legislador brasileiro busca aproveitar de forma benéfica a experiência adquirida nas cortes norte-ameri-

12. Conforme a Teoria dos Jogos o comportamento racional dos indivíduos pode levar à ruína coletiva. No caso específico do cartel, é possível observar a configuração do Dilema do Prisioneiro em relação à denúncia para as autoridades, nesse sentido é “vantajoso para um jogador ser cauteloso em relação ao outro, enganando-o, desde que o outro não faça o mesmo, porque isso põe fim à cooperação.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 45).

canas. Em primeiro plano, o art. 47, § 2º, do Projeto de lei brasileiro,¹³ assim como o ACPERA, propõe contemplar os signatários do acordo de leniência e de TCCs com a prerrogativa de ressarcir as vítimas do dano concorrencial no limite dos prejuízos causados, ou seja, institui a indenização em *single damages* para os infratores cooperativos.

Em segundo lugar, o art. 47, § 4º, exclui a responsabilidade solidária entre os signatários do acordo de leniência/TCC e os demais membros do cartel, benefício claramente semelhante à exceção de *joint and several liability* prevista no ACPERA. Logo, apesar de estarem inseridas em sistemas jurídicos distintos e em tradições legais distintas, percebe-se uma nítida convergência de intenções entre a legislação norte-americana e a proposta brasileira: beneficiar os infratores que cooperam com as autoridades, em detrimento daqueles que optam por uma postura não cooperativa, no objetivo de estimular futuros acordos de colaboração.

Apesar de tais avanços no sentido de utilizar a indenização relativa aos danos decorrentes de cartel como instrumento de estímulo à cooperação com as autoridades, a implementação de funções complementares à finalidade resarcitória nas ARDCs ainda constitui uma inovação dentro do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que diz respeito a um possível “caráter punitivo-pedagógico da indenização” (Fernandes, 2019, p. 147). Nesse sentido, um sistema indenizatório com caráter punitivo não é apoiado de forma unânime, pois o Direito Brasileiro não adotou expressamente o sistema de *treble damages* desenvolvido nos Estados Unidos.

De fato, a proposta do § 1º do PLS 283/2016 é inovadora a ponto de poder ser considerada disruptiva. Sobre isso cabe explicar que a Responsabilidade Civil traz o “Princípio da Reparação Integral”,¹⁴ o Projeto de Lei do Senado 283/2016, em contrapartida, traz o “Princípio da Reparação em Dobro”. Logo, a partir da finalidade precípua da responsabilidade civil, que seja reparar o dano, surge um dilema quanto ao limite indenizatório. Sob uma ótica clássica e formalista, o valor do dano deveria constituir um teto máximo para o *quan-*

13. Neste artigo, vide a seção “3.O caráter pedagógico das indenizações: Double Damages e Treble Damages vs. Punitive Damages”.

14. Acredita-se que o Princípio da Reparação integral esteja disposto no Código Civil de 2002 “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.” (BRASIL, 2002). Todavia, não existe uniformidade quanto aos limites da interpretação hermenêutica do dispositivo, no sentido que caso o legislador desejasse estabelecer um teto indenizatório de forma expressa e taxativa, indubitavelmente o teria feito. Pela ausência proibitiva, não é prudente enxergar um teto indenizatório quando o mesmo não foi taxativamente previsto no texto legal.

tum indenizatório, pois qualquer valor excedente ao montante ressarcitório passaria a constituir penalidade e não indenização. Tal tecnicidade repercute o entendimento de uma perspectiva civilista clássica, na qual a ação de reparação de danos serviria primordialmente aos interesses das partes envolvidas, por possuir função ressarcitória (Fernandes, 2019, p. 145).

Em contrapartida, é viável defender indenizações superiores ao montante do dano quando se tem por objetivo dissuadir a reincidência de futuros crimes econômicos. Ainda nesse sentido, deve ser feita a ressalva de que apesar de reparações robustas possuírem claro efeito dissuasório, deve-se sempre prezar pelo respeito às garantias constitucionais e ao princípio da legalidade, pois “a aplicação de qualquer pena, inclusive a civil, depende de prévia cominação legal” (FERNANDES, 2019, p. 146).

Vista tal controvérsia quanto à possível existência de um teto indenizatório, permanece obscuro se o embasamento para tal “reparação em dobro” obedeceria a uma fundamentação moral-indenizatória relacionada ao melhor benefício da vítima ou se o cerne da reparação em dobro seria atender a algum embasamento matemático-monetário. Interessante notar que caso o legislador brasileiro tivesse optado pela indenização *em triplo* haveria uma comunicabilidade com os *treble damages* norte-americanos, e certa racionalidade quanto à incorporação de um instrumento consolidado na tradição antitruste estrangeira.

A partir de tais considerações, não deve ser subentendida uma tentativa de desmerecer o esforço proposto pelo § 1º do art. 47 do PLS no sentido de introduzir os *double damages* no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, percebe-se uma louvável configuração de um dispositivo destinado às vítimas de danos econômicos, estabelecendo uma maior segurança jurídica e o fortalecimento da viabilidade do ajuizamento de Ações de Reparação por Danos Concorrenciais.

5. Considerações finais

A partir das colocações suscitadas no presente trabalho, torna-se possível analisar de maneira crítica novos paradigmas que norteiam a forma como o Estado interage com os agentes econômicos no intuito de zelar pela proteção da competitividade, do bem-estar coletivo e da livre-iniciativa. Nesse sentido, é bastante perceptível a incompatibilidade de uma figura estatal clássica, excessivamente isolada, limitada ao papel regulatório e repressivo na manutenção da ordem econômica. De fato, o afastamento estatal dos agentes de mercado é eminentemente contraproducente, pois ignora os benefícios a serem obtidos pela participação proativa do setor privado, cuja colaboração reduz os custos de transação a serem suportados pelo Estado (Pugliese; Salama, 2008, p. 19).

Sob o ponto de vista da eficiência e da potencialização de esforços, no plano administrativo, a autoridade antitruste brasileira tem atribuído crescente importância ao trabalho cooperativo para persecução de cartéis através da celebração de Acordos de Leniência e TCCs; tais esforços convergem para o fortalecimento do *public enforcement*. Todavia, apesar dos avanços na esfera administrativa, não houve uma valorização equânime do potencial dos agentes privados na esfera judiciária, visto que o potencial dissuasório das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais foi historicamente subestimado no Brasil (Carvalho, 2015, p. 193).

Nesse liame, a propositura do PLS 283/2016 traz uma oportuna possibilidade de discutir o aperfeiçoamento do respaldo legal ao ajuizamento de ARDCs. De forma sucinta, a análise dos dispositivos contidos no projeto de lei brasileiro permite uma comparação à experiência norte-americana de dissuasão à prática de cartéis pelo *private enforcement*. Nos Estados Unidos a latente preponderância das ações civis está relacionada aos bem consolidados *treble damages*, pois estes desestabilizam a lucratividade dos infratores da ordem econômica e tornam a prática de conluíus carteleiros significativamente menos atrativa (Fernandes, 2019, p. 146). Em reflexo à experiência estadunidense, o PLS 283/2016 constitui um importante avanço no intuito de remediar o ofuscamento das Ações de Reparação de Danos Concorrenciais brasileiras, principalmente no sentido de assegurar o direito à reparação em dobro (*double damages*) aos prejudicados pelas infrações à ordem econômica. Logo, a respeito do comparativo legal brasileiro e norte-americano, atribui-se destaque a disposições materialmente semelhantes, aplicadas a duas realidades distintas, mas cujo intuito maior é uníssono: promover a defesa da concorrência.

Finalmente, com base nas considerações levantadas, é seguro afirmar que no intuito de proteger a livre concorrência torna-se necessário superar uma estreita mentalidade dicotômica de incomunicabilidade entre o Estado e agentes privados. Nesse sentido, o Brasil tem apresentado significativos avanços na consolidação de atividades cooperativas no *public enforcement*, mas ainda caminha de forma tímida no incentivo ao *private enforcement*. Portanto, a proposta do PLS 283/2016 de modificação da Lei 12.529/2011 traz uma nova perspectiva favorável para o *private enforcement*, pois oferece maior segurança à viabilidade da propositura de ações de reparação por danos concorrenciais e sana uma lacuna normativa ensejadora de insegurança jurídica.

Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

- AMERICAN BAR ASSOCIATION (Estados Unidos da América). Antitrust Law Section. Comments of the antitrust law section of the American Bar Association Regarding the U.S. Justice Department Antitrust Division Roundtable Discussion of the Antitrust Criminal Penalty Enhancement & Reform ACT (ACPERA). 2019. Chair of Antitrust Law Section Deborah A. Garza. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments/april-2019/usa-usjusticedept-combined-41119.pdf. Acesso em: 12 set. 2019.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. Punitive damages and business tort: a practitioner's handbook. Chicago:ABA Publishing, 1998. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=XsOs7UYwzMcC&pg=PA18&lpg=PA18&dq=treble+damages+v.+punitive+damages+US&source=bl&ots=7Alt7AHT-x&sig=2gz12-6wGg9PKJbq7rNGKgO5dFg&hl=pt-BR&sa=X&ei=K018UKfjD5Lc8wT8t4CwBw#v=onepage&q=treble%20damages%20v.%20punitive%20damages%20US&f=false>. Acesso em: 7 set. 2019.
- ANDREOLI, Daniel Oliveira; MARTORANO, Luciana. Acordos de Leniência e Reparação de Danos: Cade entre a Cruz e a Espada. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito concorrencial: avanços e perspectivas*. Curitiba: Prismas, 2018. p. 183-190.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2019.
- BRASIL. Lei 10.406 de 10 de jan. de 2002. Institui o Código Civil. Brasília/DF, jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 18 jun. 2019.
- BRASIL. Lei 12.529 de 30 de nov. de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Brasília/DF, nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 18 jun. 2019.
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 283/2016. Altera a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível a partir de: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>. Acesso em: 18 jun. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 1.657. Relator: Ministro Cezar Peluso. Acórdão. Brasília, 26.06.2007. DJ 31.08.2007, p. 277. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484304>. Acesso em: 4 jul. 2019.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.950. Relator: Ministro Eros Grau. Relatório. Brasília, 03.11.2005. *DJ* 02.06.2006, p. 59. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>. Acesso em: 4 jul. 2019.
- BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. In: NUSDEO, Fábio (Coord.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: RT, 2015.
- CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Resolução 21, de 12 de setembro de 2018. Brasília/DF, set. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-21-de-12-de-setembro-de-2018.pdf/view>. Acesso em: 18 jun. 2019.
- CADE. 2016. Guia – Programa de Leniência Antitruste do Cade. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 7 set. 2019.
- CADE. Regimento Interno do Cade. 2014. Texto aprovado pela Resolução 1/2012 e alterado pela Resolução no 5/2013, pela Resolução no 7/2014 e pela Resolução 8/2014. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/historico-de-modificacoes/ricade-com-marcas_01_out_2014_resolucao-08.pdf/@@download/file/RICade%20-%20com%20marcas_01_out_2014_Resolu%C3%A7ao%2008.pdf. Acesso em: 7 set. 2019.
- CAIXETA, Deborah Batista. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. *Revista de Defesa da Concorrência*, n.1, Maio 2013, p. 71-104. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/47/12>. Acesso em: 7 set. 2019.
- CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. IBRAC/TIM. *Ideias em competição: 5 anos do prêmio IBRAC TIM*. São Paulo: IBRAC/TIM/Singular, 2015.
- CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel. 2015. 203 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09112015-114806/publico/Dissertacao_Daniel_Costa_Caselta_Completa.pdf. Acesso em: 12 set. 2019.

- DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste*. 2010. 318 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5437/1/Juliana%20Oliveira%20Domingues.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Congress. Government Publishing Office. *United States Public Law 237: 108th Congress Public Law 237*. 2004. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-108publ237/html/PLAW-108publ237.htm>. Acesso em: 7 set. 2019.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. House Of Representatives. Office Of The Law Revision Counsel. United States Code: Title 15-Commerce and Trade. 1980. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section15&num=0&edition=prelim>. Acesso em: 7 set. 2019.
- FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Responsabilidade civil por danos concorrenciais: a indenização em dobro e a não solidariedade dos infratores previstas na proposta de alteração da Lei 12.529/2011. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 7, n. 1, p. 131-159, 2019. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/439/220>. Acesso em: 7 set. 2019.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 1, n. 2, p.11-31, nov. 2013. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/75/68>. Acesso em: 8 set. 2019.
- FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os punitive damages. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 958, p. 119-147, ago. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/38223444/UMA_NOVA_PROPOSTA_PARA_A_DIFERENCIA%C3%87%C3%83O_ENTRE_O_DANO_MORAL_O_DANO_SOCIAL_E_OS_PUNITIVE_DAMAGES. Acesso em: 1 set 2019
- FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Por uma reinterpretção do princípio da reparação integral: a teoria da fair compensation. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 83, p. 113-135, nov. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/38223366/POR_UMA_REINTERPRETA%C3%87%C3%83O_DO_PRINC%C3%8DPIO_DA_REPARA%C3%87%C3%83O_INTEGRAL_A_TEORIA_DA_FAIR_COMPENSATION>ç Acesso em: 1 set 2019

- FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: RT, 2015.
- FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Ações de reparação de danos concorrenciais e o programa de leniência do Cade: um beco sem saída? In: MACEDO, Alexandre Cordeiro; BRAGA, Tereza Cristine Almeida (Org.). *Tópicos especiais de direito concorrencial*. São Paulo: CEDES, 2018. p. 141-165.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 114-132, nov. 2015. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencaia/article/view/216/114>. Acesso em: 6 set. 2019.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Tradução Rachel Sztajn.
- NORONHA, Fernando. O nexó de causalidade na responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 816, p. 733-752, out. 2003.
- OLIVEIRA, Fernanda Serravite de. *Colaboração premiada: reflexões sobre o seu valor probatório à luz da Lei 12.850/2013*. 2017. 27 f. TCC (Graduação) – Curso de Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017. Cap. 2. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/6292/1/fernandaserravitedeoliveira.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.
- PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n.1, p. 15-27, jan.-jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n1/a02v4n1>. Acesso em: 26 ago. 2019.
- PINHO, Ana Cecília Machado de. O *enforcement* concorrencial privado brasileiro e as principais polêmicas processuais. In: ANDREOLI, Daniel Oliveira (Org.); HONDA, Joyce Midori (Org.). *A concorrência em análise: reflexões dos membros da CECORE/OAB-SP Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica – OAB/SP*. São Paulo: Scortecci, 2018. p. 61-76.
- REGO, Cristiane Roberta Franco da Cruz. *Reparação de danos como desestímulo à prática de cartel: uma abordagem prática*. 2017. 129 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital>.

fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23909/Cristiane%20Rego%20FGV%20mestrado%20profissional%20biblioteca%20digital.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 9 set. 2019.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. 2012. 349 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28243/R%20-%20T%20%20%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1>. Acesso em: 8 set. 2019.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2019 – 1.º COLOCADO –
GRADUAÇÃO

ATOS DE CONCENTRAÇÃO
VERTICAIS, EFEITOS UNILATERAIS E
COORDENADOS

O que o Cade justifica em seus julgados?

VÍVIAN SALOMÃO IANELLI

Resumo: O presente artigo apresenta uma análise jurisprudencial de efeitos concorrenciais, decorrentes de integrações verticais em Atos de Concentração (ACs), alegados em votos vencedores no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) entre 2014 e 2018. Identificaram-se 38 ACs com integrações verticais, sendo que 16 deles tiveram seus efeitos verticais detalhados pelo Tribunal. A pesquisa visa analisar as características gerais dos ACs verticais e aprofundar na argumentação utilizada pelos Conselheiros ao alegar a presença de efeitos verticais e suas categorias existentes. O estudo identificou principalmente efeitos unilaterais e coordenados decorrentes de integrações verticais.

Palavras-chave: Ato de Concentração – Integração vertical – Cade – Efeito unilateral – Efeito coordenado.

1. Introdução

No período de 2014 a 2018, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) atuou de forma intensa no controle de estruturas, julgando 81 atos de concentração. Nesse período, o Cade avaliou casos com diferentes formatos de estruturação da operação: casos com sobreposições horizontais,¹

1. De acordo com a OECD, as concentrações horizontais se referem a concentrações entre empresas que fabricam o mesmo tipo de produto. “Merger between firms that produce and sell the same products, i.e., between competing firms” (OECD, p. 58).

verticais² e conglomerais.³ Consequentemente, cada formato gera, potencialmente, efeitos negativos à concorrência diferentes.

A regulamentação da análise dessas concentrações e a previsão dos possíveis efeitos nocivos à concorrência são geralmente apresentadas por guias criados por agências antitrustes, como é o caso da *European Commission* (EC) – União Europeia,⁴ *Department of Justice* (DOJ) e *Federal Trade Commission* (FTC) – Estados Unidos⁵ e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – Brasil.⁶ O Cade apresenta um guia apenas sobre concentrações horizontais, enquanto as outras duas agências já padronizaram a análise de concentrações não horizontais, ou seja, verticais e conglomerais. A União Europeia contém, entre os países apontados, o guia mais atual para concentrações verticais, sendo ele a base para as premissas e definições utilizadas no decorrer desse artigo.

Por ser um tema ainda em crescimento no Brasil, não foram encontradas pesquisas ou trabalhos que revelem a prática do Tribunal quando da análise de efeitos anticompetitivos decorrentes de integrações verticais. O presente estudo visa compreender essa prática, por meio de uma análise interpretativa dos efeitos alegados pelos votos vencedores de ACs verticais, utilizando-se como base as definições presentes no guia da União Europeia.

A ideia do artigo é mapear os principais efeitos alegados pelo Tribunal e como se deu a evolução da análise concorrencial desses casos. Com os resultados obtidos será possível definir como a agência antitruste brasileira tem avaliado os efeitos concorrenciais verticais e quais os efeitos considerados mais prejudiciais à concorrência, possibilitando a identificação desses efeitos de modo mais eficaz.

O artigo está estruturado da seguinte forma: o tópico 2 tratará dos aspectos gerais dos Atos de Concentração verticais analisados e o tópico 3 aprofundará os efeitos concorrenciais decorrentes de integrações verticais alegados pelo Tribunal do Cade entre o período de 2014 e 2018, dividindo-se em efeitos unilaterais e efeitos coordenados.

2. A OECD apresenta também a definição de integrações verticais como a concentração entre empresas que atuam em diferentes estágios de produção. “Merger between firms operating at different stages of production, e.g., from raw materials to finished products to distribution” (OECD, p. 58).
3. A OECD define as concentrações conglomerais como a concentração entre empresas não relacionadas. “Merger between firms in unrelated business” (OECD, p. 58).
4. EU. “Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas”, 2008.
5. US, DOJ. “Non-Horizontal Merger Guidelines”, 1984.
6. CADE. “Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal”, 2016.

2. Aspectos gerais dos Atos de Concentração Verticais julgados pelo Cade entre 2014 e 2018

2.1 Metodologia e premissas relevantes

O presente artigo terá como alvo os efeitos concorrenciais dos Atos de Concentração verticais. Esses processos são caracterizados pela existência de ao menos uma integração vertical encontrada pelo Tribunal, porém isso não exclui a possibilidade de haver sobreposições horizontais ou relações conglomeradas no mesmo caso.

Para a pesquisa, foram considerados os casos julgados com base na Lei 12.529/2011 (Nova Lei de Concorrência).⁷ Assim, o artigo abordará os dados resultantes da pesquisa de jurisprudência do Cade de efeitos derivados dos Atos de Concentração verticais entre 2014 e 2018, sendo cada um desses efeitos detalhados considerando uma análise interpretativa dos votos vencedores dos casos levantados.

A fim de obter esses dados, a pesquisa se iniciou com a análise de todas as Atas das Sessões de Julgamento Ordinárias e Extraordinárias do Cade nesse período de quatro anos. Ao total, foram analisados 259 processos,⁸ entre eles Processos Administrativos e Atos de Concentração. Ao avaliar cada uma das atas, foram selecionados apenas os Atos de Concentração julgados nas sessões, resultando em um total de 81 casos.

Entre esses casos, apenas 38 continham integrações verticais. Considerando que no presente trabalho foram avaliadas todas as atas das sessões de julgamento, estão incluídos na contagem final casos resultantes de recurso, impugnação e avocação de Atos de Concentração verticais.⁹

Para cada um dos 38 casos aprofundados, foi realizado um filtro para determinar quais processos continham efeitos anticompetitivos apenas decorrentes de integrações verticais alegados nos votos vencedores. Desses 38 casos, o Tribunal identificou efeitos concorrenciais apenas em 16 ACs verticais. Isto é, as integrações verticais contidas nos outros 22 ACs não foram aprofundadas

7. Alguns casos de 2014 foram notificadas ainda sob a égide da Lei 8.884/94, de forma que fogem do escopo de análise do presente estudo. Assim, apesar de terem sido julgados 30 Atos de Concentração no referido ano, apenas 18 deles foram notificados na vigência da nova lei.

8. Não foram incluídos os Embargos de Declaração nessa contagem, ou qualquer forma de recurso quando o caso já tivesse sido julgado pelo Tribunal anteriormente.

9. Nesses processos, os casos haviam sido aprovados sem restrições pela SG e o recurso foi o primeiro contato do Tribunal com o caso.

pois, segundo os Conselheiros, elas não seriam capazes de gerar efeitos contrários à concorrência. Assim, de acordo com esses 16 casos, classificou-se o tipo de efeito concorrencial identificado conforme a explicação e termo jurídico utilizado pelo Conselheiro com voto vencedor.¹⁰

Para consolidar os dados obtidos na pesquisa, foi criada uma tabela no programa Excel detalhando todos 38 ACs verticais. As colunas dessa tabela contêm as seguintes informações: tipo de classificação do Ato de Concentração (sumário ou ordinário); existência de sobreposição horizontal entre mercados envolvidos; se essas sobreposições foram analisadas pelo Tribunal por conterem efeitos negativos à concorrência; se as integrações verticais não tinham efeitos concorrenciais; os tipos de efeitos anticompetitivos alegados no voto vencedor (efeitos unilaterais ou coordenados); existência de efeitos conglomerados; resultado do caso; e, por fim, se o caso foi aprovado condicionado ao cumprimento de ACC, se este visou solucionar efeitos decorrentes das integrações verticais.¹¹ A partir dessa tabela foi possível consolidar as informações em gráficos presentes neste estudo.

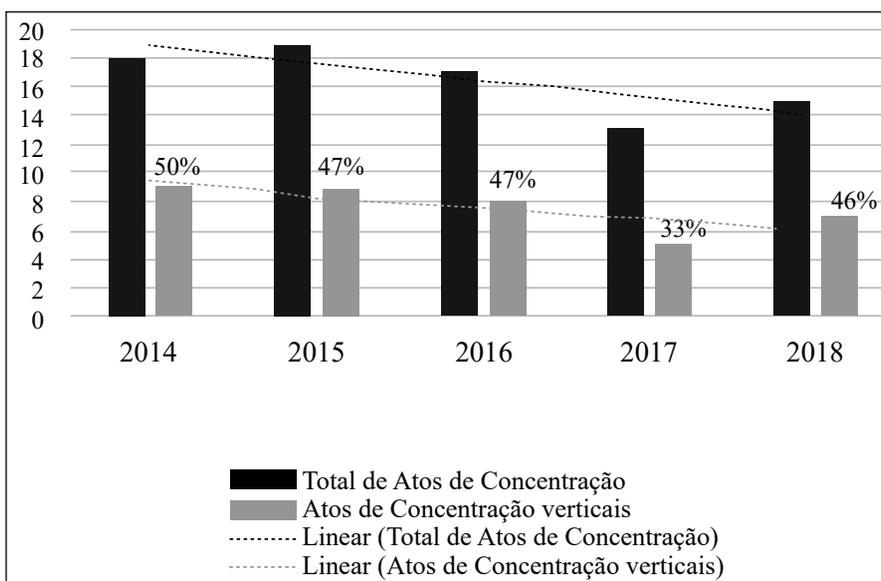
2.2 *Dados referentes aos aspectos gerais dos Atos de Concentração verticais julgados pelo Cade entre 2014 e 2018*

Nos termos do art. 57 da Lei 12.529/2011, os Atos de Concentração precisam primeiramente passar pela análise da Superintendência-Geral do Cade (SG-Cade), por meio de um parecer, resultante de uma atividade de investigação das características do mercado e da própria operação. Desse parecer, a

-
10. Muitas vezes, os votos são destoantes entre si na justificativa para concordar com um dispositivo. Assim, não seria possível concretizar a presente pesquisa caso todos os votos de um mesmo processo fossem considerados para definir os problemas concorrenciais presentes no processo. Os Conselheiros discordam até mesmo quanto à existência de algumas preocupações concorrenciais, de forma que utilizar o voto vencedor foi uma maneira de uniformizar a análise.
 11. Considerando que a pesquisa foi realizada com uma metodologia interpretativa dos votos vencedores, os dados compilados podem ser considerados aproximações do entendimento dos Conselheiros. Isso porque, em muitos casos, o tipo de efeito anticoncorrencial considerado preocupante na operação não era explicitamente delimitado, sendo necessário um exercício de interpretação e de análise do voto para chegar à conclusão quanto aos efeitos concorrenciais referidos. Assim, é importante ressaltar que muitos votos não apresentaram de imediato os efeitos com a nomenclatura apresentada na tabela, o que evidencia o esforço acadêmico de classificação realizado no presente trabalho.

própria SG-Cade,¹² um Conselheiro¹³ ou mesmo os interessados no processo¹⁴ podem exigir uma análise do caso pelo Tribunal. Considerando essas possibilidades de análise pelo Tribunal, o gráfico a seguir apresenta todos os Atos de Concentração julgados pelo Tribunal do Cade em comparação com os ACs verticais também analisados nessa instância entre 2014 e 2018.

Gráfico 1 – Quantidade de Atos de Concentração Verticais julgados pelo Tribunal do Cade entre 2014 e 2018



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

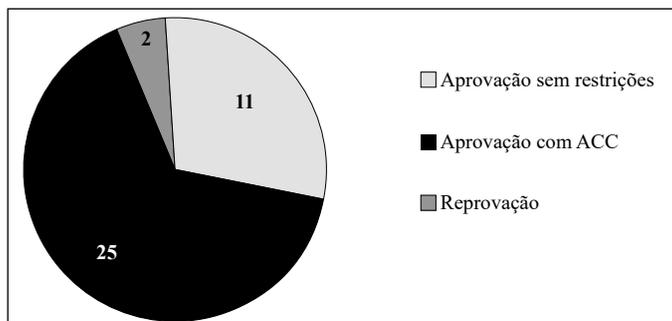
12. A SG-Cade pode pedir a impugnação do Ato de Concentração devido à recomendação de rejeição ou aprovação com restrições do caso, ou ainda devido à incapacidade de definir os efeitos anticompetitivos decorrentes da operação. Disposições presentes na Lei 12.529/2011 no art. 57, inciso II.
13. No caso do pedido de análise pelos Conselheiros, estes podem avocar o processo, no prazo de 15 dias após a decisão de aprovação proferida pela SG-Cade, de forma que aquele julgador que realizou a provocação fique responsável pela reanálise do processo. Disposições presentes na Lei 12.529/2011 no art. 65, inciso II.
14. As partes ou terceiros interessados podem também apresentar recurso contra a decisão da SG, no mesmo período de avocação pelos Conselheiros. Disposição presente na Lei 12.529/2011, no art. 65, inciso I.

Vê-se nesse gráfico que, apesar de haver um ligeiro decréscimo da quantidade de Atos de Concentração verticais ao longo dos anos, a quantidade de atos de concentração no geral também tem diminuído ao longo do tempo, conforme pode ser identificado pelas tendências lineares praticamente paralelas apresentadas no gráfico.

Pode-se dizer que, proporcionalmente ao número total de atos de concentração, o número de operações verticais permanece sempre entre 45% e 50% dos ACs totais, de forma que a maioria dos casos julgados em sede do plenário do Cade *não* são Atos de Concentração verticais, mesmo sendo uma quantidade significativa de processos – praticamente sempre metade dos casos julgados. Em 2017, contudo, verifica-se período atípico, em que os Atos de Concentração verticais representaram apenas 33% do total.

O gráfico seguinte apresenta os resultados dos Atos de Concentração de acordo com o julgamento do Tribunal:¹⁵

Gráfico 2 – Resultados de Atos de Concentração Verticais entre 2014 e 2018



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Conforme o gráfico *supra*, entre os 25 ACs verticais aprovados com restrições impostas por Acordos em Controle de Concentrações (ACCs), 13 deles tiveram como justificativa as integrações verticais presentes na operação. Em outras palavras, 13 casos tiveram de ser restringidos pela autoridade antitruste

15. De acordo com o Guia de Remédios do Cade, o ACC é o meio pelo qual podem ser negociados remédios entre a SG ou Tribunal e as Requerentes em um Ato de Concentração. Esses remédios são definidos como “restrições necessárias para corrigir os eventuais efeitos nocivos de um Ato de Concentração (“AC”), de acordo com o art. 61 da Lei 12.529/2011” (Guia, p. 7).

pois as integrações verticais resultantes da operação, ou reforçadas por ela, seriam capazes de gerar efeitos anticompetitivos relevantes no mercado.

Nos outros 12 casos, os remédios aplicados aos casos decorreram de efeitos horizontais ou efeitos conglomerados, presentes em ACs com integrações verticais, que se mostraram prejudiciais à concorrência. Esse cenário não é, todavia, excludente. Isto é, a solução de efeitos decorrentes de relações de mercado horizontais ou conglomerais pode também sanar efeitos anticompetitivos derivados de integrações verticais. Esse último cenário foi o caso da operação entre Bayer e Monsanto,¹⁶ a qual apresentava graves problemas horizontais que, ao serem sanados com remédios estruturais,¹⁷ eliminaram também os efeitos verticais da operação.

Em relação aos dois casos *reprovados* nesse período, apenas um deles, o AC entre JBJ e Mataboi,¹⁸ teve como motivação a integração vertical existente na operação. Inclusive, esse AC teve como argumento para a reprovação os efeitos coordenados possíveis se o caso fosse concluído. O caso foi decidido de forma inovadora no Tribunal, já que uma reprovação foi justificada pela possibilidade de coordenação entre duas empresas, sendo uma delas a JBJ e a outra, uma empresa fora da operação, a JBS.

Por fim, as *aprovações sem restrições* são casos em que os efeitos concorrenciais verticais não foram considerados capazes de prejudicar de forma significativa a concorrência. Apenas um deles apresentou preocupações quanto à possibilidade de coordenação entre as requerentes e outras empresas do mercado, mas que mesmo com tal possibilidade, o Tribunal optou pela aprovação já que não havia indícios mais concretos dessa conduta nos autos.¹⁹

Ainda, em atos de concentração verticais, nota-se que há um número maior de aprovações condicionadas a remédios estruturais e/ou comportamentais²⁰ do que de aprovações sem restrições, já que o Tribunal atua em casos cujos efeitos anticompetitivos no mercado são considerados mais graves.

16. CADE. Ato de Concentração 08700.001097/2017-49. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 07.02.2018.

17. Conforme o Guia de Remédios Antitruste do Cade, remédios estruturais se referem à “transmissão definitiva de direitos e ativos” (CADE, p. 11).

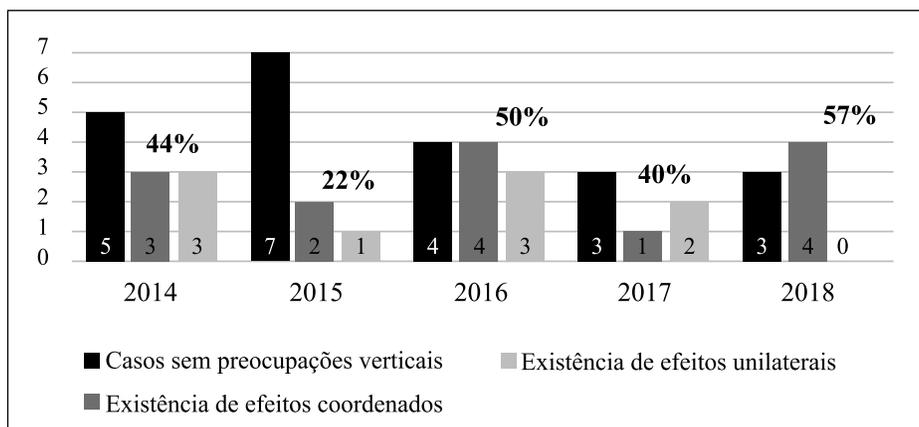
18. CADE. Ato de Concentração 08700.007553/2016-83. Requerentes: Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda., Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro, julgado em 18.10.2017.

19. CADE. Ato de Concentração 08700.004872/2013-94. Requerentes: Editora Objetiva Ltda., Editora Arqueiro Ltda. e Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A., Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 14.05.2014.

20. Novamente, conforme o Guia de Remédios do Cade, os remédios antitruste “podem ser classificados, de forma geral, (i) em estruturais, quando envolverem a

O gráfico seguinte apresenta um panorama das análises dos votos vencedores em cada um dos anos estudados quanto à existência ou não de efeitos verticais.

Gráfico 3 – Existência de efeitos concorrenciais decorrentes de integrações verticais entre 2014 e 2018



Fonte: Elaboração própria. Dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Importante destacar que em alguns casos foram identificados efeitos tanto unilaterais como coordenados, de forma que não se pode simplesmente somar os valores supramencionados para ter como resultado a quantidade de Atos de Concentração verticais daquele ano. Em 2014, dos nove ACs verticais, apenas quatro casos tiveram preocupações concorrenciais decorrentes de integração vertical. Assim, em 44% dos casos foram identificados efeitos anticompetitivos.

Em 2015, dos nove casos verticais julgados, apenas dois deles apresentaram uma avaliação de efeitos, ou seja, 22% apresentou efeitos de origem vertical. Em 2016, dos oito ACs verticais, metade deles (50%) apresentou análise de efeitos anticompetitivos. Já em 2017, dos cinco ACs verticais julgados, apenas dois deles (40%) tiveram seus efeitos analisados. Em 2018, por não haver análise de efeitos coordenados, a representação do gráfico corresponde à quantidade de ACs verticais com análise de efeitos unilaterais, isto é, 57% dos casos foram diagnosticados com a presença de efeitos negativos ao mercado.

transmissão definitiva de direitos e ativos, ou (ii) em comportamentais, quando envolverem práticas comerciais sem a necessária transmissão de direitos e ativos” (Guia, p. 11).

A dificuldade em encontrar um padrão de análise do Tribunal nesse período deriva da existência de diversas outras variáveis que influenciam a análise, a notificação e o julgamento dos casos. Sabendo-se que os Conselheiros do Cade têm mandatos de quatro anos, conforme o art. 6º, § 1º, da Lei 12.529/2011, a alteração da composição do Tribunal pode afetar o formato de análise e até mesmo a quantidade de operações analisadas.

Além disso, a situação do mercado também influi nos tipos de operações notificadas, isto é, dependendo do nicho de mercado que está mais aquecido ou que passa por maiores dificuldades, os tipos de Atos de Concentração encontrados no Cade podem variar. A dinâmica econômica é também um fator primordial para o aumento ou diminuição de Atos de Concentração.²¹ Ainda, até mesmo interesses políticos, no sentido de implementação de políticas públicas, podem influenciar uma análise de atos de concentração de forma mais branda ou com maior rigidez.

Concomitantemente, as influências externas ao cenário de análise do Tribunal podem ser visualizadas quando analisados os efeitos coordenados ao longo do tempo. Apesar de em 2018 haver uma quantidade maior de casos analisados com preocupações decorrentes das relações verticais dos agentes, não há alegação de qualquer efeito coordenado nos casos, apenas de efeitos unilaterais. A conclusão que se pode atingir é que, cronologicamente, não há uma relação entre os efeitos alegados nos votos vencedores.

Apesar de tais variáveis serem relevantes, é possível constatar a partir do gráfico *supra* que, principalmente no ano de 2018, o Tribunal tem se detido a apontar efeitos anticompetitivos decorrentes integrações verticais com maior frequência e se debruçado em discussões sobre um tema que é considerado mais difícil de sopesar por conter, como contrapartida, diversas eficiências para as requerentes.

3. Tipos de efeitos alegados pelo Tribunal

3.1 Premissas

Após uma análise de todos os 38 casos de Atos de Concentração verticais julgados pelo Cade entre 2014 e 2018, 16 deles tiveram efeitos decorrentes de

21. Em escala global, Richard Whish escreveu em “Competition Law”, 2018, p. 831-832, que o desenvolvimento da economia e as crises ao longo do tempo criam uma natureza cíclica de estouros e recaídas dos números de concentrações realizadas no mercado. O autor aponta principalmente as crises econômicas como motivos para essas variações na quantidade de fusões e aquisições entre empresas.

integração vertical identificados e analisados pelo Tribunal. Os efeitos identificados foram separados em unilaterais (A) e coordenados (B).

A respeito dos efeitos unilaterais (A), importante mencionar que de acordo com o Guia de Concentrações não horizontais da União Europeia, há dois tipos de efeitos unilaterais referentes ao fechamento de mercado: *input foreclosure* e *customer foreclosure*. No primeiro, *input foreclosure* (fechamento a montante), trata-se de fechamento (restrição do acesso) quanto aos fatores de produção (insumos) a empresas clientes.²² O segundo tipo de efeito, *customer foreclosure* (fechamento a jusante), se refere ao fechamento quanto ao acesso ao cliente, ou seja, empresas produtoras de insumo não têm acesso aos clientes para escoar sua produção.²³

Com base nessas definições, os efeitos unilaterais foram enquadrados nesta pesquisa como: a discriminação de rivais (A.1), podendo ocorrer a montante (A.1.1) e a jusante (A.1.2); o aumento do custo de concorrente (A.2.), seja no mercado *upstream* (A.2.1) como no *downstream* (A.2.2); a existência de acordos de exclusividade (A.3) e uma categoria mais abrangente classificada como “Outros” (A.4), para abarcar efeitos unilaterais que fogem da análise tradicional dos efeitos (como, por exemplo, a existência de efeitos no mercado *midstream* ou a alteração na relação de transparência de informações com o mercado).

Em relação aos efeitos coordenados (B), o mesmo Guia de Concentrações não horizontais da União Europeia define a existência desses efeitos em ACs verticais devido à redução do número de competidores e, conseqüente maior capacidade de os concorrentes no mercado de coordenar suas ações.²⁴ As categorias

22. “[...]a nova entidade é susceptível de restringir o acesso aos produtos ou aos serviços que seriam de outra forma fornecidos ou prestados caso não se tivesse realizado a concentração, aumentando assim os custos dos concorrentes a jusante ao dificultar o seu abastecimento em termos de bens e serviços a preços e condições semelhantes aos prevalecentes caso não se tivesse realizado a concentração” (Guia, p. 265/10).
23. “O encerramento como cliente pode assumir diversas formas. A entidade resultante da concentração pode, por exemplo, decidir obter todos os factores de produção de que necessita junto do seu departamento a montante podendo, assim, deixar de efectuar aquisições junto dos seus concorrentes a montante. Pode igualmente reduzir as suas aquisições junto dos seus concorrentes a montante, ou efectuá-las em condições menos favoráveis do que as que prevaleceriam na ausência da concentração” (Guia, p. 265/16).
24. “Uma concentração vertical pode permitir que as empresas nos mercados a jusante ou a montante, cheguem mais facilmente a um consenso sobre as condições da coordenação. Por exemplo, quando uma concentração vertical conduz a um encerramento do mercado, tal facto traduz-se numa redução do número de

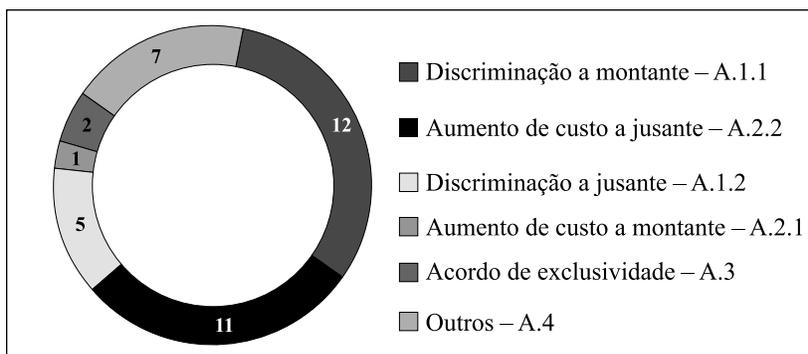
de efeitos coordenados foram definidas então nesta pesquisa como a existência de verificação de desvios pelas empresas coordenadas (B.1), a possibilidade de utilização de mecanismos de dissuasão (B.2) e as reações de empresas terceiras à coordenação das requerentes com outros *players* do mercado (B.3).

Efeitos verticais	
Efeitos unilaterais – Tipo A	Efeitos coordenados – Tipo B
<ul style="list-style-type: none"> • Discriminação de rivais – A.1 • Aumento do custo de rivais – A.2 • Acordo de exclusividade – A.3 • Outros – A.4 	<ul style="list-style-type: none"> • Verificação de desvios – B.1 • Mecanismos de dissuasão – B.2 • Reação de empresas terceiras – B.3

3.2 Efeitos unilaterais

Dos 16 Atos de Concentração com efeitos concorrenciais derivados de integrações verticais, 14 deles apresentaram efeitos unilaterais (A), conforme tabela constante do Anexo I do presente texto. Com base nesses 14 casos, foi possível classificar o argumento dos votos vencedores e obter o seguinte resultado:

Gráfico 5 – Tipos de efeitos unilaterais alegados no voto vencedor dos casos julgados entre 2014 e 2018



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

concorrentes efectivos no mercado. De forma geral, uma redução no número de intervenientes torna mais fácil a coordenação entre os restantes operadores no mercado” (Guia, p. 265/20).

Importante destacar que alguns dos casos sob análise encontravam efeitos unilaterais em mais de uma categoria, de forma que o somatório dos valores do gráfico é superior à quantidade de casos com preocupações concorrenciais unilaterais. Conforme o entendimento exarado pelo Guia da União Europeia no tópico 3.1 deste artigo, dividiu-se inicialmente os efeitos em discriminação de concorrentes e aumento de custo destes.

No primeiro caso, avaliou-se o nível da cadeia produtiva no qual haveria a prática de conduta restritiva. Em outras palavras, utilizou-se como critério em qual nível (*upstream* ou *downstream*) as requerentes poderiam exercer poder de mercado de forma a prejudicar o outro nível da cadeia. Assim, a *discriminação a montante* (A.1.1) significa que as empresas poderiam limitar o acesso a insumos de forma que o mercado prejudicado seria aquele à jusante. Da mesma forma, a *discriminação a jusante* (A.1.2) – isto é, a limitação pelo cliente de adquirir seus insumos de apenas um produtor – prejudica o mercado a montante no momento em que as concorrentes no mercado *upstream* não detêm uma empresa para realizar o escoamento da produção no mercado *downstream*.

No caso de efeitos unilaterais de aumento de custo (A.2), a análise foi realizada considerando o nível de mercado afetado pela conduta anticompetitiva. No caso de *aumento de custo a jusante* (A.2.1), os concorrentes prejudicados estão no mercado *downstream*, já que a empresa a montante define condições diferenciadas de compra às empresas excluídas da relação vertical criada pela operação. Nessa mesma lógica, o *aumento de custo a montante* (A.2.2) gera um prejuízo às empresas do mercado *upstream*, já que a empresa a jusante pode impor condições mais restritivas ou que demandem um investimento excessivo aos produtores, os quais precisam escoar sua produção por meio desse cliente específico.

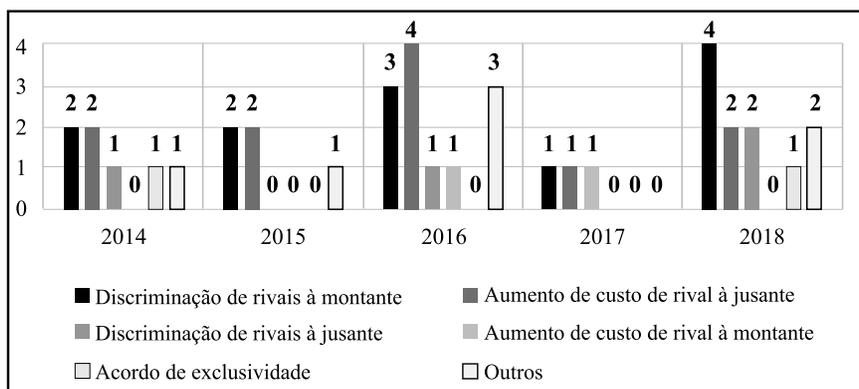
Os *acordos de exclusividade* (A.3), em realidade, podem significar um fechamento em ambos os níveis *upstream* e *downstream*, ou em apenas um deles. Contudo, eles representam uma conduta mais gravosa já que se torna explícita a intenção de fechamento de mercado pela operação. A possibilidade de existência desses acordos aparece em casos nos quais há quase uma certeza do fechamento, seja por contratos previamente estabelecidos entre as partes antes da operação, seja pela política das empresas de forma geral.

Por fim, a categoria “outros” (A.4) envolve situações diferenciadas das mais tradicionalmente encontradas devido ao tipo de mercado envolvido ou às políticas adotadas pelas requerentes.²⁵

25. Um exemplo se deu no fechamento do mercado midstream, ou seja, a cadeia produtiva apresentava três níveis, sendo que a atuação das Requerentes poderia afec-

O gráfico seguinte apresenta os tipos de efeitos unilaterais ao longo do tempo em análise:

Gráfico 6 – Tipos de efeitos unilaterais entre 2014 e 2018



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Conforme o gráfico *supra*, é possível perceber um aumento na quantidade de efeitos unilaterais (A) alegados pelo Tribunal em 2016 e 2018. Considerando que em 2017 houve apenas um caso em que o Ato de Concentração vertical apresentou preocupações concorrenciais unilaterais,²⁶ o parâmetro de análise fica um pouco comprometido se considerada a quantidade de casos analisados nos outros anos.

Importante notar, contudo, que o aumento de declarações de efeitos unilaterais (A) em 2016 e 2018 pode ser considerado um indício de uma nova perspectiva desse tipo de efeito no Tribunal. A maior quantidade de efeitos concorrenciais alegados pelos conselheiros pode ser uma demonstração de maturidade do Tribunal para definir a existência de preocupações de cunho unilateral ou mesmo da gravidade do efeito concorrencial decorrente da operação.

Outro ponto que também pode ser observado é a maior capacidade de percepção de diferentes efeitos verticais. Os casos analisados em 2016 e 2018 apresentaram efeitos unilaterais (A) em diversos nichos de mercado, havendo inclusive a constatação da única referência ao aumento de custo de concorrentes à montante (A.2.1) em 2016. Mesmo se analisado o único caso de 2017, foram constatados três diferentes efeitos unilaterais, nos mercados *upstream* e

tar o mercado intermediário em que atuavam. Por não estar enquadrado em um mercado à montante ou à jusante, colocou-se em categoria separada.

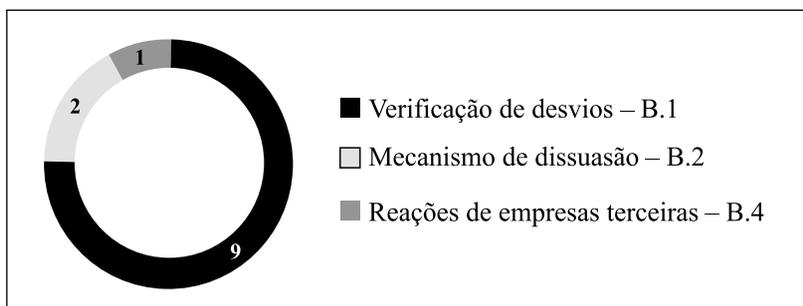
26. CADE. Ato de Concentração 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, julgado em 18.10.2017.

downstream. Essas percepções dos casos demonstram um amadurecimento do Tribunal ao longo do tempo quando analisados os efeitos unilaterais, seja por uma robustez jurisprudencial, seja pela consolidação da doutrina brasileira.

3.3 Efeitos coordenados

Dos 16 ACs com efeitos verticais, apenas 9 deles apresentaram efeitos coordenados (B) julgados pelo Cade entre 2014 e 2018, conforme o Anexo II do presente artigo. A partir desses 9 casos foi possível classificar os efeitos por meio de interpretação dos votos vencedores e com base no guia europeu de concentrações não horizontais para obter o seguinte gráfico:

Gráfico 4 – Tipos de efeitos coordenados alegados no voto vencedor dos casos julgados entre 2014 e 2018



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Nessa categoria de efeitos, o Tribunal é ainda mais relutante em declará-los. Isso porque a possibilidade de comprovação de que a operação será capaz de facilitar ou incentivar um conluio entre concorrentes é muito baixa. Essa análise depende das condições do mercado, das empresas envolvidas, da atividade praticada, ou seja, de fatores específicos ao caso concreto e à situação mercadológica do momento.

Considerando que em um mesmo caso foi alegado mais do que um efeito coordenado (B), em todos os 9 casos foi necessariamente atestada a verificação de desvios (B.1) entre as empresas, com ou sem a existência das outras duas categorias de efeitos coordenados.

Outro ponto relevante para a criação do gráfico *supra* se dá na forma como os dados foram obtidos. No caso de efeitos coordenados (B), como já explicitado anteriormente, há maior dificuldade de comprovação, de forma que os Conselheiros muitas vezes não categorizaram de maneira explícita os efeitos nos moldes do gráfico *supra*. A fim de consolidar os dados, foi necessá-

rio realizar uma interpretação das nomenclaturas e justificativas apresentadas nos votos.

Os Conselheiros de forma geral apontavam que o principal efeito coordenado decorrente de operações seria a de troca de informações sensíveis entre concorrentes. Contudo, quando analisado o Guia de concentrações não horizontais da União Europeia no tópico sobre efeitos coordenados, a troca de informações sensíveis seria o meio pelo qual é gerado o efeito anticompetitivo de verificação de desvios.²⁷

Considerando a disposição no Guia europeu e a fim de manter a coerência dos dados, em casos nos quais os votos apenas citavam a possibilidade de troca de informações sensíveis como efeito negativo à concorrência, incluiu-se na *categoria de verificação de desvios* (B.1). Esta funcionaria como uma forma de maximizar os lucros sem que as empresas necessitem concorrer entre elas, ou seja, investir em inovação para diminuir os custos ou apresentar um produto diferenciado no mercado.

Essa conduta é típica da prática de cartel. Por esse motivo, a coordenação entre essas empresas traz grande preocupação à autoridade antitruste, pois além de fechar o mercado, as empresas têm capacidade de entrar em conluio com seus concorrentes para formação de cartel. O cartel, tanto na doutrina brasileira²⁸ como na doutrina internacio-

27. “A integração vertical pode facilitar a coordenação, aumentando o grau de transparência do mercado entre as empresas, através do acesso a informações sensíveis relativas aos concorrentes ou facilitando a verificação dos preços. Podem surgir problemas, por exemplo, se o grau de transparência dos preços for mais elevado a jusante do que a montante, o que pode ocorrer quando os preços cobrados aos consumidores finais são públicos, mas as transações no mercado intermédio são confidenciais. A integração vertical pode proporcionar aos produtores a montante um controlo sobre os preços finais, permitindo-lhes assim verificar os desvios mais eficazmente. (grifo)”

28. A professora Ana Frazão, em seu livro “Direito da Concorrência”, apresenta uma introdução a essa temática ao afirmar que “Nos casos de cartel, nos quais o objeto da investigação é um conluio organizado entre concorrentes com a única finalidade de elevar artificialmente os preços cobrados do consumidor ou dividir mercados, a prova da materialidade da conduta e de suas especificidades traz consigo a demonstração da potencialidade lesiva que a Lei Antitruste brasileira exige para configuração da infração à ordem econômica, sendo dispensável a análise de outros elementos – como mercado relevante, barreiras à entrada e poder de mercado –, que podem se mostrar necessários na investigação de outros tipos de condutas. Tal constatação deriva basicamente da ausência de efeitos pró-competitivos e da lesividade patente da conduta”.

nal,²⁹ é considerado um ilícito por si só, já que não pode trazer eficiências ou benefícios ao mercado.

Devido a essa gravidade da conduta de cartel, é esperado que qualquer forma de incitação à coordenação entre empresas seja rechaçada pelo Tribunal. Esse ideal é consolidado pelos dados obtidos no presente estudo, já que 89% dos casos com efeitos coordenados foram considerados preocupantes devido à presença de verificação de desvios entre as concorrentes.

Em relação aos outros dois tipos de efeitos coordenados, a comprovação torna-se ainda mais difícil, já que se deve apresentar a possibilidade de uma empresa controlar ou mesmo punir concorrentes que não estejam de acordo com a coordenação imposta ao mercado – caso da *categoria de mecanismos de dissuasão* (B.2) – ou ainda, de as empresas coordenadas aumentarem as barreiras à entrada ou desestabilizar concorrentes que não estejam de acordo com a coordenação, mas que ainda consigam atuar fora dela – caso da *categoria de reações a empresas terceiras* (B.3).

Novamente, considerando que a análise de integrações verticais, por si só, depende de previsões realizadas pela autoridade antitruste, a suposição de que haverá uma coordenação e de que as empresas serão capazes de controlar outros agentes do mercado apresenta dificuldades de comprovação. Por esses motivos, as duas categorias de efeitos coordenados tratadas no parágrafo anterior apresentam tão reduzida jurisprudência.

4. Conclusão

O Tribunal do Cade tem ampliado seu escopo de análise de Atos de Concentração no período entre 2014 e 2018. Conforme o estudo apresentado, nos anos de 2016 e 2018 o órgão antitruste pode identificar uma maior quantidade de efeitos decorrentes de integrações verticais, sejam unilaterais ou coordenados, nos mercados a montante e a jusante. Porém, mesmo havendo uma maior quantidade de efeitos identificados, não se pode concluir que há um padrão cronológico em relação aos tipos de efeito analisados, pois esse dado depende de variáveis externas ao Tribunal.

29. Richard Wish e David Bailey em “Competition Law” também apontam o mesmo entendimento acerca do prejuízo decorrente de cartéis “Cartels are the most obviously harmful anti-competitive practice known to competition law, and are a prime target of competition authorities. [...] Horizontal agreements between independent undertakings to fix prices, divide markets, to restrict output and to fix the outcome of supposedly competitive tenders are among the most serious restrictions of competition” (2018, p. 520).

Entretanto, a análise de efeitos em diversos nichos da cadeia produtiva é um indicativo de que o Tribunal se apresenta mais elucidado para avaliar relações de maior complexidade no mercado. Essa confiança pode advir da criação de uma jurisprudência ou da consolidação de uma gama de precedentes já existente; maior aprofundamento do tema por juristas e doutrinadores brasileiros, considerando que a Lei está vigente a pouco tempo; ou mesmo maior preparo de Conselheiros no direito concorrencial, já que, no Brasil, a concorrência é matéria ainda muito recente.

Em relação aos efeitos em si, constatou-se que a maioria dos casos julgados apresenta efeitos unilaterais decorrentes de discriminações *a montante* (A.1.1) com consequências no mercado *a jusante*. Esses casos são os mais tradicionais, pois esse formato de relação entre empresas tende a diminuir os custos de transação das requerentes.

O direcionamento do fornecimento de produtos a um mesmo cliente simplifica as negociações necessárias para a atividade empresária e reduz o custo de transporte da mercadoria, de forma a gerar diversas eficiências à empresa no mercado *upstream*. Contudo, apesar de gerar eficiências, as integrações podem revelar-se preocupantes a ponto de as eficiências não serem suficientes para suprir o fechamento de mercado advindo da operação. A percepção, pelo Tribunal, de que a discriminação a montante pode gerar prejuízos relevantes à concorrência é fruto desse amadurecimento do Plenário já comentado anteriormente.

Além disso, a identificação de uma maior variedade de efeitos a partir de 2016 nos casos também reflete o maior conhecimento sobre o tema pela autoridade, o que tem sido essencial para o desenvolvimento da argumentação jurídica sobre os possíveis efeitos negativos à concorrência das operações.

Apesar de a identificação de efeitos ter aumentado no período estudado, ainda há um longo caminho para a otimização dessa análise. Uma possível solução seria a criação de um guia para atos de concentração não horizontais, nos moldes dos guias europeu e americano, de forma a prever os efeitos mais comuns decorrentes das integrações verticais e relações conglomeradas, além de apresentar diversos tipos de estruturas econômicas e cadeias produtivas com a finalidade de padronizar os julgamentos do Cade e facilitar a identificação de efeitos não horizontais negativos à concorrência nas operações notificadas.

Anexo I – Tabela de casos com efeitos unilaterais alegados pelo Tribunal do Cade entre 2014 e 2018

Tabela 1 – Relação de Atos de Concentração com efeitos unilaterais

Requerentes	Ano	Discriminação à montante	Aumento de custo à jusante	Discriminação à jusante	Aumento de custo à montante	Acordo de exclusividade	Outros
Praxair, Inc. e Linde AG	2018	X		X			
Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos S.A.	2018	X		X		X	X ³⁰
Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company	2018	X	X				X ³¹
Grupo Petrotemex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A.	2018	X	X				
AT&T Inc. e Time Warner Inc.	2017	X	X	X			
Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e Petrobrás Gás S.A.	2016	X	X				X ³²
Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil); Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A. (AC dos Bancos)	2016	X	X	X	X		

30. Nesse caso, o efeito unilateral se refere à possibilidade de limitação do incentivo ao desenvolvimento de novas tecnologias, considerando que a XP foi avaliada pelo voto vencedor como uma empresa *maverick*.
31. No caso, um dos efeitos identificados na Operação se refere à possibilidade da Monsanto licenciar seus produtos quando a tecnologia já estivesse desatualizada, levando a uma vantagem competitiva apenas à empresa a ela everticalizada.
32. O efeito anticompetitivo encontrava-se no mercado midstream, ou seja, em etapa intermediária da cadeia produtiva, pois uma das empresas poderia exercer poder de mercado nesse nível entre os mercados *upstream* e *downstream*, de forma a controlar a oferta no mercado à jusante. Mesmo que a lógica do caso seja semelhante ao da discriminação à montante, o voto tratou especificamente dessa diferenciação e por isso categorizou-se separadamente.

Requerentes	Ano	Discriminação à montante	Aumento de custo à jusante	Discriminação à jusante	Aumento de custo à montante	Acordo de exclusividade	Outros
Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.	2016	X	X				X ³³
Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda., SICBRAS Carbetto de Silício do Brasil Ltda.	2016		X				X ³⁴
Telefónica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e Mediobanca S.p.A. ³⁵	2015	X	X				
Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A.	2015	X	X				X ³⁶

33. O caso poderia envolver uma situação de subsídio cruzado, ou seja, uma das empresas verticalizadas poderia vender seus produtos por um valor inferior já que a outra empresa tem capacidade de suprir os possíveis prejuízos decorrente do valor inferior ao do mercado.
34. Nesse caso, a Saint-Gobain teria capacidade ociosa (possibilidade de produzir mais do que a quantidade demandada pelo mercado atualmente) de absorver a demanda que pode surgir com uma possível discriminação de preços das concorrentes. Isto é, o Tribunal entendeu que a Saint-Gobain teria incentivo para discriminar os preços de concorrentes no mercado downstream a fim de direcionar a demanda a seus próprios produtos, já que ela tem capacidade de produzir suficientemente para suprir essa nova demanda.
35. CADE. Ato de Concentração 08700.009731/2014-49. Requerentes: Telefónica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e Mediobanca S.p.A. e Ato de Concentração 08700.009732/2014-93. Requerentes: Telefónica Brasil S.A., Telefónica S.A., GVT Participações S.A. e Vivendi S.A., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25.03.2015. Considerando que os dois casos foram julgados em conjunto já que havia relação entre as duas Operações, foi contabilizado apenas como um caso, já que o voto vencedor foi o mesmo para os dois cenários.
36. Na categoria “Outros” inclui-se uma possível assimetria de informação entre o mercado e o poder público, já que a estrutura verticalizada formada após a Operação tornaria mais difícil o monitoramento por agências reguladoras, pois se trata do mercado de serviços de transporte por ferrovias.

Requerentes	Ano	Discriminação à montante	Aumento de custo à jusante	Discriminação à jusante	Aumento de custo à montante	Acordo de exclusividade	Outros
Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ICL Brasil Ltda. e Fosbrasil S.A.	2014	X	X				
Associação Nacional dos Exportadores de Suco Cítricos e Sociedade Rural Brasileira	2014	X					
Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A	2014		X	X		X	X ³⁷

Elaboração própria. **Fonte:** dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Anexo II – Tabela de casos com efeitos coordenados alegados pelo Tribunal do Cade entre 2014 e 2018³⁸

Tabela 2 – Relação de Atos de Concentração com efeitos coordenados

Requerentes	Ano	Verificação de desvios	Mecanismos de dissuasão	Reações de empresas terceiras
<u>Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda.</u>	2017	X		X
AT&T Inc. e Time Warner Inc	2017	X		
Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil); Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A. (AC dos Bancos)	2016	X		

37. O Conselheiro Relator apontou que no caso, no qual havia contratos de licenciamento, esses contratos poderiam ser utilizados como forma de controle da Bayer pela Monsanto, já que esta teria acesso a diversas informações referentes às sementes produzidas pela Bayer.

38. Os casos grifados em cinza são os únicos Atos de Concentração verticais em que o Tribunal alegou apenas efeitos coordenados decorrentes da integração vertical existente na operação.

Requerentes	Ano	Verificação de desvios	Mecanismos de dissuasão	Reações de empresas terceiras
Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.	2016	X	X	
Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda., SICBRAS Carbetto de Silício do Brasil Ltda.	2016	X	X	
Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A.	2015	X		
<u>Editora Objetiva Ltda., Editora Arqueiro Ltda. e Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A (AC das Editoras)</u>	2014	X		
Associação Nacional dos Exportadores de Suco Cítricos e Sociedade Rural Brasileira	2014	X		
Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A	2014	X		

Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Referências

- BRASIL. *Lei 12.529*, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 15 set. 2019.
- Cade. *Ato de Concentração 08700.007553/2016-83*. Requerentes: Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda., Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro, julgado em 18.10.2017.
- Cade. *Ato de Concentração 08700.004872/2013-94*. Requerentes: Editora Objetiva Ltda., Editora Arqueiro Ltda. e Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A., Relator Conselheiro Alessandro Octaviano Luis, julgado em 14.05.2014.
- Cade. *Ato de Concentração 08700.000344/2014-47*. Requerentes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda., ICL Brasil Ltda. e Fosbrasil S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 10.12.2014.
- Cade. *Ato de Concentração 08012.003065/2012-21*. Requerentes: Associação Nacional dos Exportadores de Suco Cítricos e Sociedade Rural Brasileira, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 19.02.2014.

- Cade. *Ato de Concentração* 08700.004957/2013-72. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A., Relator Conselheiro Alessandro Octaviani, julgado em 22.01.2014.
- Cade. *Ato de Concentração* 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil); Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 09.11.2016.
- Cade. *Ato de Concentração* 08700.009363/2015-10. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda., Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 11.05.2016.
- Cade. *Ato de Concentração* 08700.010266/2015-70. Requerentes: Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e SiCBRAS Carbetto de Silício do Brasil Ltda., Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro, julgado em 13.04.2016.
- Cade. *Ato de Concentração* 08700.009731/2014-49. Requerentes: Telefônica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e Mediobanca S.p.A. e *Ato de Concentração* 08700.009732/2014-93. Requerentes: Telefônica Brasil S.A., Telefônica S.A., GVT Participações S.A. e Vivendi S.A., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25.03.2015.
- Cade. *Ato de Concentração* 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL – América Latina Logística S.A., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, julgado em 11.02.2015.
- Cade. *Ato de Concentração* 08700.007777/2017-76. Requerentes: Praxair, Inc. e Linde AG, Relator Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia, julgado em 13.06.2018.
- Cade. *Ato de Concentração* 08700.004431/2017-16. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 14.03.2018.
- Cade. *Ato de Concentração* 08700.001097/2017-49. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 07.02.2018.
- Cade. *Ato de Concentração* 08700.004163/2017-32. Requerentes: Grupo Petrotex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A., Relator Conselheira Cristiane Alkmin, julgado em 07.02.2018.
- Cade. *Ato de Concentração* 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, julgado em 18.10.2017.

Cade. *Ato de Concentração 08012.001015/2004-08*. Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda e Petróleo Gás S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier, julgado em 07.12.2016.

Cade, *Guia de Remédios Antitruste*, 2018.

Cade, *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*, 2016.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

JORNAL OFICIAL da União Europeia. *Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*, 18.10.2008.

OECD. *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, 2002.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 9. ed. Nova York: Oxford University Press, 2018.

BLOCK CHANGE

The fallacy of blockchain immutability and cartel governance¹

ROBERTO D. TAUFICK²

Abstract: This article complements professor Schrepel's observations by shedding light on how consensus rules can be built to automatically erase or create a hard fork for sensitive information when immutability no longer interests the parties to a cartel.

By elaborating on how shifting from immutability to mutability and vice-versa is the most relevant feature to turn blockchain into an unprecedented threat to fight cartels, this paper complements professor Shrepel's observations on how blockchain can enhance opacity for outsiders and at the same time improve transparency for cartel members.

Keywords: blockchain, cartel, 51 percent attack, opacity, mutability

Palavras-chaves: Blockchain – Cartel – Ataque por 51 por cento – Opacidade – Mutabilidade.

1. Forthcoming publication of the work in: "1 NOTRE DAME J. EMERGING TECH. ([2020]). "© [2019] Roberto Taufick. Individuals and nonprofit institutions may reproduce and distribute copies of this article in any format, at or below cost, for educational purposes, so long as each copy identifies the author, provides a citation to the Notre Dame Journal on Emerging Technologies, and includes this provision and copyright notice."
2. Invited Lecturer in Antitrust Law, Fundação Getulio Vargas. Master of in Law, Science and Technology, Stanford Law School. 2015 Gregory Terrill Cox Summer Research Fellow, John M. Olin Program in Law and Economics, Stanford University. Works recognized both nationally and internationally, including two nominations as best soft law in Concurrences' 2019 Antitrust Writing Awards.

Collusion and blockchain

The two most important works in blockchain and antitrust have been written by Utrecht Law School professor Thibault Schrepel, both published in 2019. Thibault's works explain in details how blockchain works and why blockchain's consensus rules can help create opportunities for both unilateral abuses and collusion. In this article I rely on professor Schrepel's conceptual explorations of blockchain so as to limit the discussion in this paper to the use of the technology in conspiracies in restraint of trade, particularly cartels. This article complements professor Schrepel's observations by shedding light on how consensus rules can be built to automatically erase sensitive information or create a hard fork when immutability no longer interests cartel members.

First and foremost, one must take into account that the economics of collusion is always concerned with technologies that handle anonymization and tracking. While cartel detection depends heavily on the ability of authorities and society together to identify conspiracies in restraint of trade, the length of cartels also relies on the level of compliance with its internal rules – in other words, on the ability of cartel members to oversee one another and on the effectiveness of sanctions for cartel defection. Inasmuch as tracking, anonymization and coercion are the pillars of an effective collusion, experts tend to look with skepticism at the flip side of innovations that offer privacy and sophisticated anti-piracy solutions^{3, 4}.

Such skepticism is magnified by trustbusters' historical inability to enforce the law against cartels, corroborated by the fact that it took quite long for cartel busters to develop and eventually apply leniency programs. In this regard, professor Thibault Schrepel⁵ raises the question if authorities are not relying

3. For the purpose of this article, anti-piracy solutions are those designed to prevent copying and preserve things in their original condition (immutability).
4. Professor Schrepel claims that immutability of registries would also increase compliance with the cartel, marketing it less necessary to rely on punishment: "Moreover, to the extent that the technology allows for binding agreements, the need to rely on the threat of punishment strategies diminishes, which make collusive outcomes more stable compared to such outcomes in non cooperative games." (Schrepel, 2019(a)).
5. "We shall therefore address whether the success of leniency applications is put into danger by blockchain. In other words, if the destabilization of game strategies is limited by the technology. If that is the case, we shall then discuss whether this would be problematic. After all, several studies estimate that the percentage of detected cartels is only between 10% and 33% in the post-World War II era, which proves that leniency procedures are not sufficient in themselves. Perhaps antitrust and competition agencies give them too much importance, which the blockchain

too much in leniency, a tool has proved to be of low effectiveness. His concern is confirmed by extensive data. Studies from the European Commission, for instance, claim that detection tends to be lower in cartels.⁶ Studies of Connor and publications from the OECD show that we detect circa 30% of the total number of cartels and that punishment is still quite low in most jurisdictions.⁷

That notwithstanding, the high levels of deterrence in the US and in Canada and recent progress made by other jurisdictions – also incentivized by the US, aware of cross-border effects of global cartels – have, according to Connor, been enough to raise concern from conspirators and increase deterrence. It is in this context of slow but persisting progress – now powered by

will help to correct. And if only 12 % of cartels ended naturally, blockchain may change that too.

[...]By undermining the effectiveness of leniency, blockchain will force competition agencies to become proactive again in order to readjust the balance, failing which companies will have a growing sense of immunity from antitrust and competition law. In addition, strengthening proactive detection will increase the risk of punishment, and thus will force companies to seek leniency again; it is a true virtual circle. We therefore recommend that agencies focus their best efforts in this direction while keeping in mind that their detection work will be complicated by the ‘opacity effect’ created by blockchain. But the screening of collusive agreements remains possible on certain aspects, notably on market behaviors, which must be put at the center of antitrust and competition agencies’ attention.” (2019, a)

6. “Even in the most effective system of private enforcement, not all the harm to consumers and other victims reflected in the above estimates will be compensated: this is because, inter alia, a considerable number of antitrust infringements will remain undetected. For hardcore cartels, the detection rate is generally assumed to be no more than somewhere between 10% and 20%. For other infringements, the detection rate is higher, but the ‘conviction’ rate (i.e. the rate of successful damages actions) is likely to be much lower, since claimants often find it very difficult to produce proof that the contested conduct produced actual anti-competitive effects. It also has to be assumed that some victims do not come forward to claim compensation, for instance because they prefer not to disrupt an ongoing business relationship with the infringer. Moreover, in some instances, victims will find it rather difficult to convince courts of a sufficiently close causal link between any particular damage and the infringement.” [EC, 2008(a)]
7. Connor. John M (2007) (2011). See also OECD (2005) and EC (2008, a). According to Connor, “[l]ooking at data on only contemporary international cartels, price effects seem undiminished. A sample of 284 private international cartels discovered since 1990 results in median estimated overcharges of 26% (Connors and Helmers 2006). Combine this mean with projected sales results in global injuries of more than \$500 billion (in real 2005 dollars). This study finds that the mean overcharges of global cartels were about 30%.”

stimuli to private enforcement as a tool to complement public enforcement⁸ – that one must understand that the development and use of technologies that most authorities take time to master can obstruct the path to competition on the merits and contain the slow but progressive movement towards greater antitrust enforcement. At the same time, it is also in this context that we are nonetheless bound to look at Schumpeterian innovations that also raise welfare and try to fight what can be used to cause perfidious attacks on competition – at the same time avoiding the risk of contaminating our ability to take advantage of what is special in them and can serve us well, even in the fight against cartels.

So far technologies have created efficient ways to protect privacy by encrypting messages or by anonymizing users, raising parallel concerns that perpetrators of illegal activities would be shielded from ordinary investigations. In any case, the existence of a central unit – the ultimate parent entity – compelled by law to store sufficient information to hold the perpetrator accountable for the illicit activity avoids perfect anonymization.

Yet no tool had proved to deserve enough trust when it comes to ensuring that shared or distributed information is true. Much of the historical distrust in digital technologies comes from the fact that digital products can be copied and distributed as duplicates. Correcting that flaw usually demanded the use of a clearinghouse whose task was building a reputation as an efficient ex post identifier of fraud and of credit bureaus that screened one's past commitment to honoring debts. As we all know, both intermediaries delivered poor performance due to incomplete and untimely information.

Blockchain promised to remedy both. First, public blockchains like bitcoin are created to have no central authority and allow that both the nature of the operations and the people behind them are anonymized by hashing. Second, every register in blockchain was supposed to be unique – without digital copies – and immutable – not possible to edit. As we will see, governance of blockchain platforms can trigger either of them: be it by means of hard forks (that create copies), be it by 51 percent attacks (that can delete, or edit data).

The ability to operate against blockchains original purpose also makes it possible to design the characteristics that, as we discuss in this paper, seem to be blockchain's most relevant feature for the economics of collusion: protecting the identity of the users and at the same time offering a solution to apparent conflicting purposes, that is, keeping an impeccable record of the members' relevant transactions during the cartel's regular operation and as a time bomb under signs of defection or threats of whistleblowing.

8. EC (2009, a), EC (2009, b).

Anonymity

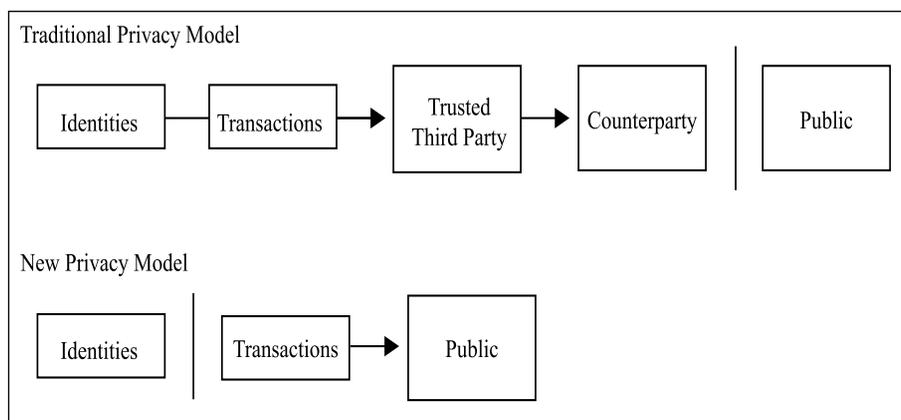
The financial system uses an intermediary – the trusted central authority – to check double spending in every single transaction.⁹ The preservation of the intermediary is regarded as both costly and unreliable, as financial crises have taught us.

Instead of checking after each operation how dependable each business partner is, the most reliable system would be one where payees would know in advance the history of payments of each purchaser, choosing the partners according to the level of risk that the payee is open to take. Credit bureaus have been designed to accomplish said mission, but they too fall short of the quality information or information treatment that would offer complete and tailor-made data.

Because the solution to imperfect information is granting a complete and public record of the business operations, blockchain was created to allow that people check all information that the relevant partner shared on a platform built on top of it. In public blockchains, information is made available on public addresses created by hashing the public key. Even though it is not possible to reverse engineer a public key from the possession of public addresses, it is possible by design to get to public addresses by knowing someone's public key. The public key is the hashing or encrypted public interface of someone who has an account or a wallet in blockchain.

Blockchain was created under the belief that today's financial system's privacy model can be improved if transactions are made public but at the same time the identity of the involved parties is protected. Blockchain would not only increase transaction transparency, but also sustain the anonymity of the parties in each transaction.

9. "After each transaction, the coin must be returned to the mint to issue a new coin, and only coins issued directly from the mint are trusted not to be double-spent." (Nakamoto, 2008).



Nakamoto (2008)

Blockchain enhances anonymity by identifying each transaction party and each operation by means of cryptography – the so called hashing functions. Blockchain creates hashing functions by means of asymmetric encryption using both the public and the private keys.

Each wallet has a private key – that is supposed to be immutable and secret, accessible only by the wallet owner – by means of which each transaction concerning one’s wallet is authorized. Private keys generate public keys, that is how contracting and third parties can identify whom they are contracting with. Public keys are created by a derivation of the private keys and, unlike private keys, do not directly identify who is behind that wallet.

Public keys are made public in every transaction (transactions are identified by hashed public addresses): If, on the one hand, it protects the anonymity of those who need to supply or to be supplied without identification, it becomes possible for institutional players to offer more reliability over a transaction by publicly linking its name to a specific public account or public key. Nothing prevents that institution from keeping a separate shadow account with public keys that is not made public by the institution and that is used for other – including illicit – purposes.

Although it is possible to link all the operations to a public key – that does not offer in itself clues as to who is behind those operations –, one can make it more difficult to track the history of transactions by linking each transaction to a unique address. In fact, for privacy purposes each blockchain transaction is by default linked to a unique address. Hence people whom one does business with can not see the other addresses that one owns.

In a sum, blockchain offers pairs of keys that do not identify who is on the other side of each operation and sequences of hashed public addresses that

do not offer evidence of what is behind each specific transaction or fact of life. Blockchains anonymity is assured because neither is it possible to retrieve a public key from public addresses, nor derive the private key from public keys. In any case, the degree of anonymity can be attenuated by means of voluntary disclosure.

Traceability

Blockchain emerged as a technology that would improve our way to keep records of events by turning registers immutable. As a consequence, blockchain technology could be a source of either a perfect registry whereby cartelists would improve compliance and sanctioning inside a cartel or, conversely, of evidence that would provide public authorities with easier means to prove the existence of cartels and even helping them demand stronger evidence from defected firms on the line for leniency.

Bitcoin's introductory article¹⁰ puts trust and traceability as a cornerstone to develop a new coin using a trustworthy technology that keeps records unchanged. According to the paper, the financial system suffers from "the inherent weaknesses of the trust based model." The answer to the imperfect system is to substitute "an electronic payment system based on cryptographic proof" for the unreliable financial intermediary.

At its very inception the technology aimed at providing an immutability solution to today's trust system. As argued by bitcoin's formulator, "[t]ransactions that are computationally impractical to reverse would protect sellers from fraud, and routine escrow mechanisms could easily be implemented to protect buyers." As a consequence, Satoshi Nakamoto built blockchain as a system that would deter reversibility not by designing a superior technology – that would eventually and earlier than desirable be superseded by a new and more disruptive technology –, but by relying on the extreme deconcentration of the power to coin and act as a clearinghouse for financial operations. Quoting bitcoin's quasi-manifesto:¹¹

In this paper, we propose a solution to the double-spending problem using a peer-to-peer distributed timestamp server to generate computational proof of the chronological order of transactions. The system is secure as long as honest nodes collectively control more CPU power than any cooperating group of attacker nodes.

[...] we proposed a peer-to-peer network using proof-of-work to record a public history of transactions that quickly becomes computationally impractical for an attacker to change if honest nodes control a majority

10. Nakamoto (2008).

11. Nakamoto (2008).

of CPU power. [...] They vote with their CPU power, expressing their acceptance of valid blocks by working on extending them and rejecting invalid blocks by refusing to work on them. Any needed rules and incentives can be enforced with this consensus mechanism.

To make it clearer, blockchain was never built as capable of delivering *per se* an immutable registry. Blockchain would only be a reliable means to prevent bitcoin double-spending if at the same time the incentives to become block miners or nodes were high enough to make the system be operational – so that the operations would be validated in a timely manner – and, despite the incentives, the nodes were atomized. If blockchain failed in any of those conditions, it would be either unoperational or unreliable. In the first case, it would fail because the means to achieve immutability were improper. In the latter, it would fail in its ends, insofar as concentration of power would still place us in the trust system that makes us all dependent upon the reputation of the financial intermediary or trusted central authority.

Due to its relationship with economic power, the second case is the one that matters for us in this paper.

Mutability

Blockchain is generally defined as a digital ledger. As such its main purpose is to serve as a more reliable register of facts of life. To serve that purpose, blockchain needs dependable immutability guarantees in such a way as to make fraud statistically meaningless.

Blockchain is not unitary, though. In other words, it is a technology on top of which diverse solutions apply. Because, as we saw, immutability in blockchain depends on both the existence of incentives to join the platforms as block validating nodes and the atomization of the power to validate the blocks, it is critical to understand how all the solutions developed on top of blockchain can guarantee that both conditions are filled. The first step in that direction involves understanding the differences between public (or permissionless) and private (or permissioned) blockchains.

Public blockchain solutions rely on the atomization of miners to consolidate immutability. The atomizations is the natural consequence of open access.

In most open blockchains, there is no guarding against bad actors and no access control, thanks in part to the original influence of the open source and cypherpunk movements. Applications may be added to the network without the approval or trust of others, allowing the blockchain to function as a platform layer. In practice, some public blockchains only permit a finite number of actions to be contained in a

transaction, perhaps only allowing their users to send tokens among them. But most public blockchains do not impose such limitations. Transactions are generally secured by merely requiring new entries to include a proof of work.¹²

Conversely, private blockchains rely on the reputation of a central authority that has the power to restrict participation to a club of persons. Central to private blockchains' is the entity's ability to build a new governance that builds stronger reliance either on the immutability or on the resilience of the registries.

Private blockchains are subdivided into two different categories. The first is called 'single entity blockchain.' As its name suggests, a single entity will set up the protocol and run the blockchain, while reading permission may be public or restricted to certain participants. The second is called 'consortium blockchain.' In such a blockchain, the consensus process is controlled by a pre-selected set of nodes.¹³

Last, there are semi-private blockchains. "Those blockchains are run by a single company that grants access to any qualified user."¹⁴

Blockchain types	Public blockchain	Semi-Private blockchain	Private (single entity) Blockchain	Private (consortium) blockchain
Access	No permission required	Qualified users via online approvals	Members only	Members only, who could be eco-founders
Typical implementation	As public blockchain application	One company launches and acquires users after	Via a private blockchain implementation	Via a private blockchain implementation
Innovation target	New business models	Supporting existing models or launching new services	Supporting existing models or launching new services	Supporting existing models or launching new services
Blockchain governance	Public consensus	Controlled by a single owner	Controlled by a single owner	Equal weight to all participants
Number of users	Millions (billions?)	Hundred of thousands	Dozen to few thousands	Dozens to few thousands

Shrepel 2019(b).

12. Shrepel (2019 (b)).

13. Shrepel (2019 (b)).

14. Shrepel (2019 (b)).

Regardless of its configuration, blockchain promises both unheard-of anonymity and traceability at the transaction level. Even though there has been no “big but” when it comes to protecting anonymity yet – or else we would already know who Satoshi Nakamoto is by tracking his, her, or their account –, immutability has been a risk to be controlled from blockchain’s inception. As we will see, although blockchain’s immutability as a whole is not entirely dependable, the degree of mistrust grows reversely proportional to the levels of publicity.¹⁵

The confirmation of blockchain’s operations depends on different consensus rules. The most well known rule is the proof of work, whereby blocks are validated according to the ability of nodes’ CPUs to do a specific job: “incrementing a nonce in the block until a value is found that gives the block’s hash the required zero bits”.¹⁶ The block can be changed, but it requires redoing the work. Again: Blocks are not immutable, but changing blocks requires higher CPU capacity to assure that competing nodes would not stand a chance in mining. The job becomes even more complicated as more blocks are chained in: “As later blocks are chained after it, the work to change the block would include redoing all the blocks after it.”¹⁷

Proof of work was created as a means to avoid that economic power concentrated the decisions in the hands of a few. According to Nakamoto’s article, “Proof-of-work is essentially one-CPU-one-vote.” That notwithstanding, proof of work did not solve the market power issue. As claimed in Nakamoto’s piece:

[...] The majority decision is represented by the longest chain, which has the greatest proof-of-work effort invested in it. If a majority of CPU power is controlled by honest nodes, the honest chain will grow the fastest and outpace any competing chains. To modify a past block, an attacker would have to redo the proof-of-work of the block and all blocks after it and then catch up with and surpass the work of the honest nodes. We will show later that the probability of a slower attacker catching up diminishes exponentially as subsequent blocks are added.

15. “Second, the definition states that data on both private and public, permissioned and permissionless, ledgers is immutable. Despite the fact that it is unresolved whether different variations of blockchain technology give rise to immutable records, the statute explicitly treats public and private ledgers as if they have identical capabilities. Does the statute suggest that data on private blockchains should be treated as immutable, even if these ledgers have a much weaker claim to this property?” Walch (2017).

16. Nakamoto (2008).

17. Nakamoto (2008).

In fact, the probability that an attack happens is not that low: It only depends on the concentration of the mining power. Clearly, the more blocks one needs to have changed, the harder it is to operate the change. Even dominant nodes would have a hard time trying to change two consecutive blocks before other nodes confirm one block only. But dynamics can change depending both on the unilateral dominance of a certain quasi-monopolist or in the existence of collusion between major nodes.¹⁸

Mutability becomes a bigger threat as the nodes have incentives to collaborate with each other. As we better understand blockchain and how governance rules can be built to – in a non transparent fashion and under specific conditions designed by the parties – clear registries and hide past transactions, it becomes clearer that blockchain can become an effective ally to conspiracies in restraint of trade and lower the levels of cartel detection. It should be clear at this point that assured anonymity and malleable traceability altogether change the balance of blockchain in favor of cartel proliferation.

Governance

The way found by blockchain founder(s) to guarantee immutability was a governance rule. Nakamoto's instinct followed the logic that any corporate lawyer understands: Ultimately, the best way to keep a rule unaltered is by demanding unanimity. But because in an idealistically dispersed universe of block validators demanding unanimity was tantamount to blocking and insofar as some degree of flexibility is desirable from the perspective of market adaptability, majority quora or poison pills seemed more adequate to approve of changes that should happen only under exceptional circumstances.

In that sense, blockchain was originally formulated to work under a simple majority rule: Bitcoin – the first use built over a blockchain platform – demanded a 51 percent majority to confirm blocks of operations. Blockchain was also designed to an atomized market of miners. When votes are dispersed into a multitude of voters, reaching a majority demands large acceptance, which brings legitimacy to a decision that is no longer concentrated in those who have economic power. But, again, majority quora alone would not suffice: Validation, voting or mining power needed to be dispersed so as to guarantee the prevalence of honest nodes.

18. Professor Shrepl adds that: “Thanks to Bitcoin, this is currently the world’s most used consensus mechanism. It has the advantage of allowing a relatively random distribution of block validation operations, which limits the risk of collusion, but suffers from the power it requires as well as scaling issues.”

Blockchain was then built to work not only as a digital ledger, but as a distributed one, where new data is only added to the chain if it is approved by a majority of honest atomized miners. Votes in blockchain are not one-IP-one-vote,¹⁹ though. As mentioned earlier, the power to validate operations depends on computing power, a combination of the number of CPUs that one owns and the power of those machines used to mine. For professional miners, it is basically the number of CPUs that count.²⁰

Distribution of power aimed at diluting the chances of dishonest attacks to the system. Another key aspect of systems using blockchain lies in that miners or nodes – or any other way that validators are called – can vote to supersede existing blocks or even give birth to hard forks, where there are two, or more registries of the same timeline coexisting in different systems with different factfindings. Hard forks can also be created to preserve information that would otherwise be deleted from the blockchain’s registry.

The big “if” about bitcoin was precisely that it was built under the assumption that a proof of work consensus rule would survive under a dispersed basis of miners. As bitcoin and – later on – other over-the-top²¹ services flourished under a more concentrated environment of miners, the real concern about bitcoin started being the precise problem blockchain was created to solve: The mutability of registries. As professor Shrepele²² defines it, “[w]hoever controls the consensus – also known as the consensus mechanism – controls the governance of the blockchain”. According to him:²³

As a result, fewer than 10 mining pools dominated Bitcoin in 2017. In fact, the 7 most powerful ones accounted for more than 85% of all

-
19. Professor Shrepele (2019(b)) explains that “[...] some blockchains are already implementing new mechanisms on top of the consensus in order to create more sophisticated governances. For instance, Dash, a crypto-currency, uses a governance system that allows its users to vote if they hold tokens. Decred and Tezos are also crypto-currencies with more centralized governance systems. In fact, one of Tezos’ main characteristics is its ability to amend its consensus when necessary. Further, more traditional systems such as “off-chain” and “sidechain” mechanisms are in development. The mechanism called BIP 9 already allows Bitcoin developers to probe miners about technical changes. By doing so, blockchains supplement the sole consensus mechanism (and create new opportunities for unilateral conduct).”
 20. “The system is secure as long as honest nodes collectively control more CPU power than any cooperating group of attacker nodes.” [Nakamoto, 2008]
 21. Running on top of blockchain.
 22. 2019(b).
 23. 2019(a).

transactions validated on the Bitcoin blockchain. This calls into question the proclaimed decentralized nature of Bitcoin because the owning of more than 51% of mining power is equivalent to a control of the blockchain.

As concentration of power takes place, registries can be altered, making it easier for the existence of hard forks and for the proliferation of 51 percent attacks.²⁴

Governance to conspire in restraint of trade

So far we have analyzed the odds of attacking public blockchains. That was a very important exercise to explain how blockchain consensus rule is actually frail and concentration exists both in public, quasi-public and private blockchains.

In the universe of collusion, however, mutability is an easier task that depicted in the preceding chapters. Mutability is facilitated because our main concern lies in the use of permissioned or private blockchains to share data and eventually conceal information if defection happens inside a conspiracy. In other words, collusion does not depend on the mutability of public blockchains: Instead, it can even be built on top of algorithms that rely on data coming from public blockchains, but the agreement will be better protected if data is shared and rules are set forth confined to private blockchains.

Intuitively, blockchain is used when parties do not trust each other and need evidence of a transaction or fact of time. It can also be used when the parties need evidence before third parties – in which case blockchain is useful because the third party does not trust the members of the blockchain, regardless of how they feel between each other. The following table illustrates possible sets of options between public and private blockchains depending on the degree of trust:

24. “As defined by Walch, “[a] 51 percent attack could occur if a party or colluding group controlled at least 51 percent of the computing power of the network, allowing them to determine what is recorded to the network’s records, and potentially to revise the existing record.”

Nodes v Nodes				
		Know and trust	Know and do not trust	Do not know and do not trust
Users v Nodes	Know and trust	Centralize (blockchain unnecessary)	Private	Public
	Know and do not trust	Public	Public/Private	Public
	Do not know and do not trust	Public	Public	Public

Arantes (2019). Free translation from Portuguese.

As one can identify from the board above, private blockchains can be recommended if the users know the nodes enough to be sure that they do not trust each other and will oversee each other’s activities. Non-alignment is essential for third parties to believe that the nodes will not conspire to change the registries. That is true even if the users do not have reason to trust the nodes.

To better understand the statement, we pick up the example of a monopolist node. Because aligned nodes share common interests, they will work as if they were one entity or one economic group. And because whenever nodes behave as one sole entity or group they do not oversee and report misbehaviors of each other – rather joining forces to deceive third parties –, they are not fit to be trusted as validators of private blockchains.

However, even when private blockchains are used to help transactions of nodes that do not trust each other, certain events can trigger alignment in the course of events between the nodes of small private blockchains. When alignment happens, blockchain’s pro-immutability argument does not apply.²⁵

Nakamoto’s model was since its inception projected having in mind a possible attack of a corrupt against an honest chain of nodes. But according to him, “[n]odes are not going to accept an invalid transaction as payment, and honest nodes will never accept a block containing them. An attacker can only try to change one of his own transactions to take back money he recently spent.”²⁶ Because Nakamoto was concerned with a public blockchain called

25. One of the greatest problems lies in the diffused knowledge that blockchain cannot be altered. As Walch claims, “[t]he secret meaning of ‘hard to change’ does not seem to have reached the academics, consultants, thought leaders, and regulators who continue to state without qualification that blockchain technology creates immutable, permanent, unchangeable, indelible records.”

26. Nakamoto (2008).

bitcoin, he was not designing algorithms to prevent fraud inside private blockchains conceived of for dishonest purposes – in which case all the nodes, or most of them (in the case of a cartel with a defected party) would be aligned to erase or adulterate the chain.

Immutability is not, then, an intrinsic characteristics of blockchain. Immutability, particularly in small permissioned networks, depends on the presence of miners – voters, validators or nodes – whose interests are not aligned. As mentioned by Gladstone Arantes,²⁷ users or developers should only trust platforms whose nodes are not cooperative and therefore have no reason to be dishonest.

Thus, it is to be expected that a large number of cases will fall into the Know/Do not trust column [...] (they know each other, but there is no mutual trust). At first, because the users do not trust the nodes, one would expect that the use of a public blockchain was necessary. But if users know that the nodes do not trust each other either, they may believe that a private blockchain is enough, since surveillance between nodes could guarantee their own trust. The best solution is only available on a case-by-case basis. [free translation from Portuguese]

When the nodes of private blockchains are aligned and cooperate in their self interest, then open platforms – because we expect that they be less concentrated and that the chances that their nodes are cooperative be lower – are the more appropriate environment to find trust.

Designing the cartel rules inside small private blockchains

In contracts between few entities, the immutability argument is stronger if all the involved need approve the changes in order to have them effective. That sounds like a good rule if the only purpose is to defend the parties against confidence attacks from outsiders or against each other.

Blockchain becomes complicated when people want transparency and immutability to be protected against fraud, but at the same time need opacity and mutability to be shielded against knowledge from third parties.²⁸ In other words, the contract must be immutable for the first group, but not in relation to the latter. Cartels can benefit from this design.

27. 2019.

28. Professor Shrepel (2019 (a)) calls them “the ‘visibility effect’ created by blockchain for the cartelists as well as the ‘opacity effect’ created outside the collusive agreements”.

The use of blockchain’s design to implement cartels strategy is not unheard-of. In fact, it has been reported by Nakamoto as cause to the 51 percent and the double spending attacks. The great difference here lies in the fact that, unlike public blockchains, the private ones can be built incorporating governance rules that aim at making it possible to do the block change that blockchain solutions usually regard as pernicious to their business models.

As claimed by professor Schrepel,²⁹ “[a] blockchain’s ability to implement anticompetitive strategies will vary depending on the governance system of the blockchain.” In our understanding, cartels are prone to use private blockchains fundamentally as a hybrid tool that offers immutability and publicity to the nodes and at the same time supplies opacity and mutability as regards the outsider. For cartel purposes, the best rule is one designed to afford immutability as regards the operation of the cartel, but one than can also serve the purposes of the members of the cartel when one of them defects and collaborates with the authorities. Even though the OECD launched a paper a year before on blockchain³⁰ and challenges ahead, Professor Shrepel (2019(a)) was the first to bring this possibility to our attention:

As far as private blockchains are concerned, they may allow an on-demand exit from the agreement while ensuring the deletion of data. This is utterly attractive for potential colluders. More generally, considering the fact that the owner of a private blockchain retains the right to override, edit, and delete the entries on the blockchain, or even to modify the blockchain functioning itself, it cannot be used as intangible evidence to prove participation in collusion. [...] Nonetheless, by allowing the parties to delete their data and transactions, colluders may remain safe from detection. Only a copy of the data held by another colluder could potentially put them into great danger.

Usually, cartel members would not be able to detect defection before the dawn raid or – even after they do – easily detect who defected. That means that the anti-leniency rule in the smart contract would only apply in specific cases where a dawn raid starts and the parties must decide based on a pre established majority rule to erase the information. This is a very plausible scenario, as dawn raids take place in the premises of all the members of the cartel at the same time. The algorithms must then be designed to accommodate a smart rule giving more flexibility to erase the whole history in such cases.

There are many smart solutions that fit this context, including a specific quorum to change data when the cartel is working ordinarily – unanimity

29. 2019 (b).

30. OECD (2018).

would work in smaller groups, in order to assure immutability of the transactions and cartel surveillance – and another to delete or to fork all data to another private blockchain where an independent third party elected by a quorum of the members of the cartel will be the only one to have access to the history of collusion. In the fork option, there must also be a specific command to erase all the data if defection is confirmed and the independent third party hears of cartel investigations regarding the members of that private blockchain.

Professor Shrepe³¹ also brings to attention that smart contracts can automate sanctioning by automatically transferring tokens depending on the behavior of the cartelist. Smart contracts would also be able to automatically exclude those who infringe the law of the cartel.³²

Subverting the incentives to defect

Monetary sanctions can however be very detrimental to the opacity of the agreement. As can also be “printscreen”, photo shooting and sharing of data from the defecting cartelist that precede the dawn raids. Because the dawn raid is usually the watershed that will trigger reaction from the members of the cartel, it is half correct to say that the cartel may only take the necessary measures when it is already too late and therefore blockchain may not increase underdeterrence as propagated.

That view is not correct because it fails to see half of the facts. Because with blockchain conspirators are subject to better enforcement of the cartel rules and because opacity of those rules is increased to the observer, the incentives to defect become minimal. In fact, the technology subverts today’s incentives to blow the whistle.

Defection usually happens when there is fear that the cartel will be dismantled by public authorities (traditional leniency) or when someone has been caught for a cartel and wants to have the sanctions reduced by giving notice of another conspiracy (leniency plus). In any case, defection is either a consequence of fear that the cartel will be dismantled by public authorities – which leads to a race to receive the lowest number in the marker system – or the effect of past law enforcement. In both cases, the ultimate reason for defection is risk aversion to law enforcement.

31. 2019 (a).

32. 2019 (a). “Smart contracts may be used to exit collusive agreements, whether it is to force the exclusion of a deviant colluder (1), or for a company to manage its own exit from it (2). These automated exits might be organized in accordance with several pre- established rules, ultimately leading to new challenges for anti-trust and competition agencies.”

As opacity escalates, the risk of law enforcement falls drastically. Lower risks of law enforcement and greater risks of sanctions inside the cartel shield the agreement against collaboration with authorities. At the same time, if law enforcement falls, the number of persons available to leniency plus agreements also drops.

That leads to the conclusion that even though blockchain and smart contracts build better solutions to preserve cartel member from the effects of defection and cartel settlements, that improvement is marginal as regards the amelioration of the governance of the cartel and a considerable fall in the risk of deterrence.

Final remarks

The findings of our work confirm professor Shrepel's³³ understanding that governance is the key aspect in designing cartels using blockchain technology. We confirm that the consensus rule can also be adjusted both to create trust in the information shared but also offer smart mechanisms to replace blocks of data or fork them in a way to protect the members against defection.

On top of that, we shed light on how a combination of mutability and immutability – instead of immutability alone – is the most relevant feature to turn blockchain into an unprecedented threat to fight cartels. In this sense, this paper complements professor Shrepel's observations on how blockchain can enhance opacity for outsiders and at the same time improve transparency for cartel members.

References

- CONNOR, John M. Cartel Detection and Duration Worldwide. *CPI Antitrust CHRONICLE*. September 2011 (2).
- ARANTES, Gladstone (January 15, 2019). Entenda as Blockchains Públicas e Privadas. Infochain. Available on <https://infochain.com.br/entenda-as-blockchains-publicas-e-privadas/>. Accessed on July 16, 2019.
- CONNOR, John. *Global Price Fixing*. Springer, 2007.
- EUROPEAN COMMISSION. Commission Staff Working Document accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules. COM(2008) 165 final {SEC (2008) 404} {SEC (2008) 406}.
- EUROPEAN COMMISSION. Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules. COM(2008) 165 final {SEC (2008) 405} {SEC (2008) 406}.

33. 2019 (a) and 2019 (b).

- NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System (2008). Available on <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- OECD. Blockchain Technology and Competition Policy – Issues paper by the Secretariat. June 8, 2018.
- OECD. Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation (2005). Available on <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/35863307.pdf>.
- ØSTBYE, Peder, Collusion Risk and Responsibility in Public Cryptocurrency Protocol Development (March 18, 2019). Available on <https://ssrn.com/abstract=3354868> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3354868>.
- SHREPEL, Thibault. Thibault Schrepel, Collusion by Blockchain and Smart Contracts, 33 HARV. J.L. & TECH. (2019).
- SHREPEL, Thibault. Is Blockchain the Death of Antitrust Law? The Blockchain Antitrust Paradox. 3 GEO. L. TECH. REV. 281 (2019).
- UNDERSTANDING Bitcoin Traceability. Available on <https://bitcoin.org/en/protect-your-privacy>. Accessed on July 16, 2019.
- WALCH, Angela. The Path of the Blockchain Lexicon (and the Law), 36 *Rev. Banking & Fin. L.* 713, 713 (2017).

PRÊMIO IBRAC-TIM 2019 – 2.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

CONCORRÊNCIA OU COOPERAÇÃO ENTRE BANCOS E FINTECHS NO MERCADO DE CRÉDITO?

Uma situação win-win para o bem-estar do
consumidor brasileiro

LUCAS CAMINHA DE LIMA E SILVA

Resumo: O presente estudo tem como objetivo **(i)** avaliar a concentração do mercado bancário brasileiro e suas consequências no custo, volume e prazo do crédito ofertado ao consumidor; **(ii)** apresentar a tecnologia financeira como viabilizadora de superação das barreiras de entrada ao mercado bancário e ingresso de novos entrantes; **(iii)** analisar o impacto das *fintechs* no ambiente concorrencial, especialmente o estímulo aos bancos incumbentes para investirem na transformação digital dos seus próprios produtos; e **(iv)** ponderar os prós e contras das estruturas de cooperação entre bancos e *fintechs* para o bem-estar do consumidor do mercado de crédito brasileiro.

Palavras-chave: Bancos – *Fintechs* – Concorrência – Crédito – Bem-estar do consumidor.

1. Mercado bancário brasileiro: uma análise do estado de coisas concorrencial

A concentração financeira no Brasil é algo ancestral. Em 1964, a Lei 4.595 foi publicada como novo marco legal do sistema bancário junto de outras políticas entre 1964 e 1967, todos sob o objetivo maior do Estado de implementar uma grande reforma bancária. A ideia era diversificar as instituições dentro dos diversos segmentos do mercado financeiro (tentativa de criar instituições especializadas em segmentos específicos, ampliando a competição total). No entanto, o que ocorreu na prática foi a aglutinação das instituições financeiras

em conglomerados que prestavam praticamente todos os serviços financeiros existentes, causando desde aquela época uma alta concentração de *market share* em poucos grupos.¹

Décadas depois, os cinco maiores conglomerados financeiros no Brasil ainda detinham 70% do total de crédito ofertado (2019)² e 86% dos depósitos (2017).³ De acordo com dados que levantamos junto ao Banco Central via Lei de Acesso à Informação, *85 atos de concentração entre instituições financeiras foram submetidos de 2002 e 2018*,⁴ e, desse total, *56 atos de concentração envolviam pelo menos um banco*. Todos foram aprovados pelas duas agências reguladoras competentes – Banco Central e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”).⁵

Os votos do Cade nessas operações revelam como os conglomerados mais relevantes têm presença em praticamente todos os segmentos do mercado financeiro. Para começar, todos os votos, contrários ou favoráveis às operações já partem da premissa expressa de que é um mercado concentrado. A aquisição parcial das atividades do Citibank pelo Itaú Unibanco, por exemplo, foi analisada pelo Cade sob perspectiva de nada menos que 20 mercados relevantes (um para cada produto financeiro, conforme o Cade diferencia nos atos de concentração envolvendo bancos desde a operação Bradesco-HSBC), sendo que foram identificadas 13 sobreposições horizontais e 7 integrações verticais. Hoje em dia, isso segue uma tendência mundial – após a crise de 2008,⁶

1. REZENDE, Luiz Paulo Fontes. *Inovação tecnológica e a funcionalidade do sistema financeiro: uma análise de balanço patrimonial dos bancos no Brasil*. Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional Faculdade de Ciências Econômicas – UFMG. Tese de doutorado em Economia. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2012. p. 116.
2. Nova fronteira do crédito no Brasil. PwC Brasil / ABCD. Pesquisa Fintechs de Crédito, 2019, p. 6.
3. Parecer 16/2017/CGAA2/SGA1/SG/Cade da Superintendência Geral do Cade no Ato de Concentração 08700.004880/2017-64, onde foi aprovada a aquisição parcial de operações do Banco Citibank pelo Itaú Unibanco.
4. Pedido 18600000516201979, respondido pelo Banco Central em 18.04.2019.
5. Depois de anos de conflito institucional (inclusive chegando no STF pelo RE 664.189), Cade e Banco Central assinaram memorando de entendimentos em 28.02.2018, condicionando atos de concentração no sistema financeiro à aprovação dos dois reguladores (exceto em casos de relevância prudencial, que o Banco Central poderá aprovar sozinho). O texto do memorando se tornou o Projeto de Lei Complementar n. 350, atualmente em trâmite o Congresso.
6. A crise de 2008 foi originada nos Estados Unidos pela negligência (intencional ou não) no uso de créditos hipotecários arriscados como lastros de derivativos (sub-

os sistemas bancários ao redor do mundo passaram por uma onda de consolidação para sobreviver.⁷ O fenômeno foi bem forte na União Europeia (em que o número de bancos caiu de 8.525 bancos em 2008 para 6.596 em 2016),⁸ EUA (em que 58% dos ativos bancários estão concentrados em 6 conglomerados)⁹ e Canadá (em que 92% dos ativos estão concentrados em 5 conglomerados).¹⁰

1.1 Efeitos e evidências da concentração bancária nas condições de crédito

Em uma economia de mercado, a *concorrência* corresponde ao processo dinâmico de rivalidade entre empresas que lutam para atrair consumidores com produtos de melhor preço e/ou qualidade. Quando a competição entre concorrentes por um mesmo público-alvo é intensa, as empresas são pressionadas a ofertar condições melhores para (i) proteger sua base de clientes atual das empresas rivais; e (ii) conquistar clientes dessas rivais.¹¹ Ao longo desse processo de competição, clientes e receita são transferidos de uma empresa para outra de acordo com quem oferece as melhores condições de produtos. O medo de perder mercado para um concorrente é um grande propulsor da economia e contribui para o bem-estar do consumidor, que é o objetivo último da política antitruste. Chamamos essas transferências de *efeitos business-stealing*.¹²

A contrario sensu, se não houver uma competição intensa entre os produtos de *players* de determinado mercado, i.e., se não houver transferência cons-

primes), nas classificações de risco equivocadas atribuídas aos derivativos pelas agências de *rating*, e, no geral, na desregulamentação do sistema financeiro como ferramenta de aceleração econômica. GERDING, Erik F. Bank Regulation and Securitization: how the Law improved transmission lines between real estate and banking crises. *Georgia Law Review*, v. 50:1. Athens, University of Georgia, 2015.

7. CARLETTI, Elena; SMOLENSKA, Agnieszka. *10 years on from the Financial Crisis: cooperation between competition agencies and regulators in the financial sector*. OCDE, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Paris: OECD, 2017. p. 17.
8. Competition issues in the area of financial technology. *European Parliament*. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. Directorate-General for Internal Policies, 2018. p. 19.
9. MOHSNI, S.; OTCHERE, I. Does regulatory regime matter for bank risk taking? A comparative analysis of US and Canada. *Journal of International Markets, Institutions & Money*, 50, 2017.
10. Idem, *ibidem*.
11. FEDERICO, Giulio; MORTON, Fiona Scott; SHAPIRO, Carl. *Antitrust and Innovation: welcoming and protecting disruption*. National Bureau of Economic Research. University of Haas, 2019, p. 3.
12. Idem, *ibidem*.

tante de clientes e receita entre eles, os incentivos dessas empresas para ofertar produtos com melhores preços e qualidade já começa a cair. Afinal, se uma empresa está em posição de monopólio ou oligopólio, sua base de clientes está protegida e seus lucros estão preservados. Esse arranjo de incentivos é o maior argumento de quem defende que, no Brasil, o alto nível de concentração das instituições financeiras contribui para um mercado bancário menos eficiente do que poderia ser, com condições desfavoráveis de crédito para o público e o 2º maior *spread* do mundo inteiro (apenas “perdendo” para Madagascar).¹³

Naturalmente, a concentração não é o único fator que prejudica a eficiência do mercado bancário. Em 2019, o próprio Banco Central publicou estudo afirmando que a concentração bancária é responsável por apenas 7,3% do custo de crédito (Relatório de Economia Bancária).¹⁴ Essa conclusão contraintuitiva vem enfrentando críticas de cunho metodológico/acadêmico,¹⁵ indicando que a opinião (atual) do regulador está longe de ser unanimidade.

1.2 Evidências de correlação entre concentração bancária e condições de crédito

Analisaremos agora se é válida a premissa de que uma baixa concorrência no mercado bancário pode levar a condições desfavoráveis nos produtos financeiros, especialmente crédito (foco desse estudo). Nas condições de crédito, estão englobadas: (i) a taxa de juros paga pelo empréstimo, (ii) o volume máximo que o tomador pode receber da instituição, e (iii) o prazo de vencimento até a dívida precisar ser paga. Quando essas condições são desfavoráveis, isso implica dizer que as taxas de juros estão altas, os volumes estão baixos e prazos de vencimento estão curtos. Vejamos algumas evidências que indicam como a concentração pode ser parcialmente responsável por deteriorar as condições de crédito no Brasil, especialmente aumentando o custo do consumidor.

13. Conforme dados do World Bank, disponível em: <https://data.worldbank.org>. Acesso em: 6 jul. 2019.

14. O relatório afirma que as grandes razões do alto custo de crédito brasileiro são as dificuldades na recuperação de créditos e a assimetria de informação – dois entraves que são, de fato, altamente prejudiciais ao mercado de crédito brasileiro. In Relatório de Economia Bancária 2018. Banco Central do Brasil (28.05.2019), p. 170-175. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiaibancaria/reb_2018.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

15. Estudo do BC sobre spread causa polêmica. Valor Econômico (28.05.2019). Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/6279733/estudo-do-bc-sobre-spread-causa-polemica>. Acesso em: 15 jul. 2019.

a) *Reformas legislativas passadas*

Em 2005, o setor de crédito corporativo (empréstimo para empresas) foi beneficiado por um evento exógeno: a Lei 11.101, que se tornou a nova Lei de Recuperação Judicial e Falências (“Lei 11.101”). Resumidamente, essa lei aumentou de forma relevante as chances de bancos recuperarem seus créditos de empresas em crise, representando um grande avanço em relação ao regime de falências anterior (Decreto-lei 7.661, que punia os credores ao subordiná-los a créditos fiscais e trabalhistas, inclusive expropriando as garantias dos credores privados). Com esse evento, esperava-se que a maior segurança jurídica trazida pela Lei 11.101 permitiria uma redução relevante no custo de crédito para empresas brasileiras, e, de fato, houve certa redução. No entanto, autores de um estudo empírico analisaram dados de empréstimos corporativos entre julho/2004 a dezembro/2007 e afirmaram que as taxas de juros *deixaram de cair 27,5% em relação a quanto poderiam ter caído pelos benefícios da Lei 11.101*, e apontaram a concentração bancária como motivo.¹⁶

Para esses autores, tanto a Lei 11.101 quanto outras reformas legislativas voltadas a resolver os outros problemas do mercado bancário brasileiro (dificuldades na recuperação e assimetria informacional) acabam tendo efeito reduzido nas condições de crédito, já que a baixa concorrência não geraria incentivos para os incumbentes reverterem os ganhos de tais reformas legislativas em bem-estar do consumidor (*consumer welfare*):

From banking oligopoly pricing theory, one can show that the effects of an increase in creditor protections may be limited or absent on interest rates in credit markets which lack competition. Intuitively, credit institutions with some market power can inefficiently price credit operations and thus fail to adequately transfer the benefits of higher creditor protection to borrowers. So, in a monopolistic-competitive credit market, a reduction in the cost of loans induced by an increase in creditor protection does not necessarily leads to a reduction in the cost of loans to borrowers. *Financial institutions, as regular firms operating under a monopolistic market, can choose to use their market power and not transmit cost reductions to the interest rate or spread of the loans.* Hence, the effects of institutional reforms that improve creditor protection, like bankruptcy reforms, on the interest rate of credit contracts will depend on the degree of competition in the credit market.¹⁷ (Grifos nossos.)

16. ALENCAR, Leonardo; ANDRADE, Rodrigo, BARBOSA, Klenio. *Bank Competition and the Limits of Creditor's Protection Reforms*. XII Annual Seminar on Risk, Financial Stability and Banking. São Paulo: Banco Central, 2017. p. 32.

17. Idem, p. 2.

b) *Crédito corporativo x crédito ao varejo*

O setor de crédito corporativo tem outro indício de baixa competitividade no mercado financeiro: as operações de crédito para pessoas físicas geram *spread* altamente mais elevado para instituições financeiras do que crédito para pessoas jurídicas. Naturalmente, existe mais de uma razão para isso (por exemplo, risco de inadimplência e assimetria de informação bem maiores nas operações com pessoa física), mas um ponto crucial é que empresas têm mais poder de negociação e capacidade de escolha sobre com quais bancos desejam fazer negócio (bancos concorrem mais entre si para oferecer produtos para empresas do que para varejo).¹⁸ No final de 2015, o *spread* médio de operações com pessoas jurídicas estava em 15,1%, enquanto operações com pessoas físicas chegava a 47,1%.¹⁹

c) *Trajatória de juros no mercado de crédito consignado (empréstimos descontados em folha)*

Até recentemente, bancos públicos e privados tinham liberdade para firmar acordos de exclusividade com empresas que lhes vendiam suas folhas de pagamento, com intuito de serem os únicos bancos aptos a dar crédito consignado para os funcionários dessas empresas. Em 2011, o Banco Central proibiu a celebração de novos convênios de exclusividade, e, mesmo que a determinação só tenha valido para a partir daquela data, o resultado do estímulo à concorrência bancária resultou em melhores condições de empréstimos.²⁰ Essa melhora não foi imediata, afinal, em 2012, o Banco do Brasil ainda detinha 35% do mercado de consignados em razão dos convênios de exclusividade que já tinha.²¹ No mesmo ano, o Cade exigiu um compromisso da instituição para pôr fim aos convênios desse tipo que tinha com órgãos públicos. O Termo de Compromisso e Cessão (TCC) assinado pelo Banco do Brasil também impôs obrigação de pagar R\$ 100 milhões ao Cade, que capitaneou a apuração de

18. OLIVEIRA, Giuliano Contento; WOLF, Paulo José Whitaker. A dinâmica do mercado de crédito no Brasil no período recente (2007-2015). *Texto para Discussão* n. 2.243, Brasília: IPEA, 2016, p. 90.

19. Idem, ibidem.

20. OLIVEIRA, Giuliano Contento; WOLF, Paulo José Whitaker. A dinâmica do mercado de crédito no Brasil no período recente (2007-2015) cit., p. 22.

21. BB se compromete a acabar com exclusividade no mercado de crédito consignado. Cade (10.10.2012). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/bb-se-compromete-a-acabar-com-exclusividade-no-credito-consignado>. Acesso em: 22 ago. 2019.

conduta anticompetitiva. Assim como a ação do Banco Central em 2011, a ação do Cade também contribuiu para um aumento da concorrência no setor.²²

d) *Quedas da Taxa Selic*

Mais um exemplo de iniciativa pública capaz de reduzir o custo de crédito, mas que não atingiu plenamente esse potencial, foram as reduções consecutivas da Taxa Selic. A mais recente foi a queda histórica de 14,25% a.a. em 2015²³ para 6% a.a. em 2019²⁴ (houve uma nova redução para 5,5% na semana de conclusão deste trabalho,²⁵ mas ainda não é possível conhecer os seus efeitos). Em tese, a redução da taxa significaria uma redução do custo de oportunidade dos bancos ao dar crédito em vez de investir em títulos públicos (risco soberano). Essa redução, por sua vez, poderia ser transferida para o consumidor e abaixar o custo do crédito. No entanto, não foi isso que ocorreu – as taxas de juros até caíram, mas bem pouco em relação ao que havia sido tornado possível pela redução da Taxa Selic. Esse mesmo fenômeno foi observado em 2011, quando, mesmo com a Selic reduzida em nível recorde, as taxas de juros não acompanharam a redução.²⁶

e) *Satisfação do consumidor com a prestação de serviços bancários*

As evidências dos itens “a” a “d” *supra* são bem específicas ao falar sobre taxas de juros, ou seja, sobre como a concorrência afeta *preço*, mas o presente item também fala sobre como a concorrência afeta *qualidade*. No setor bancário, a qualidade dos serviços bancários pode ser medida pelo grau de satisfação dos consumidores, e, segundo *ranking* de reclamações publicado pelo Banco Central, os cinco grandes conglomerados têm os maiores índices de reclamações nos últimos anos (junto com alguns como Pan e Banrisul, que têm muito

22. OLIVEIRA, Giuliano Contento; WOLF, Paulo José Whitaker. A dinâmica do mercado de crédito no Brasil no período recente (2007-2015) cit., p. 28.

23. Copom mantém Selic em 14,25% ao ano. *Valor Econômico* (20.01.2016). Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/4402752/copom-mantem-selic-em-1425-ao-ano>. Acesso em: 23 ago. 2019.

24. Copom reduz taxa Selic em 0,5 ponto, para 6% ao ano. *Valor Econômico* (31.07.2019). Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/6372771/copom-reduz-taxa-selic-em-05-ponto-para-6-ao-ano>. Acesso em: 23 ago. 2019.

25. Taxa Selic vai a 5,5% e pode cair mais. *Valor Econômico* (19.09.2019). Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2019/09/19/taxa-selic-vai-a-55-e-pode-cair-mais.ghtml>. Acesso em: 20 set. 2019.

26. OLIVEIRA, Giuliano Contento; WOLF, Paulo José Whitaker. A dinâmica do mercado de crédito no Brasil no período recente (2007-2015) cit., p. 24.

menos clientes).²⁷ Mesmo assim, esses cinco continuam dominando o mercado bancário com baixa ocorrência de portabilidade para outros prestadores. Essa estabilidade indica que (i) consumidores não têm opções válidas para substituição do prestador; e (ii) os custos de transação para trocar de banco (*switching costs*) são tão altos que os clientes preferem evitar a troca.²⁸ Esse é um ponto também percebido pelo Cade nos acordos em controle de concentração (ACCs) envolvendo instituições financeiras, já que diversos deles impuseram às partes a obrigação de aprimorar a qualidade dos serviços (ex.: Bradesco-HSBC e Itaú-Citibank).

As evidências supradescritas sugerem que o setor bancário brasileiro é um mercado com baixa intensidade competitiva e, portanto, vulnerável à entrada de novos concorrentes interessados em competir. No entanto, esse ingresso é travado por consideráveis *barreiras de entrada* no mercado financeiro:²⁹ (i) custos irrecuperáveis, especialmente primeiros investimentos em infraestrutura física/digital, garantia de financiamentos e publicidade; (ii) fidelidade dos consumidores às marcas tradicionais;³⁰ (iii) economias de escala e esco-

27. Ranking de reclamações do Banco Central. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao>. Acesso em: 20 set. 2019.

28. “Fechamento da conta corrente no banco de origem e abertura de nova conta em outra instituição, procedimentos burocráticos necessários para a troca, cancelamento dos cartões antigos e aquisição de novos cartões, negociação de financiamentos em andamentos na instituição de origem, alteração das contas eventualmente incluídas em débito automático, memorização de novas senhas de acessos aos terminais remotos e ao internet banking, aprendizados das rotinas de funcionamento de outro banco etc., influenciam a decisão de trocar de banco e contribuem para aumentar a fidelização ao banco de origem” (Voto relator no Ato de Concentração 08012.011736/2008-41, que aprovou a aquisição do Banco Nossa Caixa pelo Banco do Brasil em 04.08.2010).

29. Vide (1) Voto relator do conselheiro João Paulo de Resende no Ato de Concentração 08700.010790/2015-41, que aprovou a aquisição das operações do Banco HSBC no Brasil pelo Bradesco em 08.06.2016; e (2) Voto vogal da conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no Ato de Concentração 08700.004431/2017-16, que foi vencido ao reprovar a operação Itaú-XP em 14.03.2018.

30. A fidelidade é um fator muito relevante no mercado financeiro, tanto corporativo quanto de varejo, em razão do quanto importa a confiança nesse ramo (Competition issues in the area of financial technology. *European Parliament* cit., p. 12). O valor corrente das maiores marcas financeiras refletem isso: de acordo com ranking 2019 da consultoria Interbrand. Disponível em: <https://www.interbrand.com/br/best-brands/best-brazilian-brands/2019/ranking/>; o Itaú é a 1ª marca mais valiosa do Brasil (R\$ 33,5 bilhões), Bradesco é a 2ª mais valiosa (R\$ 24,9 bilhões) e o Banco do Brasil é a 5ª (R\$ 10,9 bilhões). *Players* menores também

po, referentes ao custo mínimo de produção;³¹ e (iv) barreiras da regulação prudencial,³² sendo que essa última, especificamente, vem sendo reduzida por alguns países interessados em ampliar a concorrência financeira.³³

conseguem aprimorar suas atividades quando se associam a essas grandes marcas: a operação Itaú-XP, conforme voto da conselheira Cristiane Alkmin, a XP tinha aprox. R\$ 48 bilhões em 2016, e, meses depois de anunciar a operação com o Itaú, chegou a R\$ 100 bilhões sob custódia (julho de 2017).

31. As economias de escala e escopo se referem ao custo de produção inicial vis-à-vis volume de produção inicial. Quando uma atividade econômica é passível de ganhos de escala e escopo, significa que, quanto maior o volume de produção, menor se tornam os custos de produção proporcionais. Com isso, as empresas maiores conseguem aumentar suas margens de lucros ou diminuir o preço do produto, tornando-lhe mais competitivo frente aos concorrentes. Quando falamos de sistema financeiro, os custos da captação de recursos (operações passivas) por bancos grandes são menores, já que têm risco menor, enquanto bancos menores precisam pagar mais para captar recursos por oferecem maior riscos aos credores/depositantes. Essa barreira de entrada foi reconhecida pelo próprio Banco Santander quando o CADE solicitou as opiniões da instituição sobre a operação Bradesco-HSBC. Segundo o Santander, “no caso de novo entrante, há de se ressaltar também que a [...] falta de *track record* acabaria por se refletir no preço dos depósitos à prazo: quanto menor a escala e o volume de operações, maior o prêmio exigido para os depósitos, com consequente efeito negativo na rentabilidade da operação, devendo ser considerado uma barreira”.
32. A regulação prudencial cumpre o papel de proteger o sistema financeiro, que é permanentemente exposto ao risco de corridas bancárias (riscos de passivo) e a risco de inadimplemento (riscos de ativo). A regulação prudencial cria duas grandes barreiras de entrada: (i) controle prévio de entrantes pelo regulador, para que ele sinalize ao mercado quais instituições ele considera sólida; e (ii) obrigações de alocação de capital, que limitam o máximo de operações ativas que uma instituição financeira pode celebrar de acordo com seu patrimônio de referência. Vide (1) YAZBEK, Otávio, *Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais*. São Paulo: Elsevier, 2007, p. 242-243; e (2) CARLETTI, Elena; SMOLENSKA, Agnieszka. *10 years on from the Financial Crisis: cooperation between competition agencies and regulators in the financial sector* cit., p. 9.
33. Nossos exemplos são (i) Austrália, onde a Australian Prudential Regulation Authority propôs em 2018 a criação de uma nova categoria de licença, com requisitos menos rígidos para acomodar novos players e estimular a concorrência e inovação no sistema financeiro australiano; (ii) Japão, Suécia e o próprio Brasil que categorizam instituições financeiras a partir de faixas baseadas em porte, e quanto maior o porte, mais requisitos mínimos a instituição precisa cumprir; e (iii) Estados Unidos, União Europeia e Hong Kong, com uma versão simplificada da estratégia do item “ii”, que passaram a aplicar as regras de alocação de capital de forma flexibilizada para instituições que não atingiram certo patamar. Vide

Em que pese a alta concentração, um elemento-chave vem contribuindo para ampliar a competição, reduzindo barreiras de entrada, expandindo o número de concorrentes, e, principalmente, incentivando os incumbentes a aprimorar as condições de seus próprios produtos – *a inovação tecnológica no setor financeiro*.

2. Expansão das *fintechs*: repercussões na concorrência e no bem-estar do consumidor

Na virada para o século XXI, diversos setores da economia começaram a investir maciçamente em tecnologia – mas não é o caso dos bancos. Eles já investiam mais em tecnologia do que qualquer outro setor da economia (vide o caixa eletrônico, nascido em 1960). Os ganhos tecnológicos permitiram que, ao longo do século XX, o setor bancário aprimorasse seus serviços com foco tecnológico/digital, enxugasse infraestrutura com automação de funções e reestruturasse completamente alguns mercados via compartilhamento digital de informações (por exemplo, mercados de securitização, derivativos e cessão de créditos).³⁴ Até hoje, a relevância da tecnologia financeira só aumenta – a União Europeia, por exemplo, a enxerga como vital para conquistar um antigo objetivo da comunidade: a unificação dos mercados financeiros e de capitais dos Países-membros.³⁵

Fora as conquistas *supra*, outro grande mérito da tecnologia foi viabilizar que entrantes superassem as barreiras de entrada no setor financeiro. Falamos aqui das *fintechs* (abreviação de *financial technologies*): *startups*³⁶ com bases digitais formadoras de novos modelos de negócios/aplicações/processos/pro-

(1) Licensing: A phased approach to authorising new entrants to the banking industry – response to submissions. Australian Prudential Regulation Authority. Sidney: APRA, 2018; e (2) CARLETTI, Elena; SMOLENSKA, Agnieszka. *10 years on from the Financial Crisis: cooperation between competition agencies and regulators in the financial sector* cit., p. 18.

34. REZENDE, Luiz Paulo Fontes. *Inovação tecnológica e a funcionalidade do sistema financeiro: uma análise de balanço patrimonial dos bancos no Brasil* cit., p. 51.

35. Competition issues in the area of financial technology. *European Parliament* cit., p. 17.

36. Já a *startup* em si é uma instituição humana projetada para criar novos bens e serviços sob condições de extrema incerteza, se diferenciado por oferecer uma inovação que traga uma vantagem competitiva no produto ou no processo da atividade econômica, in RIES, Eric. *The Lean Start up: how today's entrepreneurs use continuous innovation to create radically successful businesses*. Nova York: Crown Publishing Group, 2011. p. 26.

dutos com alto impacto na prestação de serviços financeiros.³⁷ Desde que surgiram, as *fintechs* vem avançando notoriamente pelo mundo, a exemplo da Europa (1 a cada 3 europeus contratou serviços de uma *fintech* em 2017), Índia e China.³⁸ No Brasil, há atualmente mais de 600 *fintechs* em diversos segmentos financeiros, principalmente crédito, inteligência artificial/*machine learning* aplicados à gestão de recursos e à análise de crédito, meios de pagamento integrados em contas digitais, *marketplaces* virtuais de recebíveis e de câmbio, instituições de pagamento atuando como “bancos” digitais, criptoativos, entre outras.³⁹

Para nosso estudo, interessam as *fintechs* que oferecem produtos de crédito para consumidores (*business-to-customer*), gerando um nível de concorrência contra os incumbentes – nível esse que, hoje, não é relevante (visão estática), mas que pode se tornar relevante no futuro (visão dinâmica). Essas *fintechs* usam bases digitais para prestar serviços financeiros de forma mais *tailor-made* ao consumidor, aumentando a transparência das informações (ex: taxa de juros), interação, usabilidade e até diversão (ex: gamificação com uso de pontos).⁴⁰ Ao contrário de bancos, elas não têm *legacy systems*, custos de produção e estruturas rígidas de governança.

As *fintechs* de crédito representam 10 a 20% do total de *fintechs* existentes no Brasil⁴¹ e no exterior,⁴² e, segundo a Associação Brasileira de Crédito Digital (“ABDC”), estão emprestando 300% mais crédito no Brasil a cada ano.⁴³ Esse

37. Fintech and Market structure in financial services: Market developments and potential financial stability implications. Financial Stability Board (14.02.2019).
38. Competition issues in the area of financial technology. *European Parliament* cit., p. 11 e 27.
39. Para uma relação completa, vide FintechLab Radar: <https://fintechlab.com.br/index.php/2019/06/12/8a-edicao-do-radar-fintechlab-registra-mais-de-600-iniciativas/>. Acesso em: 20 set. 2019.
40. HODER, Frank *et al.* Revolução Fintech: como as inovações digitais estão impulsionando o financiamento às MPME na América Latina e Caribe. Oliver Wyman 2016.
41. Idem, *ibidem*.
42. Sound Practices: implications of fintech developments for banks and bank supervisors. Bank for International Settlements. Basel Committee on Banking Supervision (fevereiro de 2018). Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d431.pdf>. Acesso em: 19.05.2019.
43. v. de crédito concedido pelas fintechs vem aumentando 300% ao ano. Fintechlab (20.02.2019). Disponível em: <https://fintechlab.com.br/index.php/2019/02/20/volume-de-credito-concedido-pelas-fintechs-vem-aumentando-300-ao-ano/>. Acesso em: 19.05.2019.

crescimento é impulsionado pelo terreno fértil pelas camadas sociais mais baixas e pelas pequenas e médias empresas brasileiras – o mesmo fenômeno já observado na Índia e na China.⁴⁴ Em 2018, para reduzir os riscos que as *fintechs* enfrentavam para operar,⁴⁵ bem como as barreiras de entrada decorrentes da regulação, o Conselho Monetário Nacional criou duas licenças de instituição financeiras específicas para *fintechs* de crédito: a Sociedade de Crédito Direto e a Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (Resolução 4.656).⁴⁶ Todos os segmentos em que as *fintechs* proliferaram gerando algum nível de efeitos *business-stealing* contra incumbentes teve seu nível de concorrência impactado de alguma forma, e as *fintechs* de crédito são das principais. Vejamos as principais reverberações geradas pela ascensão dessas *startups*:

2.1 *Impacto social: geração de bem-estar do consumidor nas franjas de mercado*

Um dos argumentos favoráveis à facilitação da entrada de cada vez mais *fintechs* no mercado são os ganhos sociais que trazem (benéficos a ponto de de-

-
44. Competition issues in the area of financial technology. *European Parliament*, op. cit., p. 27.
 45. Primeiro, o risco da esfera penal: 1 a 4 anos de reclusão e multa (art. 16 da Lei 7.492, de 1986), havendo condenações nesse sentido até os dias de hoje (AREsp 889.798/SC). Segundo, o risco da esfera regulatória: o Banco Central é autorizado por lei a aplicar penalidades administrativas a quem descumprir suas normas, principalmente multa (art. 3º da Lei 13.506, de 2017), sendo o precedente mais relevante a multa de R\$ 250 mil à fintech Fairplace. Terceiro, o risco na esfera cível: a ancestral Lei da Usura proíbe a celebração de contratos com taxa de juros superiores a 12% a.a. (Decreto 22.626, de 1933), sendo apenas as instituições financeiras livres para ignorar essa taxa teto graças à (i) exceção legal do art. 5º da Medida Provisória 2.170-36/2001; e (ii) Súmula 596/STF, que ratificou tal exceção. Para tentar evitar os três riscos acima, as *fintechs* passaram a atuar como correspondentes bancárias pelo regime da Resolução 3.954, de 2011 (modelo chamado no exterior de notarial), sistema em que a *fintech* se vincula a um banco ou financeira que figura como parte credora do título de crédito em que o cliente da *fintech* recebe o empréstimo.
 46. Com a Resolução 4.656, o mercado de *fintechs* do Brasil avançou um passo importante que muitas nações desenvolvidas ainda não deram. Na União Europeia, o European Central Bank ainda está discutindo uma medida semelhante, e, nos Estados Unidos, o assunto tomou vias tão inesperadas que atualmente está judicializado – um conflito positivo de competência entre o Estado de Nova York e a Office of the Comptroller of Currency (agência reguladora federal), ambos alegando que são competentes para regulamentar as *fintechs* de crédito. CARLETTI, Elena; SMOLENSKA, Agnieszka. *10 years on from the financial crisis: cooperation between competition agencies and regulators in the financial sector* cit., p. 19.

sencorajar posturas regulatórias mais restritivas contra a expansão).⁴⁷ Muitas *fintechs* se especializam na prestação de serviços para pessoas físicas e jurídicas que têm dificuldades para adquirir crédito junto a bancos tradicionais.

Para pessoas físicas, esse ganho social é mais notório – atualmente, há 45 milhões de brasileiros excluídos no sistema bancário e de crédito,⁴⁸ logo, abertos à inclusão financeira via *fintechs* (por exemplo, Banco Maré, *fintech* criada no Rio de Janeiro para ofertar produtos bancários a moradores carentes da comunidade da Maré). Pequenas empresas também são tradicionalmente menos atendidas com crédito por não terem modelos de gestão sofisticados, serem muito diferentes entre si, terem perspectivas de crescimento desconhecidas e não terem o hábito de prestar garantias de empréstimos. Esses fatores criam grande assimetria de informação entre pequenas empresas e bancos, dificultando que uma avaliação apropriada do risco de crédito (chamamos esse fenômeno de *financing gap*) e onerando o capital regulatório das instituições financeiras. O resultado são taxa, prazo e volume desfavoráveis para a maioria das pessoas físicas e pequenas empresas.

A título de exemplo dessas dificuldades ao redor do mundo, nos países-membros da OCDE, pequenas empresas representam apenas 25% do total de crédito, e, nos países da América Latina e do Caribe, apenas 12%.⁴⁹ No Brasil, de acordo com o *International Finance Corporation* em 2018, mais de 50% das pequenas empresas têm acesso nulo ou inadequado a financiamento, ao passo que somente 10% estão plenamente atendidas.⁵⁰ Como resultado, os pequenos negócios no Brasil são historicamente menos produtivos em relação às suas contrapartes em mercados mais desenvolvidos – fator esse que as *fintechs* de crédito estão impactando, conforme reconhecido pelo próprio Banco Central.⁵¹

47. Competition issues in the area of financial technology. *European Parliament* cit., p. 55.

48. Nova fronteira do crédito no Brasil. PwC Brasil / ABCD. Pesquisa Fintechs de Crédito, 2019. p. 6-7.

49. HODER, Frank; WAGNER, Michael; SGUERRA, Juliana; BERTOL, Gabriela. *Revolução Fintech: como as inovações digitais estão impulsionando o financiamento às MPME na América Latina e Caribe*. Oliver Wyman, 2016.

50. IFC Enterprise Finance Gap Database. International Finance Corporation (2018). Disponível em: <https://finances.worldbank.org/Other/IFC-Enterprise-Finance-Gap-Database-Raw-Data/2ppx-k958/data>. Acesso em: 16 set. 2019.

51. Segundo o presidente do Banco Central em 2018, as *fintechs* conseguem usar suas estruturas para promover ganho de eficiência, diminuição de custos nas transações realizadas no âmbito do sistema bancário e ofertar crédito a um público não plenamente alcançado pelo sistema financeiro atual, especialmente pequenas

Além das *fintechs* de crédito, as *fintechs* de câmbio e remessas (transferências *cross-border*) também agregam valor social interessante, mas por estarem ligados à migração de pessoas. Foi verificado pelo *World Bank* que volumes maiores de remessas (*remittances*) recebidas por imigrantes dos seus países de origem têm impactos socioeconômicos positivos, por exemplo, níveis de saúde, educação, avanço tecnológico, empreendedorismo, inclusão financeira, recuperação de desastres e redução do trabalho infantil.⁵² Em 2011, com esses indicativos em mente, os países líderes do G20 assinaram o compromisso de reduzir os custos de transação de remessas internacionais. A Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas, também visa reduzir o custo médio de remessas internacionais para 3% e estabelecer o teto máximo de 5%.⁵³ Nesse contexto, as *fintechs* de câmbio e remessas estão cumprindo um papel socialmente valioso de reduzir os custos e facilitando *remittances* entre famílias e amigos separados entre fronteiras.

2.2 Modernização dos serviços bancários – Inovação interna

Talvez o ganho mais efetivo das *fintechs* no medidor de público impactado é exatamente como elas estão impulsionando os bancos a investir na transformação digital dos seus próprios produtos, isso como uma forma de acompanhar a revolução digital e a forma com que entrantes e concorrentes vêm modernizando seus próprios serviços. Para bancos incumbentes, tornou-se necessário investir em transformação digital de produtos para: (i) responder à crescente mudança de comportamento dos consumidores perante um mercado cada vez mais digital; (ii) atualizar seus *legacy systems*; (iii) aumentar a eficiência da sua alocação de capital; (iv) preparar-se para eventual consolidação (M&A); (v) capacitar recursos humanos; e (vi) endereçar questões sociais.⁵⁴

empresas. In Voto EMI 00040/2018-BACEN-MF, de 04.10.2018, disponibilizado pelo Banco Central via Pedido 00077000032201930 pela Lei de Acesso à Informação, respondido em 04.01.2019.

52. Greenback 2.0 Jhor Bahru Report: migrant workers' remittances from Malaysia. World Bank Group. Knowledge and Research, junho de 2017, p. 11.
53. Relatório de Economia Bancária 2018. Banco Central do Brasil (28.05.2019), p. 106.
54. Conforme informado por bancos europeus em pesquisas contratadas pela União Europeia. REID, Neil *et al.* Beyond Restructuring: the new agenda. European Banking 2017. Oliver Wyman, (2017). Disponível em: https://www.oliverwyman.com/content/dam/oliver-wyman/v2/publications/2017/oct/European-Banking-Report_2017.pdf. Acesso em: 20 set. 2019, p. 21-29.

Na prática, esses objetivos foram convertidos nas seguintes estratégias concretas:⁵⁵ concessão de crédito e meios de pagamentos por *sites/apps* próprios do banco; *roboadvisory* e administração de recursos no meio digital; e biometria, vídeo e *chatbots* para melhorar a *interface* e processo de reconhecimento do consumidor diminuindo riscos de fraude e monitoramento *anti-money-laundering*. Essa crescente modernização dos negócios dos incumbentes para bases digitais teve o notório efeito de *contribuir para o bem-estar do consumidor de produtos bancários*. Tais estratégias em que o incumbente desenvolve a inovação dentro do seu próprio ecossistema (*in-house*) caem na categoria de inovação fechada, e abrangem o desenvolvimento interno de aplicações, organização, logística, propaganda etc., principalmente via P&D. Essas ações, apesar de mais discretas, podem ter altos custos de transação (capital e tempo)⁵⁶ na busca de profissionais, equipamentos, adequação de cultura etc.⁵⁷ Essas dificuldade para incumbentes inovarem *in-house* também já foram demonstradas na *Harvard Business Review*.⁵⁸

Por fim, mesmo não sendo estritamente um ganho do bem-estar do consumidor do mercado de crédito, impossível deixar de mencionar que, após a pressão das *fintechs* no setor de meios de pagamento, incumbentes como Itaú e Santander derrubaram a praticamente zero as taxas de antecipação de recebíveis cobrados de estabelecimentos. Trata-se de um exemplo claríssimo de como a pressão concorrencial das *fintechs* e suas tecnologias foi capaz de gerar bem-estar do consumidor (e gera disputas no âmbito do Cade que fogem nosso escopo).⁵⁹

55. Sound Practices: implications of fintech developments for banks and bank supervisors. Bank for International Settlements cit., p. 17.

56. A definição de custos de transação foi dada por Kenneth Arrow há quase 50 anos atrás como o custo de se navegar no sistema econômico. Conforme aprofundado por Williamson, custos de transação são os recursos despendidos para (i) se identificar e medir os preços e custos relevantes, que nem sempre são identificáveis; (ii) negociação e estabelecimento dos acordos entre agentes; e (iii) fiscalização e enforceability das transações, in WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. SSRN *Electronic Journal*, Londres: Free Press, 1985.

57. LERNER, Josh. *Corporate Venturing*. Cambridge: Harvard Business Review, 2013. Disponível em: <https://hbr.org/2013/10/corporate-venturing>. Acesso em: 7 jun. 2017.

58. GIROTRA, Karan; NETESSINE, Serguei. *Why Large Companies Struggle with Business Model Innovation*. Cambridge: Harvard Business Review, 2013.

59. Rede zera taxa para antecipar recebíveis no crédito à vista. *Valor Econômico* (18.04.2019). Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noti>

2.3 *Ecosystemas de parceria entre bancos e fintechs – inovação aberta*

Além da inovação fechada, um incumbente também pode perseguir inovação fora do seu próprio ambiente – é o que se chama de inovação aberta. No caso da inovação financeira, bancos podem criar parcerias com *fintechs* com intuito de acessar as inovações disruptivas das *startups* e eventualmente agregá-las nas suas próprias estruturas, conseguindo uma vantagem concorrencial sobre os concorrentes desse banco. As cooperações entre bancos incumbentes e *fintechs* entrantes são incentivadas justamente pela sinergia entre os pontos fortes de ambos: *fintechs* oferecem *interface* com foco no consumidor, criatividade de ideias e implementação ágil; já bancos têm uma marca reconhecida, estrutura financeira sólida e *compliance* regulatório.⁶⁰ Os incentivos dos dois para cooperar são documentados em pesquisa das universidades de Frankfurt e Münster:

BANCOS	FINTECHS
<p>Outsourcing (89% das respostas)</p> <p>Delegação de atividades tecnológicas para dedicação de seus recursos próprios ao <i>core business</i> (<i>banking</i> de fato).</p>	<p>Recursos e sinergias (100% das respostas)</p> <p>Acesso a <i>funding</i> de baixo custo, a reputação sólida, e, especialmente, a dados dos bancos.</p>
<p>Inovação a ritmo rápido (78%)</p> <p>Inovação mais ágil, por estar fora da infraestrutura do banco.</p>	<p>Confiança e credibilidade (71%)</p> <p>Ponto relevante, dado que <i>fintechs</i> não têm muitos ativos e são pouco reguladas.</p>
<p>Evolução do modelo de negócios (67%)</p> <p>Reação à pressão concorrencial das novas instituições e ao medo da obsolescência.</p>	<p>Aquisição de consumidores (71%)</p> <p>Extração de valor da reputação e da marca dos bancos.</p>
<p>Vantagem competitiva (44%)</p>	<p>Aprendizado (29%)</p>
<p>Aprendizado (44%)</p>	<p>-</p>

Em um primeiro momento, essas parcerias começam com testes e usos dos dados/clientes do banco pela *fintech* para a prova de conceito de uma ação conjunta.⁶¹ Eventualmente, o relacionamento pode avançar para diversas ou-

cia/2019/04/18/rede-zero-taxa-para-antecipar-recebeveis-no-credito-a-vista. ghtml. Acesso em: 20 set. 2019.

60. Banks and Fintechs: adversaries or partners? Knowledge@Wharton (30.04.2018). Wharton University of Pennsylvania.

61. Competition issues in the area of financial technology. *European Parliament* cit., p. 20.

tras etapas e estruturas. Para a análise de impactos concorrenciais, interessa especialmente as estruturas de *Corporate Venture* bancário – operações em que o banco investe e se torna sócio de *fintechs* com a finalidade estratégica de agregá-las ao seu próprio *business* e transformá-las em vantagem concorrencial. Segundo estudo empírico que fizemos,⁶² as iniciativas de *Corporate Venture* mapeadas são:

Instituição	Iniciativas de <i>Corporate Venture</i>
Banco C6 (C6Bank)	Adquiriu a IDEA9, além de, para alguns, também ser uma <i>fintech</i> em si mesmo.
Banco do Brasil	Cotista no fundo BR <i>Startups</i> (portfólio com as <i>fintechs</i> Olivia, QueroQuitar!, Tbit, Taranis, Covercy e outras)
Banrisul	Fundo <i>Fintech Ventures</i> (estágio pré-operacional)
BNDES	Fundos Criatec, fundo Primatec e fundo de coinvestimento anjo.
Bradesco	Fundo inovaBra Ventures – portfólio com R3, Semantix, Cuponeria, AgroSmart e DirectOne.
BTG Pactual	Participação em Digesto, Finpass, Agronow e Resale
Itaú	Participação na R3
Santander	Fundo Santander InnoVentures – tem participação na Credits e em outras <i>fintechs</i> do exterior
Votorantim	É cotista no fundo BR <i>Startups</i> (portfólio descrito acima) e constituiu fundo próprio recentemente
XP	Investimento na <i>fintech</i> Olivia

2.3.1 Análise dos impactos concorrenciais das fusões e aquisições entre bancos e fintechs

Há quem diga que o *Corporate Venture* bancário pode ser prejudicial ao bem-estar do consumidor. Para quem defende essa tese, (i) se os bancos incumbentes conseguirem adquirir participação nas *fintechs* para reduzir a pressão concorrencial que elas geram (internalizar os efeitos *business-stealing* dos entrantes), isso poderia refrear os processos de transformação dos produtos em meio digital e de desbancarização do mercado de crédito; (ii) o incumbente pós-operação teria incentivos para reduzir as cifras que aplica no desenvolvimento de inovações (valores elevados e arriscados por natureza), já que

62. Fontes: fundos de investimento registrados na CVM, atos de concentração julgados pelo Cade e sites/demonstrações financeiras dos conglomerados.

terá uma posição de alto *market share* e receita sem contestabilidade;⁶³ e (iii) em conclusão, o alívio dos efeitos *business-stealing* gerado pelas *fintechs* nos bancos poderia facilitar uma queda (ou dificultar o crescimento) do bem-estar do consumidor, reduzindo então os benefícios enumerados nos Capítulos 3, 3.1 e 3.2.

Esse pensamento foi demonstrado na prática quando uma minoria do plenário do Cade, liderada pela conselheira Cristiane Alkmin, votou pela re-provação da aquisição parcial da XP Investimentos pelo Itaú, afirmando que seria um retrocesso e prejudicial ao bem-estar do consumidor.⁶⁴ As críticas da conselheira são alinhadas às críticas *supra* e também de algumas autoridades concorrenciais que chamam de insuficiente o método tradicional de avaliação de atos de concentração. Na visão delas, a aquisição de disruptivas por incumbentes deveria passar por maior escrutínio da autoridade concorrential, especialmente na investigação de possíveis prejuízos na variedade, qualidade e incentivos à inovação após o ato ser aprovado.⁶⁵

Sem prejuízo dessas visões, algumas especificidades desse mercado de inovação financeira merecem ser levadas em conta. Primeiro, a incerteza com que se daria qualquer restrição a atos de concentração entre bancos e *fintechs* pela autoridade concorrential, já que o julgamento se daria com base em variáveis desconhecidas, como nível de substitutibilidade entre produtos que viriam a ser desenvolvidos pela *fintech* no futuro. Segundo, já temos dados empíricos em que podemos basear essas futuras análises concorrenciais. Estudos recentes verificaram que, até agora, (i) bancos que se aliaram a *fintechs* ainda não incrementaram substancialmente seus faturamentos,⁶⁶ e (ii) bancos que

63. FEDERICO, Giulio; MORTON, Fiona Scott; SHAPIRO, Carl. *Antitrust and Innovation: welcoming and protecting disruption* cit., p. 4.

64. As críticas foram basicamente (i) que os demais conselheiros aprovaram o negócio levando em conta apenas seus efeitos estáticos sobre a concorrência (em vez dos reflexos dinâmicos a longo prazo); (ii) a operação iria contra o processo de desbancarização capitaneado pelas *fintechs*; e (iii) seria uma sinalização para bancos passarem a comprar quaisquer *fintechs* que aumentassem a pressão de concorrência (nas palavras da conselheira, “concorrentes chatos”).

65. GONZALO, Manuel; LYRA, Marcos Puccioni; PIRES-ALVES, Camila. Knowledge-based startups or small companies’ takeovers in Latin America: an antitrust issue? Recent cases from US, EU and Brazil. *Discussion Paper 20/2017*, Instituto de Economia da UFRJ.

66. Vide (1) FRASER, Ian. Complicated collaborations between big banks and fintech startups (27.09.2017). Disponível em: <https://www.raconteur.net/finance/complicated-collaborations-between-big-banks-and-fintech-startups>. Acesso em: 14 jul. 2019; e (2) SANJAY, Prateek. 7 successful bank fintech partnerships and what they

competiram com *fintechs* ainda não sofreram quedas relevantes de receita.⁶⁷ Em outras palavras, a relevância concorrencial das *fintechs* é colocada em cheque, o que afastaria a necessidade de intervenção nas parcerias entre as duas.

Considerando os dois lados dessa balança na análise concorrencial de estruturas de cooperação entre bancos e *fintechs*, é aconselhável cautela e estudo do caso concreto. De uma maneira ou de outra, é viável afirmar que a recente expansão dos investimentos por esses dois grupos em inovação e tecnologia financeira vem contribuindo sensivelmente para o bem-estar do consumidor no ambiente concorrencial brasileiro.

Conclusões

O mercado de crédito brasileiro é altamente concentrado, chegando a haver dúvida sobre o potencial de aumento da eficiência e bem-estar do consumidor com reformas legislativas, já que elas podem enfrentar um problema de efetividade limitada em um mercado bancário oligopolizado.

Nesse cenário, surgiram as *fintechs* – *startups* financeiras que geram avanços relevantes no mercado de crédito: (i) inclusão de camadas sociais que não bem atendidas; e (ii) estímulo para bancos investirem na qualidade digital dos seus próprios produtos. Um efeito a mais é a expansão de estruturas de cooperação entre banco e *fintechs*, sendo a mais concorrencialmente relevante o *Corporate Venture* bancário. Em que pesem eventuais discordâncias sobre os efeitos competitivos dessas parcerias, é inegável que a expansão dos investimentos em tecnologia financeira, tanto por bancos quanto por *fintechs*, vem fomentando o bem-estar do consumidor de crédito brasileiro.

Referências

ALENCAR, Leonardo; ANDRADE, Rodrigo; BARBOSA, Klenio. *Bank Competition and the Limits of Creditor's Protection Reforms*. XII Annual Seminar on Risk, Financial Stability and Banking. São Paulo: Banco Central, 2017.

BANKS and Fintechs: adversaries or partners? *Knowledge@Wharton* (30.04.2018). Wharton University of Pennsylvania.

have in common. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/7-successful-bank-fintech-partnerships-what-have-common-sanjay>. Acesso em: 14 jul. 2019.

67. Vide (1) Competition issues in the area of financial technology. *European Parliament* cit., p. 19; e (2) Sound Practices: Implications of fintech developments for banks and bank supervisors. *Bank for International Settlements* cit., p. 12.

- BB se compromete a acabar com exclusividade no mercado de crédito consignado. Cade (10.10.2012). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/bb-se-compromete-a-acabar-com-exclusividade-no-credito-consignado>. Acesso em: 22.08.2019.
- REID, Neil *et al.* *Beyond Restructuring: the new agenda*. European Banking 2017. Oliver Wyman, (2017). Disponível em: https://www.oliverwyman.com/content/dam/oliver-wyman/v2/publications/2017/oct/European-Banking-Report_2017.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.
- CARLETTI, Elena; SMOLENSKA, Agnieszka. *10 years on from the Financial Crisis: cooperation between competition agencies and regulators in the financial sector*. OCDE, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Paris, OECD, 2017.
- COMPETITION issues in the area of financial technology. *European Parliament*. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. Directorate-General for Internal Policies, 2018.
- COPOM mantém Selic em 14,25% ao ano. *Valor Econômico* (20.01.2016). Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/4402752/copom-mantem-selic-em-1425-ao-ano>. Acesso em: 23 ago. 2019.
- COPOM reduz taxa Selic em 0,5 ponto, para 6% ao ano. *Valor Econômico* (31.07.2019). Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/6372771/copom-reduz-taxa-selic-em-05-ponto-para-6-ao-ano>. Acesso em: 23 ago. 2019.
- ESTUDO do BC sobre spread causa polêmica. *Valor Econômico* (28.05.2019). Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/6279733/estudo-do-bc-sobre-spread-causa-polemica>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- HODER, Frank; WAGNER, Michael; SQUERRA, Juliana; BERTOL, Gabriela. *Revolução Fintech: como as inovações digitais estão impulsionando o financiamento às MPME na América Latina e Caribe*. Oliver Wyman, 2016. Acesso em: http://cdn.iic.org/sites/default/files/documents/pub/pt/cii_-_oliver_wyman_-_a_revolucao_fintech.pdf. Acesso em: 19 maio 2019.
- FEDERICO, Giulio; MORTON, Fiona Scott; SHAPIRO, Carl. *Antitrust and Innovation: welcoming and protecting disruption*. National Bureau of Economic Research. University of Haas, 2019.
- FINTECH and Market structure in financial services: Market developments and potential financial stability implications. *Financial Stability Board* (14.02.2019).
- FRASER, Ian. *Complicated collaborations between big banks and fintech startups* (27.09.2017): Disponível em: <https://www.raconteur.net/finance/>

complicated-collaborations-between-big-banks-and-fintech-startups. Acesso em: 14 jul. 2019.

GERDING, Erik F. Bank Regulation and Securitization: how the Law improved transmission lines between real estate and banking crises. *Georgia Law Review*, v. 50:1. Athens, University of Georgia, 2015.

GIOTRA, Karan; NETESSINE, Serguei. *Why Large Companies Struggle with Business Model Innovation*. Cambridge: Harvard Business Review, 2013.

GONZALO, Manuel; LYRA, Marcos Puccioni; PIRES-ALVES, Camila. Knowledge-based startups or small companies' takeovers in Latin America: an antitrust issue? Recent cases from US, EU and Brazil. *Discussion Paper 20/2017*, Instituto de Economia da UFRJ.

GREENBACK 2.0 Jhor Bahru Report: migrant workers' remittances from Malaysia. *World Bank Group*. Knowledge and Research, junho de 2017.

IFC Enterprise Finance Gap Database. *International Finance Corporation* (2018). Disponível em: <https://finances.worldbank.org/Other/IFC-Enterprise-Finance-Gap-Database-Raw-Data/2ppx-k958/data>. Acesso em: 16 set. 2019.

KLUS, Milan; LOHWASSER Todor; HOLOTIUK, Friedric; MOORMANN, Jurgen. *Strategic Alliances between Banks and Fintechs for Digital Innovation: motives to collaborate and types of interaction*. University of Münster & University of Frankfurt, 2018.

LERNER, Josh. *Corporate Venturing*. Cambridge: Harvard Business Review, 2013. Disponível em: <https://hbr.org/2013/10/corporate-venturing>. Acesso em: 7 jul. 2017.

LICENSING: A phased approach to authorising new entrants to the banking industry – response to submissions. *Australian Prudential Regulation Authority*. Sidney: APRA, 2018

MOHSNI, S.; OTCHERE, I. Does regulatory regime matter for bank risk taking? A comparative analysis of US and Canada. *Journal of International Markets, Institutions & Money*, 50, 2017.

NOVA FRONTEIRA do crédito no Brasil. *PwC Brasil / ABCD*. Pesquisa Fintechs de Crédito, 2019.

OLIVEIRA, Giuliano Contento; WOLF, Paulo José Whitaker. A dinâmica do mercado de crédito no Brasil no período recente (2007-2015). *Texto para Discussão* n. 2.243. Brasília, IPEA, 2016.

PARECER 16/2017/CGAA2/SGA1/SG/Cade da Superintendência-Geral do Cade no Ato de Concentração 08700.004880/2017-64, em que foi aprovada a aquisição parcial de operações do Banco Citibank pelo Itaú Unibanco.

- PEDIDO 18600000516201979, respondido pelo Banco Central em 18.04.2019.
- REDE zero taxa para antecipar recebíveis no crédito à vista. *Valor Econômico* (18.04.2019). Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2019/04/18/rede-zero-taxa-para-antecipar-recebiveis-no-credito-a-vista.ghtml>. Acesso em: 20 set. 2019.
- RELATÓRIO de Economia Bancária 2018. *Banco Central do Brasil* (28.05.2019). Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/reb_2018.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.
- REZENDE, Luiz Paulo Fontes. *Inovação tecnológica e a funcionalidade do sistema financeiro: uma análise de balanço patrimonial dos bancos no Brasil*. Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional Faculdade de Ciências Econômicas – UFMG. Tese (Doutorado em Economia). Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2012.
- RIES, Eric. *The Lean Start up: how today's entrepreneurs use continuous innovation to create radically successful businesses*. Nova York: Crown Publishing Group, 2011.
- SANJAY, Prateek. *7 successful bank fintech partnerships and what they have in common*. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/7-successful-bank-fintech-partnerships-what-have-common-sanjay>). Acesso em: 14 jul. 2019.
- SOUND Practices: implications of fintech developments for banks and bank supervisors. *Bank for International Settlements*. Basel Committee on Banking Supervision (fevereiro de 2018). Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d431.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.
- TAXA Selic vai a 5,5% e pode cair mais. *Valor Econômico* (19.09.2019). Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2019/09/19/taxa-selic-vai-a-55-e-pode-cair-mais.ghtml>. Acesso em: 20 set. 2019.
- V. DE CRÉDITO concedido pelas fintechs vem aumentando 300% ao ano. *Fintechlab* (20.02.2019). Disponível em: <https://fintechlab.com.br/index.php/2019/02/20/volume-de-credito-concedido-pelas-fintechs-vem-aumentando-300-ao-ano/>. Acesso em: 19 maio 2019.
- VOTO EMI 00040/2018-BACEN-MF, de 04.10.2018, disponibilizado pelo Banco Central via Pedido 00077000032201930 pela Lei de Acesso à Informação, respondido em 04.01.2019.
- VOTO vogal da conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no Ato de Concentração 08700.004431/2017-16, que foi vencido ao reprovar a operação Itaú-XP em 14.03.2018.

VOTO relator do conselheiro João Paulo de Resende no Ato de Concentração 08700.010790/2015-41, que aprovou a aquisição das operações do Banco HSBC no Brasil pelo Bradesco em 08.06.2016.

VOTO relator no Ato de Concentração 08012.011736/2008-41, que aprovou a aquisição do Banco Nossa Caixa pelo Banco do Brasil em 04.08.2010.

WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. SSRN *Electronic Journal*, Londres: Free Press, 1985.

YAZBEK, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Elsevier, 2007.

PRÊMIO IBRAC-TIM 2019 – 3.º COLOCADO –
PÓS-GRADUAÇÃO

ANTITRUSTE, REGULAÇÃO SETORIAL E A NOVA POLÍTICA DE DESINVESTIMENTOS DA PETROBRAS

Instrumentos para promoção da
concorrência no mercado de gás natural

LUCAS GRIEBELER DA MOTTA

Resumo: O presente artigo abordará os recentes passos dados em direção à promoção da concorrência no mercado de gás natural no Brasil. Para tal, primeiramente serão analisadas as investigações antitruste que deram ensejo à assinatura do termo de compromisso de cessação da Petrobras com o Cade em julho de 2019. Posteriormente, serão abordadas iniciativas do governo federal para estimular a competição no setor, com enfoque na Resolução 16/2019 pelo CNPE e nos compromissos oferecidos ao Cade pela Petrobras. Por fim, serão apresentadas considerações sobre as consequências de curto prazo dessas ações, além de reflexões para seu aperfeiçoamento a longo prazo.

Palavras-chave: Abuso de posição dominante no mercado de gás natural – Acesso a gasodutos e infraestruturas essenciais – Antitruste e regulação setorial – Casos Abegás, Comgás e UTE-Cuiabá – Discriminação de preços de gás natural – Desinvestimentos da Petrobras – Desverticalização do mercado de gás natural.

Keywords: Abegás, Comgás, and UTE-Cuiabá cases – Abuse of dominant position in the natural gas market – Access to pipelines and essential facilities – Antitrust and sectoral regulation – Divestments to be made by Petrobras – Deverticalization of the natural gas market – Price discrimination for the acquisition of natural gas.

1. Introdução

O mercado de gás natural (“GN”) foi objeto de diversas investigações pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) nos últimos

anos.¹ Trata-se de segmento estratégico para o país, haja vista que o produto é utilizado como insumo em processos de combustão ou potência (geração de energia, calor e frio), bem como nas etapas produtivas de variadas indústrias, como siderúrgica e petroquímica, além da produção de combustíveis, fertilizantes e vidros.²

Em razão de anteriormente ter sido monopólio da União por força constitucional (art. 177, inciso I), por anos todas as fases da cadeia do GN foram juridicamente reservadas à Petróleo Brasileiro S.A. (“Petrobras”). Contudo, com o advento da Emenda Constitucional 9/1995 e da Lei 9.478/1997 (“Lei do Petróleo”), foi autorizada a celebração de contratos com empresas privadas para exploração das atividades de pesquisa e lavra de jazidas de GN, bem como seu transporte por meio de dutos. Sem dúvida, foi um avanço significativo do ponto de vista jurídico, uma vez que era a própria Constituição Federal que barrava agentes privados de atuarem nessa indústria.

Passadas duas décadas dessas alterações, ainda que se reconheçam que empresas multinacionais hoje atuam no país nos segmentos liberalizados na década de 1990, não houve até o momento alteração profunda da dinâmica da indústria do GN. Tal qual apontado pela Agência Nacional do Petróleo (“ANP”), a Petrobras permanece sendo, de um lado, monopolista no fornecimento de GN – isto é, única vendedora atacadista para clientes industriais, companhias distribuidoras locais (“CDLs”)³ e usinas termelétricas⁴ – e, de outro lado, monopsonista em relação a quase todos os produtores de GN, porquanto adquire quase a totalidade da produção dos concorrentes “na boca do poço”, a preços mais baixos.⁵

1. Citem-se, por exemplo: (i) Processo Administrativo 08700.002600/2014-30 (Comgás v. Petrobras); (ii) Inquérito Administrativo 08700.007130/2015-82 (Abegás v. Petrobras); (iii) Inquérito Administrativo 08700.009007/2015-04 (UTE-Cuiabá v. Petrobras); (iv) Inquérito Administrativo 08700.003335/2018-31 (CADE *ex officio* v. Petrobras).
2. LOSS, Giovani Ribeiro. *A regulação setorial do gás natural*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 60.
3. É a sociedade empresária que fornece serviço de gás canalizado aos seus consumidores, que podem ser industriais, comerciais ou residenciais.
4. Planta que produz energia elétrica a partir da liberação de calor de um dado combustível, como carvão, diesel, GN ou urânio. Nessas instalações, a queima ou fusão/fusão do combustível, em contato com água, produzirá vapor e pressão, que movimentarão as turbinas do gerador da usina.
5. ANP – Superintendência de Infraestrutura e Movimentação (“ANP/SIM”). Nota Técnica 14/2018: a promoção da concorrência na indústria de gás natural (“NT 14/2018”), p. 5. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/central-de-conteu->

Recentemente foram dados passos efetivos importantes para promoção da concorrência no setor. Entre eles, destacam-se os seguintes: (i) a criação do programa Gás para Crescer; (ii) a atualização do decreto regulamentador da Lei 11.909/2009 (“Lei do GN”); (iii) a nova gestão da Petrobras colocou em marcha uma sólida política de desinvestimentos; (iv) o Conselho Nacional de Política Energética (“CNPE”) emitiu uma série de diretrizes visando ao aperfeiçoamento da política energética brasileira; e (v) a Petrobras firmou com o Cade um termo de compromisso de cessação (“TCC”) prevendo desinvestimentos de CDLs e gasodutos, além de obrigações de natureza regulatória.

À luz desse contexto, o presente artigo abordará os recentes passos dados em direção à promoção da concorrência no mercado de GN no Brasil. Para tal, primeiramente serão analisadas as investigações antitruste que deram ensejo à assinatura do TCC da Petrobras com o Cade. Posteriormente, serão abordadas iniciativas do governo federal para estimular a competição no setor, com enfoque na edição da Resolução 16/2019 pelo CNPE e nos compromissos oferecidos ao Cade pela Petrobras. Por fim, serão apresentadas considerações sobre as consequências de curto prazo dessas ações, além de reflexões para seu aperfeiçoamento a longo prazo.

2. Investigações antitruste que deram origem ao TCC

2.1 Considerações iniciais

À luz das suas particularidades da estrutura do mercado de GN, não são raras as vezes em que o Cade instaurou investigações para apurar supostas condutas anticompetitivas por parte da Petrobras no mercado de GN. Isso não significa dizer que a empresa teria frequentemente incorrido em violações às normas de defesa da concorrência, mas apenas que se trata do único *player* atuante em um setor suscetível a esse tipo de discussão.⁶ A doutrina estrangei-

do/notas-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/nota-tecnica-14-2018-sim.pdf. Acesso: 22 ago. 2019.

6. Essa situação não é peculiaridade do Brasil, haja vista que a Comissão Europeia também intervém para restaurar a competição em sua jurisdição. Recentes exemplos foram sua atuação para garantir o fluxo livre de GN e de gás natural liquefeito (“GNL”) a preços competitivos em determinados países europeus, abastecidos pelas companhias estatais Gazprom e Qatar Petroleum. Evidentemente, por existirem disparidades materiais em termos de nível de integração e maturidade da indústria, não é possível traçar um paralelo perfeito entre as realidades brasileira e europeia, razão pela qual a importação simplista de soluções estrangeiras para corrigir problemas brasileiros não é uma estratégia adequada. Para mais informações sobre as investigações da Comissão Europeia, consultar: (i) European

ra é clara no sentido de que mercados como de energia e GN são historicamente caracterizados por elevado grau de verticalização e presença de empresas estatais, as quais, muitas vezes, são as únicas proprietárias e operadoras das infraestruturas essenciais.⁷

Objetivando o encerramento dos dois casos mais recentes sobre abuso de posição dominante no mercado de GN, a Petrobras e o Cade firmaram um TCC em 8 de julho de 2019. De um lado, a Petrobras conseguiu evitar eventual condenação em processos antitruste, o que poderia acarretar a aplicação de severas multas e outras penalidades;⁸ de outro lado, o Cade foi capaz de intervir no mercado de maneira célere e eficiente à primeira vista, evitando anos de instrução processual, disputas administrativas e possivelmente judiciais.

A primeira investigação diz respeito à suposta discriminação de preços no fornecimento de GN, pela Petrobras, à Companhia de Gás de São Paulo (“Comgás”), em virtude do estabelecimento da Nova Política de Preços (“NPP”) da Petrobras. A outra investigação teve origem na representação da Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado (“Abegás”), que denunciou não apenas potenciais discriminações de preços, mas também recusas de fornecimento de GN e imposição de cláusulas contratuais não razoáveis a terceiros, incluindo clientes do setor termelétrico. Dada sua maior abrangência, outros procedimentos investigatórios foram inseridos no bojo deste último caso. Eles serão brevemente descritos abaixo.

Commission. Antitrust: Commission imposes binding obligations on Gazprom to enable free flow of gas at competitive prices in Central and Eastern European gas markets. Disponível em: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3921_en.htm. Acesso: 12 de setembro de 2019; e (ii) European Commission. Antitrust: Commission opens investigation into restrictions to the free flow of gas sold by Qatar Petroleum in Europe. Disponível em: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4239_en.htm. Acesso: 12 set. 2019.

7. “European electricity and gas markets were, historically, characterized by high degrees of vertical integration, with a single, usually State-owned, entity performing all functions. [...] Although some meaningful benefits had been realized, notably wider consumer choice and more cost-reflective prices, significant problems remained, including high wholesale market concentration, vertical foreclosure, a lack of integration and transparency, ineffective price formation mechanisms including artificially low regulated tariffs, limited retail competition, and uncompetitive balancing markets” (NIAMH, Dunne. *Competition law and economic regulation: making and managing markets*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 112-113).
8. Vide art. 38 da Lei 12.529/2011.

2.2 *Suposta discriminação de preços de venda de GN para a Comgás*

O Processo Administrativo 08700.002600/2014-30 decorreu de representação da Comgás em face da Petrobras, em razão do suposto oferecimento de GN a preços mais atrativos para a Gás Brasileiro Distribuidora S.A. (“GBD”), CDL integrante do grupo econômico da Petrobras.⁹ Segundo a Comgás, entre maio de 2011 e setembro de 2015, a Petrobras teria aplicado descontos unilaterais no preço do GN adquirido pela GBD, que possuía contratos na modalidade NPP,¹⁰ a qual substituiu a modalidade TCQ.¹¹ No entendimento da Comgás, houve distorção da concorrência porque as duas CDLs atuavam dentro do estado de São Paulo, mas adquiriam o mesmo produto, do mesmo fornecedor, a preços distintos.

Após anos de instrução processual, a Superintendência-Geral do Cade (“SG”) emitiu, em 5 de agosto de 2016, parecer condenatório, sustentando, em síntese, que: (i) como a Petrobras possui poder de mercado em todas as etapas do GN, é possível supor que há incentivos para a empresa incorrer em

9. A venda da GBD, pela ENI International B.V. à Petrobras foi analisada pelo CADE no âmbito do Ato de Concentração 08012.006171/2010-03. Na ocasião, o Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia reconheceu a possibilidade de que a verticalização entre um fornecedor monopolista e uma CDL pode criar incentivos para adoção de condutas anticompetitivas, em especial discriminação de preços para favorecimento de subsidiária à jusante. Entretanto, tendo em conta que a ANP e a Agência Reguladora de Saneamento e Energia de São Paulo (“ARSESP”) monitoram o mercado constantemente por meio de auditorias, inspeções e exames de contratos e demonstrações financeiras, eventual abuso de posição dominante pela Petrobras poderia ser identificado e coibido de forma adequada. A operação foi aprovada mediante as seguintes imposições: (i) por um prazo de cinco anos, a Petrobras deveria submeter às agências reguladoras competentes e ao CADE todos os contratos firmados e que vierem a ser firmados com CDLs e consumidores livres; e (ii) a Petrobras deveria segregar o preço de transporte e de fornecimento de GN nos seus contratos com CDLs.
10. Todos os contratos de compra e venda de GN para o mercado não termelétrico, desde 2007-2008, são firmados nesta modalidade e em moeda nacional. Para precificação do produto, levam-se em consideração os custos de aquisição, produção e prospecção de GN de diversas fontes (GN boliviano, GNL importado, produção própria da Petrobras etc.). A partir de então, todas as CDLs, tanto as com participação societária da Petrobras quanto as totalmente independentes do grupo econômico da Petrobras, firmam contratos nesta modalidade.
11. Contratos do tipo Transportation Capacity Quantity, cuja precificação era atrelada única e exclusivamente ao custo de aquisição, transporte e logística do GN importado da Bolívia. Era um contrato dolarizado e lastreado em índices internacionais.

abuso de posição dominante; (ii) embora o escopo territorial dos contratos de concessão da Comgás e da GBD sejam distintos, não seria possível descartar a possibilidade de que grandes consumidores de GN preferissem instalar-se no local com custo de GN mais baixo – isto é, poderia haver migração de clientes industriais da área de concessão da Comgás para a GBD; e (iii) embora os dados concretos do processo não permitissem concluir que houve prejuízo à Comgás, também não haveria elementos que pudessem descartar a “possibilidade de dano da conduta”.¹² A Procuradoria Federal Especializada do Cade (“PFE-Cade”) e o Ministério Público Federal (“MPF”) acompanharam o entendimento da SG.

Contrariando os pareceres constantes dos autos, o Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira proferiu, na sessão de julgamento de 26 de junho de 2019, elogiável voto que servirá de parâmetro para casos futuros de condutas unilaterais em que a prática investigada já cessou e houve transcurso de tempo razoável para que o mercado sentisse eventuais efeitos negativos. Sucintamente, entendeu-se que: (i) os atos investigados cessaram em 2015, isto é, há quatro anos e não há elementos indicando prejuízo à concorrência – em casos como esse, o ônus que recai sobre a autoridade para proferimento de decisão condenatória é ainda maior, porque não há que se falar de efeitos potenciais; (ii) a Comgás foi a única CDL que cresceu no estado de São Paulo, tanto em termos de volume vendido de GN quanto de expansão da malha de gasodutos, durante o período abrangido pela investigação; (iii) o fato de a Petrobras ser dominante à montante não é, por si só, suficiente para caracterizar exercício abusivo de sua dominância; (iv) a tese de criação artificial de incentivos para alocação de plantas industriais de grandes consumidores de GN na área de concessão da GBD, em detrimento da Comgás, é abstrata demais e não possui comprovação: a princípio, há outros fatores a serem considerados na construção de plantas industriais que não apenas o preço de aquisição do GN.¹³

12. A íntegra desse parecer da SG pode ser encontrada no endereço eletrônico do Cade. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3Bf-PLlu9u7akQA8mpB9yPNifv2SSmeYbiYXhI9nM0cdHf5tZ8BlSLWGH-UgV-Ge1zE9-0bARFFscWtr1-sb8wvm6ajgG0Y8iif4icMYCGrI. Acesso: 7 set. 2019.

13. A íntegra da decisão do Conselheiro Relator pode ser encontrada no endereço eletrônico do Cade. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOL3K7eFDYDAs5v_ID0xBNe9scM5kPdNr2YdfnkIuNp9ejNEGnWZiyFf2r-Mz-st-lUrP3kqJW0s03ORxDRmr6P. Acesso: 8 set. 2019.

Não obstante essa decisão determinando o arquivamento do feito, o mérito propriamente dito do caso não foi apreciado pelos outros membros do Tribunal do Cade. Isso porque, de acordo com informações publicamente disponíveis, a Petrobras protocolizou requerimento de TCC semanas antes de o processo ter sido pautado para julgamento e houve pedido de vista.¹⁴ Diante de uma decisão absolutória como essa, em que não houve identificação de ilícito pela autoridade concorrencial, entende-se que seria adequada uma sinalização prévia a eventuais proponentes de TCC, para se evitarem intervenções estruturais antitruste sem nexo de causalidade.

2.3 Investigação ampla no setor de GN

O Inquérito Administrativo 08700.007130/2015-82 teve início com representação da Abegás, na qual se sustentava que a Petrobras imporia cláusulas abusivas (basicamente, *take or pay* e *ship or pay*) a determinadas CDLs e discriminaria aquelas que não fossem integrantes de seu grupo econômico. A associação também questionou o encerramento dos descontos conferidos aos seus associados que firmaram contratos NPP com a Petrobras. Para além de preocupações concorrenciais envolvendo CDLs, a Abegás indicou que essas práticas da Petrobras afetariam consumidores-livres¹⁵ e termelétricas não integrantes do grupo econômico da Petrobras. Por essa razão, é tida como “investigação ampla”.

A essa investigação foram acoplados outros dois casos em tramitação no Cade: (i) Inquérito Administrativo 08700.009007/2015-04, decorrente de re-

14. Conforme informações do site do Cade, o requerimento de TCC foi protocolizado em 17 de junho de 2019, ao passo que a sessão de julgamento em que o Conselheiro-Relator proferiu seu voto ocorreu em 26 de junho de 2019. Na ocasião, o Conselheiro Maurício Bandeira Maia solicitou vista do processo. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAJTVp9dxRfPBceX5QytEjnm9YUTcFXaXvHWyV77b-iWbrbYK17rXxbcS. Acesso: 8 set. 2019.
15. Existem dois tipos de consumidor no mercado de GN, os cativos e os livres. Os primeiros são aqueles que compram o insumo energético da própria CDL com atuação na região. Por sua vez, os segundos são aqueles que, por demandarem grandes volumes do produto, desde que se enquadrem nas regras dos seus respectivos estados de atuação, podem adquirir GN de outros agentes, como diretamente dos produtores, importadores e comercializadores. O Instituto Brasileiro do Petróleo (“IBP”) possui uma cartilha com informações adicionais a respeito do tema. Disponível em: <https://www.ibp.org.br/personalizado/uploads/2018/04/Cartilha-sobre-Consumidor-Livre.pdf>. Acesso: 11 set. 2019.

apresentação da Âmbar Energia Ltda. (“Âmbar”), operadora da usina termelétrica de Cuiabá (“UTE-Cuiabá”), sobre recusa de fornecimento de GN; e (ii) Procedimento Preparatório 08700.003335/2018-31, cuja instauração foi sugerida pelo Presidente do Cade para investigação do comportamento da Petrobras no fornecimento de GN para clientes do setor de energia. Especificamente sobre o caso da UTE-Cuiabá, a SG determinou seu arquivamento porque não houve recusa imotivada de fornecimento pela Petrobras, mas sim violação às obrigações de anticorrupção previstas nos instrumentos contratuais assinados pela Âmbar e seus acionistas.¹⁶

No curso processual, a SG enviou ofícios a diversos agentes do setor (agências reguladoras, associações, CDLs, grandes consumidores industriais, produtores etc.) para coletar evidências. A instrução desse caso não foi concluída porque a Petrobras apresentou requerimento de TCC ainda na fase de inquérito administrativo. Note-se que apesar da abrangência mais ampla desse caso, há sobreposição de fatos. Ilustrativamente, as alegações de cometimento de ilícitos pela Petrobras no suprimento de GN para o mercado termelétrico foram descartadas pelo Cade com o arquivamento do caso da UTE-Cuiabá, da mesma forma que qualquer favorecimento à GBD foi afastado pelo Conselheiro-Relator do caso da Comgás. Novamente, o Cade deveria levar esses fatores em consideração e estabelecer uma melhor comunicação com o jurisdicionado, visando à delimitação mais precisa dos espaços concorrenciais que necessitam de intervenção à luz de práticas ilegais concretas.

3. Iniciativas para promoção da concorrência no setor

3.1 Retrospectiva do papel do governo federal na abertura fática do mercado de GN

Desde 2016, com o advento da iniciativa “Gás para Crescer”, órgãos e entidades do governo federal estão monitorando continuamente o mercado de GN, com o objetivo de estudar ineficiências e gargalos encontrados para, no futuro, propor soluções adequadas. O programa tem como premissa que só há onde há diversificação de agentes econômicos; então, desde seu início, já buscava a redução da participação da Petrobras na cadeia produtiva do GN. Diversas associações e empresas participam ativamente das discussões deste

16. A íntegra da decisão pode ser encontrada no endereço eletrônico do CADE. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO-ATH2d955e4x0miuKkhSCpFLuASKH-IlCyXRBi1Rd4gPSoVFZ_gMBTOzBu-DOITeFgLPkM9NWmxk2bmlIQwGhGK. Acesso: 14 set. 2019.

programa, no âmbito do qual trocam experiências e propõem otimizações ao arcabouço regulatório atual.¹⁷

No final de 2018, foi editado o Decreto 9.616/2018, que normatizou os pilares do Gás para Crescer. Consoante sua exposição de motivos, as principais mudanças podem ser enquadradas em cinco grupos temáticos: (i) simplificação do processo de expansão das malhas de gasodutos, com melhor distribuição de responsabilidade entre os atores no processo de planejamento, construção e operação de infraestruturas; (ii) introdução de sistema de entradas e saídas para transporte de GN, possibilitando a contratação de capacidade de movimentação dentro da malha, independentemente da localização física do GN; (iii) promoção da desverticalização entre as atividades de transporte de GN das demais da cadeia; (iv) acesso de terceiros aos gasodutos, às unidades de processamento de GN e aos terminais de GNL; e (v) tentativa de harmonização regulatória entre as esferas federal e estadual.¹⁸

Com a posse do novo presidente da Petrobras, Roberto da Cunha Castello Branco, em 3 de janeiro de 2019, a empresa passou a ter nova gestão de portfólio, com foco nos ativos em que é dona natural e é capaz de extrair o máximo de retorno possível: exploração e produção de petróleo em grandes campos e em águas ultra profundas. Para o setor de GN, o discurso de Castello Branco foi enfático: a Petrobras é dominante em toda cadeia e essa situação não é boa para a economia – deve haver mudanças legais e regulatórias, acompanhadas da venda de ativos para a iniciativa privada. Somente assim haverá um “mercado competitivo e vibrante em nosso país”.¹⁹

3.2 Diretrizes do CNPE como documento-base para o TCC da Petrobras

Duas semanas antes de a Petrobras assinar o TCC no mercado de GN para empreender os desinvestimentos mencionados por Castello Branco, o CNPE aprovou a Resolução 16/2019, recomendando mudanças para o aprimoramento da política energética nacional. Ainda que contenha apenas diretrizes que precisam de *enforcement* e subsídios para serem implementadas, o documento propõe medidas razoáveis ao fim a que se destina.

17. Um sumário das principais proposições do programa pode ser encontrado no site do Ministério de Minas e Energia. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/novo-desenho-do-mercado-de-gas-natural>. Acesso: 7 set. 2019.

18. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Exm/Exm-Dec-9616-18.pdf. Acesso: 13 set. 2019.

19. A íntegra do discurso de posse do presidente Castello Branco está disponível em: https://www.agenciapetrobras.com.br/upload/documentos/apresentacao_g8yEY2Z7uU.pdf. Acesso: 5 set. 2019.

Sinteticamente, o CNPE recomenda: (i) a criação de condições para ampliação do acesso e do aumento da eficiência na operação e na utilização das infraestruturas de transporte de GN; (ii) a promoção da independência das empresas transportadoras de GN para redução de conflitos de interesse e para a garantia de acesso aos gasodutos de forma ampla e não discriminatória; (iii) na medida do possível, restrição a operações entre partes relacionadas (por exemplo, comercializadoras de GN e CDLs de um mesmo grupo econômico); (iv) maior transparência no estabelecimento de regras de acesso e precificação para uso das infraestruturas de escoamento e processamento de GN; (v) a alienação total das ações detidas pela Petrobras, direta ou indiretamente, em empresas de transporte e distribuição; (vi) a definição, nos pontos de entrada e saída dos gasodutos, dos volumes de transporte demandados, para possibilitar a oferta de capacidade a outros carregadores de GN; (vii) a remoção de barreiras para que os próprios produtores de GN comercializem seus volumes em leilões; e (viii) a criação de condições para facilitar a participação de empresas privadas na oferta de GN importado da Bolívia.

Há também recomendações voltadas para os estados e o Distrito Federal. São elas: (i) maior transparência aos contratos de compra e venda de GN no mercado cativo; (ii) a aquisição de GN pelas CDLs deve dar-se de forma transparente e que permita a ampla participação de todos os ofertantes e produtores; (iii) a adoção de metodologia objetiva para cálculo tarifário, que gere incentivos para investimentos em infraestrutura de rede; e (iv) a privatização das CDLs controladas pelas outras unidades da federação.

Como será tratado na seção seguinte, em linhas gerais, o TCC da Petrobras representa um movimento substantivo para reformulação das estruturas do mercado de GN, tendo endereçado parte considerável das sugestões do CNPE. As outras propostas, em especial a alienação de participações societárias em CDLs detidas pelos estados e Distrito Federal, serão temas polêmicos que possivelmente suscitarão resistência de governadores e deputados estaduais. Isso sem falar em potenciais embates envolvendo a auditoria e avaliação financeira dessas empresas, interferências de Tribunais de Contas Estaduais, sindicatos e da própria gestão de cada CDL.

3.3 Compromissos assumidos pela Petrobras

O acordo firmado pela Petrobras possui obrigações de três naturezas, que abrangem desinvestimentos, compromissos comportamentais e melhorias de governança corporativa que, para fins práticos, produzirão efeitos de um remédio misto. Dada a complexidade e a extensão das obrigações previstas no

TCC, elas serão monitoradas por um *Trustee*, que apresentará ao Cade relatórios trimestrais.²⁰

Os desinvestimentos propostos pela Petrobras foram os seguintes: (i) malha de gasodutos – alienação total das suas participações societárias na Nova Transportadora do Sudeste S.A. (“NTS”),²¹ na Transportadora Associada de Gás S.A. (“TAG”)²² e na Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A. (“TBG”);²³ e (ii) distribuidoras de gás canalizado – alienação total das suas participações societárias nas CDLS, seja por meio de uma alienação única

20. A versão pública do TCC da Petrobras pode ser encontrada no endereço eletrônico do CADE. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3Bf-PLlu9u7akQAh8mpB9yM2Ur8iByH-Nu4yvA1cv_9inRMOg4J1hcDMIohDGroONKELtnpkMU8Pfaq47IACp_3Fd9iD44arSE934kMfAu8z. Acesso: 19 set. 2019.
21. Responsável por mais de 2.000 quilômetros de malha de gasodutos com capacidade para distribuir 158,2 milhões de metros cúbicos de GN por dia. A infraestrutura da NTS conecta os estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo, que são responsáveis por aproximadamente 50% do consumo de GN no país, ao gasoduto Brasil-Bolívia, aos terminais de GNL e às plantas de processamento de GN. A Petrobras atualmente detém 10% do capital da NTS, sendo os 90% restantes de propriedade de Fundo de Investimentos em Infraestrutura da Brookfield (82,35%) e da Itaúsa – Investimentos Itaú S.A. (7,65%). Contudo, a Petrobras firmou um contrato com o adquirente para continuar ela própria com a operação e a manutenção do gasoduto por dez anos. Disponível no site de Relação com Investidores da NTS: <https://ri.ntsbrasil.com/sobre-a-nts/>. Acesso em: 22 ago. 2019.
22. Proprietária e gestora de ativos de armazenamento e transporte integrado de GN distribuído nas regiões Norte, Nordeste e Sudeste do Brasil, com capacidade firme contratada de movimentação de 74,67 milhões de metros cúbicos de GN por dia e mais de 4.500 quilômetros de extensão. Em abril de 2019, a Petrobras vendeu 90% do capital da TAG para o grupo francês Engie, anteriormente GDF Suez, e para o Fundo Institucional CDPQ, que administra planos de pensão públicos do Canadá. Disponível em: <https://ntag.com.br/quem-somos.htm>. Acesso: 22 de agosto de 2019.
23. Proprietária e operadora de infraestrutura de movimentação de GN situada no lado brasileiro, com capacidade de transporte de 30 milhões de metros cúbicos por dia. O gasoduto percorre 557 quilômetros no lado boliviano e começa nos arredores de Santa Cruz de la Sierra. No Brasil, a malha possui cerca de 2.593 quilômetros e atravessa os estados de Mato Grosso do Sul, Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo, abastecendo CDLS, indústrias, termelétricas e refinarias que representam mais da metade da demanda nacional de GN. A Petrobras exerce controle sobre a TBG por meio da Petrobras Logística de Gás S.A. Fonte: informações técnicas da TBG. Disponível em: http://www.tb.com.br/pt_br/o-gasoduto/informacoes-tecnicas.htm. Acesso: 23 ago. 2019.

de ações da Petrobras na Petrobras Gás S.A. (“Gaspetro”),²⁴ seja por meio da alienação das ações que a Petrobras indiretamente possui em cada CDL no Brasil, desde que respeitadas os acordos de acionistas vigentes. O fechamento dessas operações deve ocorrer até 31 de dezembro de 2021, com possibilidade de prorrogação por um ano.

Tendo em vista que o TCC prevê um prazo de mais de dois anos para efetivação dos desinvestimentos, para que o acordo possa produzir efeitos imediatos, o Cade e a Petrobras estabeleceram que enquanto não forem realizadas as alienações dos gasodutos e das CDLs, a Petrobras deverá indicar, para ocuparem cargos no Conselho de Administração das sociedades a serem desinvestidas, conselheiros independentes à luz das regras do Novo Mercado da Brasil, Bolsa e Balcão (“B3”).²⁵ Essas regras de governança também são importantes para se mitigar o poder de decisão da Petrobras em todos os elos da cadeia como: (i) produtora de GN; (ii) carregadora de GN; (iii) operadora de infraestrutura; (iv) fornecedora de GN para CDLs; e (v) consumidora de GN na condição de acionista das CDLs. Com isso, ocasiões em que atualmente há *self-dealing* serão reduzidas, propiciando maior autonomia para a tomada de decisões sobre: (i) a oferta de capacidade de transporte em gasodutos que, hoje, praticamente só transportam carregamentos da Petrobras; e (ii) a aquisição de GN por CDLs em que há participação societária da Petrobras.²⁶

24. Holding que congrega a participação da Petrobras em CDLs e demais sociedades que desempenhem atividades de distribuição, importação, exportação, armazenamento e comercialização de GN. Em 2015, a Mitsui Gás e Energia do Brasil Ltda. ingressou no quadro societário da Gaspetro com uma participação de 49%. CADE analisou essa operação no âmbito do Ato de Concentração 08700.010947/2015-38. Disponível em: <https://www.investidorpetrobras.com.br/ptb/14636/Relatorio%20de%20auditoria%20e%20Demonstrao%20financeira%20GASPETRO%202018.pdf>. Acesso: 2 set. 2019.
25. Tal definição é encontrada nos artigos 16 e 17 do Regulamento do Novo Mercado da B3. Disponível em: [http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E-3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%202003.10.2017%20\(Sancoes%20pecuniarias%202019\).pdf](http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E-3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%202003.10.2017%20(Sancoes%20pecuniarias%202019).pdf). Acesso: 10 set. 2019.
26. Para além dessas preocupações, a ANP aduz que o fato de estar em todas as etapas da cadeia produtiva (desde a produção até o consumo atacadista por CDLs e usinas termelétricas de sua propriedade) confere à Petrobras o acesso a informações comercialmente sensíveis da oferta de GN de outros vendedores. Com base nisso, segundo a ANP, a Petrobras teria condições de utilizar tais informações para otimizar sua política de precificação e, ao final, sagrar-se vencedora nos principais leilões. Fonte: ANP/SIM. Nota Técnica 04/2018: A desverticalização na indústria do gás natural, p. 23. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/central-de->

No que tange às obrigações comportamentais, a Petrobras comprometeu-se a: (i) não mais contratar novos volumes de GN de parceiros/terceiros, salvo determinadas exceções;²⁷ (ii) indicar, nos sistemas de transporte da NTS e da TAG, os volumes de injeção e retirada máxima em cada ponto de recebimento e zona de entrega, para eliminar flexibilidades e congestionamentos contratuais; (iii) promover alterações de cláusulas nos contratos de serviços de transporte de GN, com o objetivo de colocar à disposição de terceiros capacidades de transporte da NTS, da TAG e da TBG; (iv) renunciar à exclusividade de que desfruta em virtude de ser carregadora inicial nos gasodutos suprarreferidos; (v) negociar, de boa-fé, e de forma isonômica, o acesso de terceiros aos sistemas de escoamento²⁸

-conteudo/notas-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/nota-tecnica-04-2018-sim.pdf. Acesso em: 8 set. 2019.

27. As exceções previstas no TCC são aquelas para: (i) viabilizar a produção de GN em campos produtores, com base em questões técnicas, regulatórias e operacionais, desde que reportado e justificado ao CADE, limitado a um milhão de metros cúbicos por dia; (ii) viabilizar projetos de desinvestimento de ativos do portfólio da Petrobras que envolvam a comercialização de até um milhão metros cúbicos por dia, em média anual, por campo produtor; e (iii) viabilizar importação de GN. A Petrobras também poderá adquirir GN de parceiros/terceiros quando houver mútuo interesse das partes envolvidas e se tratar de projetos novos em que a Petrobras participe em consórcio para exploração conjunta com outras empresas, desde que limitado a 20% do volume total de GN produzido no Brasil.
28. Trata-se da movimentação do produto das unidades de processamento de GN até os city gates ou sítios de estocagem. Um sistema de transporte pode ser formado por um único duto conectando dois pontos, um duto com inúmeros pontos de entrega ao longo do trajeto ou por uma rede interconectada de dutos ligando inúmeras áreas produtoras a inúmeros pontos de entrega. A movimentação a partir do city gate até os pontos de consumo é classificada como distribuição e difere do segmento de transmissão/transporte pelo diâmetro dos dutos e pela pressão do GN na rede. É no city gate que há transferência da custódia do GN da transportadora para a concessionária estadual, passando a incidir regulação setorial estadual mais restritiva em termos de fixação de margens, preços máximos de distribuição e obrigação de submissão dos contratos ao escrutínio das autoridades competentes. Fontes: (i) Nota Técnica da SG n. 12/2016/CGAA-4, proferida no âmbito do Processo Administrativo 08012.011881/2007-41 (Comgás v. GNL Gemini). Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOkl6YG-CGFcQXD7FwN9DU5LyGUnhEp8rxvp34M5y_SxmnPMAWOhKaQD03LA-9Q1aVmQjBbMJs9GCwnC51X2JHzj. Acesso: 17 set. 2019; e ALMEIDA, Edmar Fagundes de; FERRARO, Marcelo Colomer. *Indústria do gás natural: fundamentos técnicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. p. 63.

e processamento²⁹ de GN da Petrobras; e (vi) publicar edital para arrendamento do Terminal de Regaseificação da Baía de Todos os Santos.³⁰

Essas obrigações assumidas pela Petrobras representam esforço significativo para contornar uma falha regulatória da Lei do GN, que não previu obrigatoriedade de acesso às infraestruturas essenciais.³¹ Dessa forma, após o TCC, produtores que antes não tinham condições físicas de escoar seus volumes para os consumidores mais atrativos de GN (CDLs e termelétricas) poderão atender às demandas de um mercado até então explorado unicamente pela Petrobras. Essa circunstância já foi suscitada por operadoras estrangeiras de campos de petróleo e GN no Brasil como fator impeditivo de investimentos: apesar de serem aptas para produzir grandes volumes, por não terem acesso aos gasodutos, optavam por queimá-lo ou reinjetá-lo nos poços.³²

Os impactos dessas medidas tendem a beneficiar o mercado já no curto prazo. A título exemplificativo, constatou-se que diversas foram as empresas que demonstraram interesse na participação em leilão de fornecimento de GN para CDLs no Mato Grosso do Sul, em São Paulo, no Rio Grande do Sul, em Santa Catarina e no Paraná.³³ Essa janela de competição sem dúvida deve ser comemorada, mas a forma pela qual ela está sendo criada não é imune a críticas. Trata-se do assunto abordado na próxima seção.

29. GN bruto é uma mistura variada de diferentes hidrocarbonetos gasosos, sendo o metano (CH₄) o composto predominante. Entretanto, além de hidrocarbonetos, há outras moléculas associadas ao produto, que comprometem a eficiência energética e o poder calorífico do GN, como dióxido de carbono (CO₂), nitrogênio (N₂), sulfeto de hidrogênio (H₂S), ácido clorídrico (HCl), metanol (CH₃OH) e outras impurezas. As unidades de processamento de GN são responsáveis pelo tratamento do GN e sua separação das demais substâncias. Fonte: GAUTO, Marcelo. *Petróleo e gás: princípios de exploração, produção e refino*. Porto Alegre: Editora Bookman, 2016. p 136-137.

30. Por possibilitar uma logística mais atrativa do ponto de vista financeiro e operacional, o GN importado chega à costa brasileira em navios metaneiros no estado líquido, isto é, como GNL. Para que o produto possa ser introduzido na cadeia para fornecimento a CDLs e termelétricas, ele precisa voltar ao seu estado natural gasoso. Essa é a função dos terminais de regaseificação.

31. ANP/SIM. NT 14/2018, p. 5.

32. *Valor Econômico*. Compromisso da Petrobras de reduzir presença deve movimentar área de gás. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/07/15/compromisso-da-petrobras-de-reduzir-presenca-deve-movimentar-area-de-gas.ghtml>. Acesso: 10 set. 2019.

33. *Valor Econômico*. Contratos de gás atraem Petrobras e mais seis. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/08/13/contratos-de-gas-atraem-petrobras-e-mais-seis.ghtml>. Acesso: 10 set. 2019.

4. Limites entre antitruste e regulação setorial

Os benefícios que comercializadores, consumidores, importadores e produtores independentes de GN experimentarão nos próximos anos são inegáveis. Pelo TCC da Petrobras, eles terão a oportunidade de adquirirem ou acessarem a partes significativas das infraestruturas de transporte e processamento de GN. Além disso, uma série de restrições comportamentais impostas à Petrobras equilibrará, a princípio, a competição dessa empresa com seus rivais não incumbentes. Entretanto, até que ponto é papel do Cade promover política pública de desverticalização de um setor que foi intencionalmente estruturado dessa maneira por um encadeamento de decisões governamentais ao longo dos anos?³⁴

Caso as partes tivessem optado pelo litígio, dificilmente seria obtida uma solução ampla tal qual foi possível com o TCC. Ocorre que o TCC é um negócio jurídico que é assinado mediante vontade das partes signatárias e apenas elas estão vinculadas ao referido instrumento. Logo, terceiros não podem ser compelidos ao cumprimento dos encargos constantes do TCC – isto é, não há garantia de que os ativos postos à alienação serão adquiridos em tempo hábil por agentes não verticalizados e experientes que realizarão investimentos para expansão e melhoria das infraestruturas. Em verdade, a literatura antitruste sugere que empresas verticalizadas no setor de energia possuem mais condições e incentivos à inovação e realização de investimentos porque conseguem gerir e monetizar a demanda e a oferta das diversas etapas da cadeia produtiva.³⁵

34. A depender do caso concreto, uma intervenção dessa índole pode extrapolar os limites do razoável ao, por exemplo, exigir concessões que servem não para cessar uma conduta abusiva real, mas sim para reformatar a dinâmica histórica de uma dada indústria. Nesse sentido: “Competition law was deployed, in this instance, to supplement or fill gaps in energy regulation at the Member State level or political compromise at the EU level. It is difficult, moreover, to avoid the conclusion that competition law has been deployed in these instances to achieve a policy objective that lies outside the immediate purview of antitrust, namely the furtherance of energy sector liberalization. [...] There is a non-negligible risk that illegitimate concessions might be extracted from defendants” (NIAMH, p. 114-115).

35. “Energy is another sector where competition law tools have been used to enforce further liberalization. In 2013, the European Commission closed an abuse of dominance investigation into CEZ, the Czech electricity incumbent, after the company offered to divest significant generation capacity. [...] In the energy sector, the European Commission and national regulators have been promoting structural ‘unbundling’ of the large energy companies, in particular splitting the transmission networks for electricity and gas, which are natural monopolies, from the more competitive activities (generation, production, and distribution). [...]

Da mesma forma que a verticalização não é um problema em si mesmo – razão pela qual não deve ser proibida –, a reparação das distorções concorrenciais do setor exige mais do que uma pura e simples desverticalização, ainda mais se provocada por meio de um acordo com o Cade. O objetivo de redesenhar formatações de mercado deve ser buscado via regulação, sujeitando a todos os *players* nele atuantes, combinada com a devida compreensão das estruturas de incentivos da indústria. Do contrário, outras falhas aparecerão com o transcurso do tempo, já que somente a Petrobras – que está reduzindo seu gigantismo – estaria vinculada a deveres especiais previstos em um acordo, e não incumbentes privados operariam em um vácuo regulatório. Diante disso, indaga-se: não seria mais eficiente construir e promover um ordenamento capaz de lidar com as especificidades do mercado de GN de uma vez por todas?

O TCC da Petrobras é uma excelente forma de contornar obstáculos contemporâneos, porém não é suficiente para criar as condições necessárias para que uma incumbente estatal seja rivalizada por empresas privadas. Para promoção da concorrência no mercado de GN, há diversos fatores que devem ser levados em consideração – e eles estão acima de qualquer ingerência da Petrobras. Por exemplo, as regras que tratam dos consumidores livres devem ser flexibilizadas para que haja incremento no número das entidades aptas a adquirir GN de fontes que não a CDL monopolista dentro da área de concessão. Ademais, as obrigações de acesso isonômico aos gasodutos e de se evitar açambarcamento da capacidade de transporte dessas infraestruturas devem ser aplicáveis a qualquer entidade que delas faça uso.

Outro aspecto importante é conferir transparência e, na medida do possível, limitar transações entre partes relacionadas, eventualmente criando-se regras para impedimento de voto e restrições aos direitos de acionista quando sobrevier conflito de interesses em negócios envolvendo firmas verticalizadas dominantes. E como lidar com as controvérsias entre, de um lado, operadores e proprietários de infraestrutura, e, de outro lado, carregadores, consumidores e produtores? Seria o Poder Judiciário o foro mais adequado e célere

The energy sector also has features that make vertical separation less attractive. Integrated companies may have greater incentives to construct interconnectors between national energy markets and may be more able to co-ordinate operation and scheduling of the various layers in the supply chain (balancing supply and demand at all times is an overriding imperative in energy markets). There are indications that vertically integrated companies tend to spend more and research and development investment – they can apply new innovations to a variety of activities, and thus have a better chance of internalizing the benefits of this investment” (NIELS, Gunnar; JENKINS, Helen; KAVANAGH, James. *Economics for competition lawyers*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 369-372).

para garantir o funcionamento azeitado do mercado ou o recomendável seria a criação de condições e incentivos para que os agentes no futuro se autorregulassem e resolvessem suas disputas em câmaras de arbitragem especializadas?

Nenhum instituto do direito antitruste proporciona tamanha ruptura. Determinados mercados precisam ser regulados porque é da sua própria natureza serem problemáticos, tanto é que o são em variados lugares do mundo. Indústrias marcadas por monopólios naturais e níveis significativos de integração vertical sempre contarão com um incumbente que precisa ser domado pelas vias adequadas.³⁶ É certo que o TCC da Petrobras fomentará a competitividade e dará novos contornos ao mercado de GN, mas as condições que tornaram ele possível dificilmente ocorrerão novamente: (i) interesse em alienar ativos rentáveis e verticalmente integrados; (ii) sintonia entre a gestão da estatal e autoridades governamentais; (iii) disponibilidade da empresa em não litigar aspectos que lhe eram favoráveis; e (iv) voluntariedade em se submeter a obrigações regulatórias que deveriam ser previstas em lei.

5. Conclusão

O desafio daqui para frente será a construção de um ambiente adequado e equilibrado para não engessar os desinvestimentos da Petrobras nem criar ônus desnecessários aos agentes que atuam ou passarão a atuar no setor de GN. Apesar de regulado e monitorado, o mercado deve permanecer atrativo para que existam empresas dispostas a se arriscar ou a adquirir os ativos da Petrobras, que sequer entraram em processo de venda quando da redação deste artigo. Adicionalmente, as legislações estaduais e federais devem convergir para um mesmo norte que impulse investimentos, de modo a democratizar o acesso a este insumo energético mais eficiente e limpo a diferentes regiões do Brasil.³⁷ Para tal, não serão apenas normas de comando e controle que cum-

36. “One of the reasons why a dominant supplier of an input may be at least partially unable to extract profits from a market is that it may be subject to some form of regulation. Certain firms are vertically integrated and operate in industries where there is typically a sector-specific regulator. Think, for instance, of a railway network, or a fixed telephony network, of distribution and transmission in energy and so on. In such cases, a firm may be a monopolist (or have significant market power) upstream while at the same time have an affiliate which is one of the firms active in the (fully or partially unregulated) downstream market” (MOTTA, Massimo; FUMAGALLI, Chiara; CALCANO, Claudio. *Exclusionary practices: the economics of monopolization and abuse of dominance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 476-477).

37. De acordo com as estimativas utilizadas pela Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no âmbito do Ato de Concentração 08700.002155/2017-

prirão esse papel, de sorte que nasce uma oportunidade para a utilização de técnicas mais sofisticadas para coordenar e estruturar as relações entre Estado, estatais e empresas privadas no segmento de GN.³⁸

Tudo ainda é novidade e será uma transição escalonada até o atingimento de um nível razoável de concorrência. Disso decorre que é crucial o compartilhamento de experiências entre autoridades concorrenciais e regulatórias nacionais e internacionais, além da participação de entidades e órgãos do governo, de empresas, investidores e potenciais entrantes no processo de formatação do mercado de GN nos próximos anos. Não há margem para atrasos, erros ou intervenções indevidas na consecução desse objetivo. Concorrência vibrante: avante!

Referências

AGÊNCIA Nacional do Petróleo – ANP. Superintendência de Infraestrutura e Movimentação. Nota Técnica n. 04/2018: A desverticalização na indústria do gás natural. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/central-de-conteudo/notas-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/nota-tecnica-04-2018-sim.pdf>. Acesso: 8 set. 2019.

AGÊNCIA Nacional do Petróleo – ANP. Superintendência de Infraestrutura e Movimentação. Nota Técnica n. 14/2018: a promoção da concorrência na indústria de GN. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/central-de-conteudo/notas-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/nota-tecnica-14-2018-sim.pdf>. Acesso: 22 ago. 2019.

51 (Ultragaz/Liquigás), apenas 7% dos municípios brasileiros são atendidos por dutos de GN, mas há locais em que esse percentual cai quase que pela metade. A íntegra da decisão por ela proferida neste caso encontra-se na página eletrônica do CADE. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPxOenTdyj7iefG8rtoJlzn9CJUfQsgKucNiPkTygPHSkQ5lpeIshJWRM5VIYUTeAb1WFDVfd0IeLc4MH7ZLz_B. Acesso: 19 set. 2019.

38. “Many policy remedies advocated in the behavioral economics literature, such as the use of soft interventions (including warnings rather than command and control policies), have been in policymakers’ toolkit for decades. Much of the contribution of behavioral economics has been to draw greater attention to the economic merits of these well-established policy tools and to highlight the potential role of new forms of intervention that are less intrusive than the command and control regulatory approach” (VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, Joseph Emmett; SAPPINGTON, David Edward. *Economics of regulation and antitrust*. 5. ed. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2018. p. 905).

- ALMEIDA, Edmar Fagundes de; FERRARO, Marcelo Colomer. *Indústria do gás natural: fundamentos técnicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.
- BRASIL, BOLSA, BALCÃO – B3. Regulamento do novo mercado da B3. Disponível em: [http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%2003.10.2017%20\(Sancoes%20pecuniarias%202019\).pdf](http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%2003.10.2017%20(Sancoes%20pecuniarias%202019).pdf). Acesso: 10 set. 2019.
- BRASIL. Ministério de Minas e Energia – MME. Novo desenho do mercado de gás natural. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/novo-desenho-do-mercado-de-gas-natural>. Acesso: 7 set. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Exposição de Motivos do Decreto 9.616/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Exm/Exm-Dec-9616-18.pdf. Acesso: 13 set. 2019.
- COMISSÃO Europeia. Antitrust: Commission opens investigation into restrictions to the free flow of gas sold by Qatar Petroleum in Europe. Disponível em: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4239_en.htm. Acesso: 12 set. 2019.
- COMISSÃO Europeia. Press release: Antitrust: Commission imposes binding obligations on Gazprom to enable free flow of gas at competitive prices in Central and Eastern European gas markets. Disponível em: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3921_en.htm. Acesso: 12 set. 2019.
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Ato de Concentração 08012.006171/2010-03 (Petrobras/ENI International B.V.)
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Ato de Concentração 08700.002155/2017-51 (Ultragaz/Liquigás).
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Inquérito Administrativo 08700.003335/2018-31 (Cade ex officio v. Petrobras).
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Inquérito Administrativo 08700.007130/2015-82 (Abegás v. Petrobras).
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Inquérito Administrativo 08700.009007/2015-04 (UTE-Cuiabá v. Petrobras).
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Processo Administrativo 08012.011881/2007-41 (Comgás v. GNL Gemini).
- CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Processo Administrativo 08700.002600/2014-30 (Comgás v. Petrobras).
- GAUTO, Marcelo. *Petróleo e gás: princípios de exploração, produção e refino*. Porto Alegre: Bookman, 2016.

- INSTITUTO Brasileiro do Petróleo – IBP. Cartilha do consumidor livre. Disponível em: <https://www.ibp.org.br/personalizado/uploads/2018/04/Cartilha-sobre-Consumidor-Livre.pdf>. Acesso: 11 set. 2019.
- LOSS, Giovani Ribeiro. *A regulação setorial do gás natural*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MOTTA, Massimo; FUMAGALLI, Chiara; e CALCANO, Claudio. *Exclusionary practices: the economics of monopolization and abuse of dominance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- NIAMH, Dunne. *Competition law and economic regulation: making and managing markets*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- NIELS, Gunnar; JENKINS, Helen; KAVANAGH, James. *Economics for competition lawyers*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- NOVA Transportadora do Sudeste – NTS. Disponível em: <https://ri.ntsbrasil.com/sobre-a-nts>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- PETROBRAS. Agência Petrobras – Discurso de posse do Presidente Roberto da Cunha Castello Branco. Disponível em: https://www.agenciapetrobras.com.br/upload/documentos/apresentacao_g8yEY2Z7uU.pdf. Acesso: 5 set. 2019.
- PETROBRAS. Gaspetro. Informações financeiras. Disponível em: <https://www.investidorpetrobras.com.br/ptb/14636/Relatrio%20de%20auditoria%20e%20Demonstrao%20financeira%20GASPETRO%202018.pdf>. Acesso: 2 set. 2019.
- TRANSPORTADORA Associada de Gás – TAG. Disponível em: <https://ntag.com.br/quem-somos.htm>. Acesso: 22 ago. 2019.
- TRANSPORTADORA Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil – TBG. Disponível em: http://www.tbg.com.br/pt_br/o-gasoduto/informacoes-tecnicas.htm. Acesso: 23 ago. 2019.
- VALOR Econômico. Compromisso da Petrobras de reduzir presença deve movimentar área de gás. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/07/15/compromisso-da-petrobras-de-reduzir-presenca-deve-movimentar-area-de-gas.ghtml>. Acesso: 10 set. 2019.
- VALOR Econômico. Contratos de gás atraem Petrobras e mais seis. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/08/13/contratos-de-gas-atraem-petrobras-e-mais-seis.ghtml>. Acesso: 10 set. 2019.
- VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, Joseph Emmett; SAPPINGTON, David Edward. *Economics of regulation and antitrust*. 5. ed. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2018.

Esta obra foi composta nas fontes Myriad Pro corpo 17
e Minion Pro, corpo 11,5 e
diagramada por Microart Design Editorial.