

REVISTA DO

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Volume 24 - Número 2 - 2018

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO REVISTA DO IBRAC Volume 24 - Número 2 - 2018

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Volume 24 - Número 2 - 2018

ISSN 1517-1957

Prêmio IBRAC-TIM 2018



IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

05013-001 - São Paulo - SP Brasil

Tel: 55 11 3872 2609 3673 6748

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

Editor Responsável: Guilherme Favaro Corvo Ribas

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial

Amanda Flávio de Oliveira

Barbara Rosenberg

Bernardo Macedo

Caio Mario da Silva Pereira Neto

Carlos E. Joppert Ragazzo

Isabel Vaz

Juliano Maranhão

Leonor Cordovil

Marcio Dias Soares

Mariana Villela

Mauro Grinberg

Patricia Regina Pinheiro Sampaio

Pedro Dutra

Pedro Paulo Salles Cristofaro

Vicente Bagnoli

DIRETORIA E CONSELHO DO IBRAC 2018- 2019
DIRETORIA

Diretor-Presidente
Marcio de Carvalho Silveira Bueno
Vice-Presidente
Lauro Celidonio Gomes dos Reis Neto
Diretor de Concorrência
Leonor Augusta Giovine Cordovil
Diretora de Consumo
Thais Matallo Cordeiro Gomes
Diretor de Comércio Internacional
Francisco Niclós Negrão
Diretor de Publicações
Guilherme Favaro Corvo Ribas

Diretora de Economia
Sílvia Fagá de Almeida
Diretor de Regulação
Ricardo Franco Botelho
Diretora de Compliance
Maria Eugênia Novis
Diretor de Brasília e Relações Governamentais
Leonardo Peres da Rocha e Silva
Diretor de Relações Internacionais
Caio Mario da Silva Pereira Neto
Diretor de Contencioso Econômico
Bruno de Luca Drago

CONSELHO DELIBERATIVO

Presidente: Barbara Rosenberg
Adriana Giannini
Andrea Weiss Balassiano
Bernardo Gouthier
Carlos Francisco de Magalhães
Cristianne Saccab Zarzur
Daniel Oliveira Andreoli
Denise Junqueira
Eduardo Caminati Anders
Eduardo Molan Gaban
Fabiana Ferreira de Mello Tito
Fernando Marques
Flávia Chiquito dos Santos
Guilherme Justino Dantas
Jose Carlos Magalhaes Teixeira Filho
Juliana Oliveira Domingues
Marcelo Procopio Calliari
Marcio Dias Soares
Marcos Drummond Malvar

Marcos Paulo Veríssimo
Mariana Villela Correa
Mario Girasole
Mauro Grinberg
Paulo Eduardo Campos LillaPaulo
Leonardo Casagrande
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Pedro Zanotta
Priscila Brólio Gonçalves
Raquel Cândido
Renê Guilherme da Silva
Ricardo Casanova Motta
Ricardo Lara Gaillard
Rodrigo Zingales Oller do Nascimento
Sérgio Varella Bruna
Sonia Maria Giannini M. Döbler
Tatiana Lins Cruz
Tito Amaral de Andrade
Ubiratan Mattos
Vicente Bagnoli

PRÊMIO IBRAC-TIM 2018



SUMÁRIO

Classificação Prêmio IBRAC-TIM 2018	7
Trabalhos com recomendação de publicação na Revista do IBRAC	8
Sobre os autores.....	10
Uma pesquisa empírica sobre a cooperação internacional na instrução dos atos de concentração transnacionais pelo Cade <i>Isabela Maiolino</i>	14
Ventríloquos antitruste no Brasil? Das participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes (“common ownership”) <i>Amanda Athayde Linhares Martins Rivera e Mônica Tiemy Fujimoto</i>	41
O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste <i>Amanda Athayde Linhares Martins Rivera, Juliana Oliveira Domingues e Nayara Mendonça Silva e Souza</i>	65
Competition policy evaluation through damage estimation in fuel retail cartel <i>Simone Maciel Cuiabano</i>	94
Cláusulas de exclusividade como conduta anticompetitiva: metodologia de análise sob a ótica da defesa da concorrência no brasil <i>Luiza Kharmandayan e João Carlos Nicolini de Moraes</i>	116
O papel de empresas maverick no controle de concentrações econômicas <i>Patrícia Serson Deluca</i>	142
A aplicação do prazo prescricional penal em processos administrativos para apuração de cartel pelo CADE <i>José Alexandre Buaiz Neto, José Rubens Battazza Iasbech e Giovana Vieira Porto</i>	164
Análise do <i>bis in idem</i> na jurisprudência do Tribunal do Cade: elementos de sua vedação a partir da Lei 12.529/2011 <i>Fernando Amorim Soares de Mello</i>	182
Arbitragem e direito concorrencial: a arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro <i>Danilo Brum de Magalhães Júnior</i>	202

Arbitragem e direito da concorrência: a contribuição da arbitragem na resolução de litígios <i>antitrust</i> <i>André Luís Quintas Monteiro</i>	226
Concorrência no mercado de meios de pagamento após Ohio v. American Express <i>Bruno Polonio Renzetti Gabriel de Carvalho Fernandes</i>	246
Danos em cartel, efeito repasse e as ações de reparação: uma abordagem econômica. <i>Fabiana Tito</i>	267
Design institucional: balcão único de antitruste, consumidor e concorrência desleal? <i>Eric Hadmann Jasper</i>	286
Discriminação de preços na economia digital: limites entre a eficiência e o abuso de poder econômico <i>Camila Manfredini de Abreu</i>	309
Inovação e abertura no setor bancário: desafios concorrenciais <i>Esther Collet Janny Teixeira Biselli</i>	331
O impacto concorrencial da evasão fiscal. Análise da jurisprudência do Cade e o papel do SBDC <i>Amanda Lopes Langanke</i>	352
Poder de portfólio em concentrações econômicas: preocupações e desdobramentos <i>Anna Binotto</i>	376
Remédios antitruste, medidas de preservação e de separação e monitoramento: uma análise empírica dos julgados do Cade na vigência da lei 12.529/2011 <i>Maria Carolina de Sá França</i>	391
Repercussões concorrenciais das <i>Distributed Ledger Technologies</i> (DLTs) <i>Levi Borges de Oliveira Veríssimo</i>	415
Two-sided markets and the role of antitrust law – lessons from Google Shopping and American Express <i>Jackson de Freitas Ferreira</i>	435
Um apelo às “consequências práticas”: o novo artigo 20 da LINDB e suas implicações para a revisão judicial das decisões do Cade <i>Lucas de Lima Carvalho</i>	453

CLASSIFICAÇÃO PRÊMIO IBRAC-TIM 2018

1.º COLOCADO

Título: Uma pesquisa empírica sobre a cooperação internacional na instrução dos atos de concentração transnacionais pelo CADE

Isabela Maiolino

2.º COLOCADO

Título: 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

Título: 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

4.º COLOCADO

Competition policy evaluation through damage estimation in fuel retail cartel
Simone Maciel Cuiabano

5.º COLOCADO (1)

Cláusulas de Exclusividade como conduta anticompetitiva: Metodologia de Análise sob a Ótica da Defesa da Concorrência no Brasil

Luiza Kharmandayan e João Carlos Nicolini de Moraes

5.º COLOCADO (2)

O papel de empresas *Maverick* no controle de concentrações econômicas
Patrícia Serson Deluca

TRABALHOS COM RECOMENDAÇÃO DE PUBLICAÇÃO NA REVISTA DO IBRAC

A aplicação do prazo prescricional penal em processos administrativos para apuração de cartel pelo CADE: cada macaco no seu galho?

José Alexandre Buaziz Neto, José Rubens Battazza Iasbech e Giovana Vieira Porto

Análise do bis in idem na jurisprudência do Tribunal do CADE: elementos de sua vedação a partir da Lei 12.529/2011

Fernando Amorim Soares de Mello

Arbitragem e direito concorrencial: a arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no Direito Brasileiro

Danilo Brum de Magalhães Júnior

Arbitragem e direito da concorrência: A contribuição da arbitragem na resolução de litígios antitruste

André Luís Quintas Monteiro

Concorrência no mercado de meios de pagamento após Ohio v. American Express

Bruno Polonio Renzetti / Gabriel de Carvalho Fernandes

Danos em cartel, efeito repasse e as ações de reparação: uma abordagem econômica.

Fabiana Tito

Design institucional: balcão único de antitruste, consumidor e concorrência desleal?

Eric Hadmann Jasper

Discriminação de Preços na Economia Digital: Limites entre a Eficiência e o Abuso de Poder Econômico

Camila Manfredini de Abreu

Inovação e abertura no setor bancário: desafios concorrenciais

Esther Collet Janny Teixeira Biselli

O impacto concorrencial da evasão fiscal: Análise da jurisprudência do CADE e o papel do SBDC

Amanda Lopes Langanke

Poder de portfólio em concentrações econômicas: preocupações e desdobramentos

Anna Binotto

Remédios antitruste, medidas de preservação e de separação e de monitoramento: uma análise empírica dos julgados do CADE na vigência da Lei 12.529/2011

Maria Carolina de Sá França

Repercussões concorrenciais das Distributed Ledger Technologies (DLTs)

Levi Borges de Oliveira Veríssimo

Two-sided markets and the role of antitrust law - lessons from Google Shopping and American Express

Jackson de Freitas Ferreira

Um apelo às "Consequências Práticas": O novo Artigo 20 da LINDB e suas implicações para a revisão judicial das decisões do CADE

Lucas de Lima Carvalho

SOBRE OS AUTORES

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). É Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É 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.

Amanda Lopes Langanke. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Participante do programa PITES (Parceria Internacional Triangular de Ensino Superior), regido em convênio entre as Universidades de São Paulo, Université Jean Moulin Lyon 3, Lumière Lyon 2 e Jean Monnet Saint-Etienne (conclusão prevista para 2018). Em 2016 e 2017, realizou intercâmbio acadêmico na Université Jean Moulin Lyon 3. Advogada associada no escritório VMCA, atuando principalmente na área de direito concorrencial.

André Luís Quintas Monteiro. Visiting Scholar na School of International Arbitration da Queen Mary – University of London. Junior Academic Visitor na University of Oxford (Commercial Law Centre – Harris Manchester College, 2016-2017). Doutor (2017) e Mestre (2012) em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Empresarial, com especialização em Processo Civil, pela Fundação Getúlio Vargas (2008). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2005). Advogado de Andrade & Fichtner Advogados

Anna Binotto. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo em 2017. Advogada de VMCA.

Bruno Polonio Renzetti. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV/SP, com período de pesquisa na Yale Law School. Bacharel pela Universidade Federal do Paraná. Advogado associado de Pereira Neto | Macedo.

Camila Manfredini de Abreu. Formada em Direito pela Universidade de São Paulo, trabalhou em Direito Concorrencial no Escritório Pereira Neto Macedo Advogados e hoje em dia é Advogada do Instituto Flores.

Danilo Brum de Magalhães Júnior. Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios (UNISINOS, 2018). Bacharel em Direito (UNISINOS, 2015). Advogado Associado ao Carvalho, Machado e Timm Advogados.

Eric Hadmann Jasper. Doutorando em direito pela Universidade de Brasília (Unb), mestre em direito pela Columbia Law School e em filosofia pela Unb. Integrou o Governo Federal de 2004 a 2009 em cargos relativos a concorrência, regulação e direito do consumidor.

Esther Collet Janny Teixeira Biselli. Advogada no escritório Mattos Filho Veiga Filho Marrey Jr. e Quiroga Advogados na prática de Direito Concorrencial. Formada pela PUC-SP em 2015, com graduação sanduíche no Institut Catholic de Paris (primeiro semestre de 2013).

Fabiana Tito. Doutora em Teoria Econômica pela FEA-USP, Mestre em Economia da Concorrência e Regulação pelas Instituições Universitat Pompeu Fabra e Universitat Autònoma de Barcelona (Espanha) e economista graduada pela FEA-USP, com especialização na FGV-SP em Direito Econômico. Sócia da Tendências Consultoria Integrada.

Fernando Amorim Soares de Mello. Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre (2017) e Bacharel (2013) em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Assessor de Conselheira no Tribunal do Cade. Foi Assistente-Técnico no Gabinete da Superintendência-Geral do Cade

Gabriel de Carvalho Fernandes. Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel pela FGV/SP, com período de intercâmbio na Fordham Law School. Associado de Pereira Neto | Macedo.

Giovana Vieira Porto. Associada Júnior no escritório Pinheiro Neto Advogados, em Brasília, na área contenciosa. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, em 2018.

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

Jackson de Freitas Ferreira. LLM – Universidade de Chicago (2018), Formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2011)., Advogado em São Paulo.

João Carlos Nicolini de Moraes. Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília (2011), mestrado acadêmico em Economia pela Universidade de Brasília (2014) e foi aceito para o programa de doutorado da mesma universidade (2016-) em economia.

José Alexandre Buaziz Neto. É formado em Direito na Universidade de Brasília e obteve o grau de LL.M. na Boston University. Trabalhou como associado estrangeiro no Mayer Brown, em Nova Iorque. Sócio do Pinheiro Neto Advogados

José Rubens Battazza Iasbech. Associado Pleno no escritório Pinheiro Neto Advogados, em Brasília, na área contenciosa. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, em 2012, e Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, em 2017.

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).

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

Lucas de Lima Carvalho. Advogado em São Paulo. Doutorando em direito econômico e financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). LL.M. pela New York University School of Law (NYU). LL.M. em direito corporativo pelo Instituto Brasileiro de Mercado de capitais (Ibmec). IEMBA pela Chinese University of Hong kong (CUHK). MBA pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Luiza Kharmandayan. Advogada - Possui graduação em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2009), especialização em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (2012) e mestrado em Direito também por essa universidade (2015). Foi assessora no Gabinete

da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2013-2014) e chefe da Assessoria Internacional da mesma autarquia (2015-2016).

Maria Carolina de Sá França. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Bacharel em Economia pela Universidade de Brasília. Assessora do Tribunal do CADE.

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.

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.

Patrícia Serson Deluca. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP); Pós-graduada em Economia (Master in Business Economics) pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV - EESP), com menção honrosa pelo desempenho acadêmico Advogada, integra atualmente a equipe de Direito Econômico do escritório Marchini Botelho Caselta Advogados, com foco em Direito Concorrencial e Compliance

Simone Maciel Cuiabano. Possui graduação em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB), Mestrado em Economia de Empresas pela Universidade Católica de Brasília, Doutorado em Economia pela UnB e Pós-doutorado em Economia pela Toulouse School of Economics (TSE). Foi assistente técnica na Coordenação de Concorrência Internacional da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF) (2005-2010), Coordenadora-substituta de Análise Macroeconômica da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SPE/MF) (2011-2013) e Economista-chefe adjunta do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) (2014-2016). Auditora de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional desde 2007.

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 12.529/11, 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 12.529/11, 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. 05), podendo vir a produzir efeitos econômicos sobre mais de um país. (Silveira, 2011, p. 04).

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-competitivo².

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, dentre a bibliografia estudada, trabalhos que focassem na prática 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 12.529/11, 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

¹ O presente artigo usará como sinônimo de concentração transnacional os termos atos de concentração multijurisdicionais.

² As principais competências do Cade estão definidas no art. 9º e 13 da Lei 12.529/11.

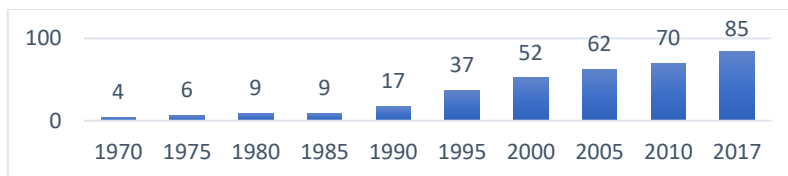
apresenta pesquisa empírica sobre a prática do Cade, a partir da promulgação da Lei 12.529/11 até o final de 2017, bem como os resultados obtidos; e, por fim, a seção 5 tece as considerações finais e apresenta as conclusões do estudo.

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 teoria⁴. Essa teoria aplica-se ao direito da concorrência brasileiro, nos termos do art. 2º da Lei 12.529/11⁵.

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



³ 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, p. 431, 2015). 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.

⁴ Por exemplo, tanto os Estados Unidos quanto a União Europeia adotam a teoria dos efeitos (Forgioni, 2015, p. 431)

⁵ Lei 12.529/11, 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.

Fonte: Maher Dabbah, atualizado com dados de Frye, Vann Jr e Renedeau em 2017.

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. 01).

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\$ 85.000,00⁶, enquanto, nos Estados Unidos, a taxa vai de US\$ 45.000,00 até US\$ 280.000,00⁷.

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. Deste 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

⁶ Lei 12.529/11, 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>

provocado pelo risco de decisões divergentes, seja em relação ao mérito (aprovação ou reprovação), seja em relação aos tipos de remédios negociados pelas diversas autoridades⁸.

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 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 necessário (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 condicional⁹, 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.

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 (Silveira; 2011, p. 02). No primeiro caso, a operação foi aprovada sem restrições pelas autoridades americanas e autorizada com condições Comissão Europeia (2011, p. 08), 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.

02). 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 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 as 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

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)

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)

(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 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 mandatária e cooperativa, agindo como um fio condutor através 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 *waiver* para troca de informações confidenciais entre autoridades.

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).

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 atuação¹³, elenca a cooperação e a coordenação entre diferentes autoridades como uma das quatro recomendações sobre análise de fusões (2005, p. 05)¹⁴. Podem-se mencionar também a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e as reuniões sobre concorrência promovida pelos países integrantes dos BRICS¹⁵.

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*.

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).

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.

3. A experiência brasileira: como funciona a cooperação no âmbito do Cade

No que diz respeito à realidade brasileira, não há, na Lei 12.529/11, 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 concorrência¹⁶. 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 durante 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.

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”.

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 julgamentos¹⁷.

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 operação pelas autoridades¹⁸, principalmente no que se refere à negociação de remédios.

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 fev. 2018).

¹⁸ Nesse sentido, Oliveira (2018, p. 148) menciona que isso ocorreu ao menos nos Atos de Concentração n. 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, dentre outros entre outubro e dezembro de 2014 e no Brasil somente em março de 2015.

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 12.529/11¹⁹. Dentre 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 todos 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

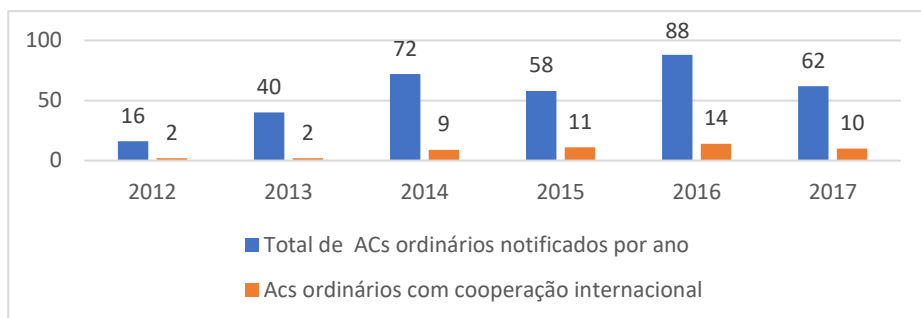
A cooperação feita pelo Cade pode dar-se de maneira formal, que inclui a negociação de memorandos de entendimento institucionais e as

¹⁹ Foram excluídos da pesquisa os atos de concentração analisados pelo Cade nos termos da Lei 8.884/1994.

notificações internacionais, ou informal, que ocorre através 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 Tribunal²⁰.

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

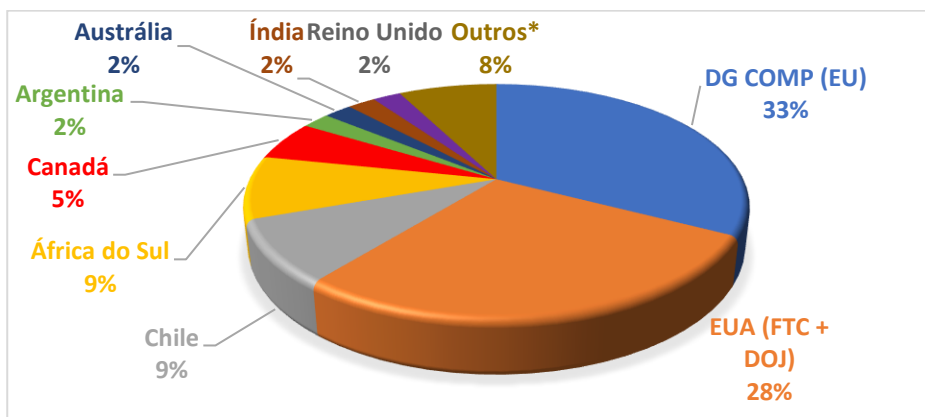
Nos 48 casos analisados, foram realizadas 92 cooperações com as seguintes autoridades: Comissão Europeia, *Department of Justice* e *Federal Trade Commission* (ambas dos Estados Unidos), FNE e TDLC (ambos do Chile), *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), *Bundeskartellamt* (Alemanha), FAS (Rússia) e autoridades da África do Sul,

²⁰ Atos de concentração nº 08700.007191/2015-40 (Requerentes: Halliburton-Baker Hughes) e 08700.000723/2016-07 (Requerentes: John Deere/Monsanto).

do Canadá, da Argentina, da Índia, do Reino Unido, de Israel, do Equador, da Holanda, da Ucrânia e do México.

Dentre as 92 cooperações, 33% foram realizadas com a União Europeia, 28% com os Estados Unidos (englobando a *Federal Trade Commission* e o *Departament 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).

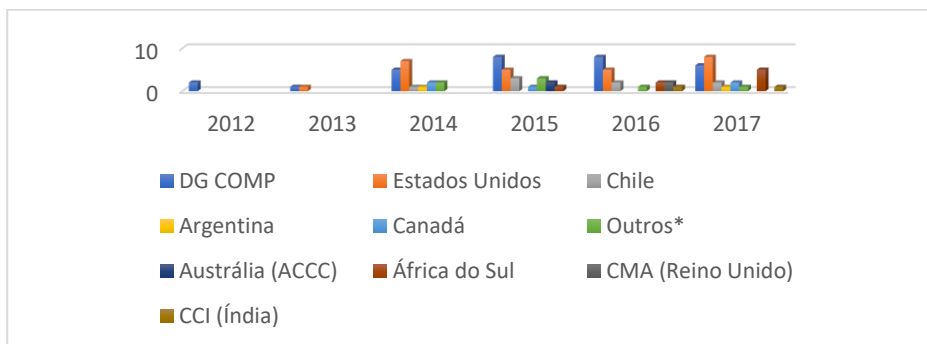
GRÁFICO 3 - Autoridades com as quais houve cooperação



Fonte: informações prestadas pela Assint/Cade. Elaboração própria.

Muito embora, pelo gráfico acima, 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 internacional 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 acima, 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 cooperação 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.

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.

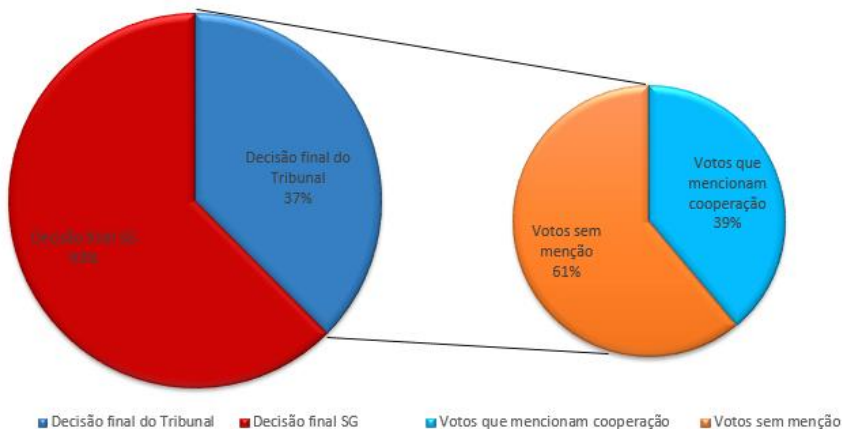
No que diz respeito a cooperações não vinculativas, voluntárias e informais, destaca-se também a cooperação oferecida pelo Cade para elaboração de estudos e de *benchmarks* internacionais. De acordo com os relatórios de gestão dos exercícios de 2016 e 2017 da autoridade, foram realizadas 35 e 56 cooperações 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. Dentre 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 internacional²². 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*.

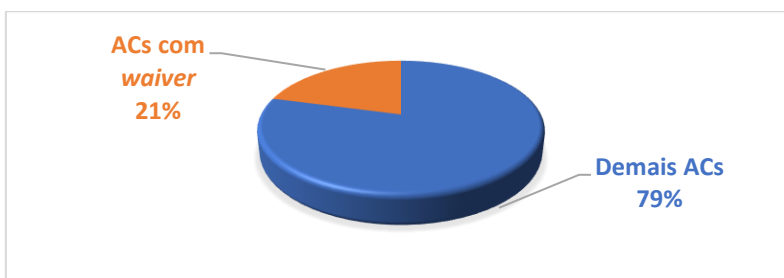
A OCDE avalia de forma positiva o aumento do uso do *waiver* por autoridades da concorrência, visto que ele sinaliza um aumento da troca de informações entre autoridades. Inclusive, o uso do *waiver* é relatado por muitas autoridades como praxe (2011, p. 11).

²² Atos de concentração nº 08700.009882/2012-35 (Requerentes: Munksjö AB e Ahlstrom), nº 08700.009559/2015-12 (Requerentes: Fedex Corporation e TNT Express N.V.) e nº 08700.010965/2015-10 (Requerentes: Solvay S.A. e Cytec Industries Inc.).

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 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. Dentre 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, dentre os 336 casos notificados sob o rito da Lei 12.529/11 (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 autoridades 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 prática 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 contém atos que mencionaram a 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

através 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 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	Munksjö AB e Ahlstrom	Data da decisão	Cons. Relator (se houver)	Países envolvidos na cooperação
08700.009882 /2012-35	Requerentes	22.05.2013	Ana Frazão	União Europeia
Número do processo	WP Roaming III S.à.r.l e Syniverse Holdings, Inc.	Data da decisão	Cons. Relator (se houver)	Países envolvidos na cooperação
08700.006437 /2012-13	Scheider Eletric e Invensys.	22.05.2013	Alessandro Serafin Octaviani	União Europeia
08700.008408 /2013-77	AMR Corporation (American Airlines) e US Airways.	26.11.2013	-	Estados Unidos (DOJ)
08700.001796 /2013-65	Tiger Global Management, LLC e B2W - Companhia Digital	03.04.2013	-	União Europeia
08700.001483 /2014-98	Braskem S.A. e Solvay Indupa S.A.	30.04.2014	-	Estados Unidos (DOJ)
08700.000436 /2014-27	Ridgback Aquisition (Mars) e P&G Pet Food Transaction.	12.11.2014	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	União Europeia, Estados Unidos FTC (EUA), Argentina
08700.003463 /2014-51	CASV e Hapag-Lloyd	08.07.2014	-	Estados Unidos (FTC)
08700.006612 /2014-34	Continental Aktiengesellschaft e Veyance Technologies Inc.	16.10.2014	-	União Europeia, Estados Unidos (DOJ), Chile

Prêmio IBRAC-TIM 2018

08700.004185 /2014-50	Ridgback Aquisition (Mars) e P&G Pet Food Transaction	2901.2015	Ana Frazão.	Canadá, México, Estados Unidos (DOJ)
08700.008607 /2014-66	Tyson Food's e JBS Foods	20.02 2014	Márcio de Oliveira.	Canadá, União Europeia
08700.008009 /2014-97	Holcim Ltd. e Lafarge S.A	23.10.2014	-	Estados Unidos (DOJ)
08700.007621 /2014-42	General Electric Company e Alstom Holdings	10.12.2014	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	União Europeia, Estados Unidos (FTC)
08700.011935 /2014-40	DKK Mitsui e Dupont	17.04.2015	-	Israel, União Europeia
08700.001863 /2015-11	Merck KGaA e Sigma-Aldrich Corporation	15.05.2015	-	Austrália
08700.000206 /2015-49	Ball Corporation e Rexam PLC.	10.08.2015	-	União Europeia, Estados Unidos (FTC)
08700.006567 /2015-07	Halliburton e Baker Hughes	09.11.2015	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo	Estados Unidos (FTC), União Europeia
08700.007191 /2015-40	TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. e Operadora, Sociedad Unipersonal	25.05.2015	Cristiane Alkmin Junqueira	Estados Unidos (DOJ), União Europeia, Austrália, Equador
08700.000292 /2015-90	Saint Gobain e Schenker-Winkler Holding (Sika)	18.02.2015	-	Chile
08700.006390 /2015-31	Fedex Corporation e TNT Express N.V.	16.11.2015	-	União Europeia
08700.009559 /2015-12	ARRIS e Pace	30.03.2016	Cristiane Alkmin Junqueira	Chile, União Europeia, África do sul

08700.006552 /2015-31	Solvay S.A. e Cytex Industries Inc.	02.02.2015	-	Estados Unidos (DOJ)
08700.010965 /2015-10	Technicolor e Cisco	08.12.2015	-	União Europeia
08700.009018 /2015-86	The Dow Chemical Company, Dow Corning Corporation	22.01.2016	-	Estados Unidos (DOJ), União Europeia, Canadá, Holanda, Ucrânia
08700.000958 /2016-91	Denali Holding Inc. e EMC Corporation	02 mai. 2016	-	União Europeia
08700.001012 /2016-41	Compagnie Plastic Omnium AS e Faurecia S.A.	01 abr. 2016	-	Estados Unidos (FTC)
08700.003307 /2016-52	NV Bekaert S.A. e Ontario Teachers' Pension Plan Board.	15 jun. 2016	-	União Europeia
08700.012341 /2015-37	Atlas Copco e Oerlikon Leybold	23 mar. 2016	-	Chile, União Europeia
08700.003421 /2016-82	Abbott Laboratories e Alere Inc.	24 jun. 2016	-	Alemanha
08700.006491 /2016-92	Boehringer Ingelheim International GmbH e Sanofi	09 nov. 2016	-	África do Sul
08700.005398 /2016-61	China National Agrochemical Corporation e Syngenta AG	26 set. 2016	-	União Europeia
08700.006269 /2016-90	Abbott Laboratories, St. Jude Medical Inc.	24 fev. 2017	-	União Europeia
08700.006573 /2016-37	HNA Group Co. Ltd. e Compagnie d'Exploitation de Services Auxiliaires Aériens	08 nov. 2016	-	Estados Unidos (FTC), União Europeia

Prêmio IBRAC-TIM 2018

08700.006413 /2016-98	General Electric Company e LM Wind Power Holding A/S	07 dez. 2016	-	União Europeia
08700.007629 /2016-71	RHI AG e Magnesita Refratários S.A.	19 abr. 2017	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	União Europeia, Estados Unidos (DOJ)
08700.001697 /2017-15	The Mosaic Company e Vale Fertilizantes S.A	11 jul. 2017	-	União Europeia
08700.001145 /2017-07	Maersk Line A/S e Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG	31 jul. 2017	-	Canadá
08700.002350 /2017-81	AT&T Inc. e Time Warner Inc.	21 set. 2017	João Paulo Resende	Chile, Estados Unidos (DOJ), África do Sul, União Europeia
08700.001390 /2017-14	Black and Decker e Newel Brands Inc.	18 out. 2017	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.	África do Sul, Chile, Estados Unidos (DOJ)
08700.007707 /2016-37	Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company	17 fev. 2017	-	Reino Unido
08700.001097 /2017-49	The Dow Chemical Company e E.I. Du Pont de Nemours and Company	07. fev. 2018	Paulo Burnier da Silveira	África do Sul, União Europeia, Estados Unidos (DOJ), Rússia, Índia, Argentina
08700.005937 /2016-61	DuPont e FMC Corporation	17 mai. 2017	Paulo Burnier da Silveira	África do Sul, Índia, União Europeia, Estados Unidos (DOJ)

08700.003377 /2017-91	John Deere e Monsanto	11 jul. 2017	-	África do Sul
08700.000723 /2016-07	TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways Plc.	22 fev. 2017.	Cristiane Alkmin Junqueira	Estados Unidos (DOJ)
08700.004211 /2016-10	Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft, Nippon Yusen Kaisha Line e MSC Mediterranean Shipping Company S.A.	08 mar. 2017	João Paulo de Resende	TDLC (Chile), Chile, Reino Unido
08700.005266 /2017-10	Safran S.A. e Zodiac Aerospace S.A	16 mar. 2018	-	Estados Unidos (FTC e DOJ), África do Sul
08700.006606 /2017-20	Essilor e Luxótica	26 dez. 2017	-	Estados Unidos (FTC), União Europeia
08700.004446 /2017-84	Praxair e Linde	28 mar. 2018	Paulo Burnier da Silveira	União Europeia, Estados Unidos (FTC) e Canadá
08700.007777 /2017-76		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 n. 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 dez. 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/2KaeeyS>>.

_____. **Regimento interno**. Brasília, Cade, jun. 2017. Acesso em 22 jun. 2018.

_____. **Relatório de gestão do exercício de 2017**. Brasília: Cade, mar. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2MVYLzM>>. Acesso em 23 mar. 2018.

_____. **Relatório de gestão do exercício de 2016**. Brasília: Cade, mar. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2IoorS6>>. Acesso em 23 mar. 2018.

_____. **Relatório de gestão do exercício de 2015**. Brasília: mar. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2trops5>>. Acesso em 23 mar. 2018.

_____. **Relatório de gestão do exercício de 2014**. Brasília: abr. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2K82mwL>>. Acesso em 23 mar. 2018.

_____. **Relatório de gestão do exercício de 2013**. Brasília: mar. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2IIUxO5>>. Acesso em 23 mar. 2018.

_____. **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**. Vol.25 no.1 Campinas: jan./abr. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ki3H05>>.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 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>>.

_____. Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review. 2004.

_____. **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 mai. 2018.

_____. **Merger cases in the real world – a study of merger control procedures**. Paris, France: OCDE, 1994. Disponível em: <<https://bit.ly/2MnPP LJ>>

_____. **Notification of transnational mergers**. OCDE, 1999. Disponível em: <<https://bit.ly/2touDVA>>.

_____. **Recommendation of the OECD council on merger review**. OCDE, 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2KliVBz>>. Acesso em 18 mai. 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>>.

_____. 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.

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 nº. 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.

Key words. 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; HEEMSKERK; 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, ao invés 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 atos de concentração de investidores institucionais no Brasil, para verificar se estas preocupações estão sendo endereçadas (III). Por fim, apresentaremos conclusões preliminares (IV).

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 Brasil”, 2008.

² De acordo com COMPARATO e SALOMÃO FILHO (2005), até a Lei nº. 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*”).

2. Participações minoritárias diretas e indiretas em concorrentes: breves acenos sobre a teoria estrangeira

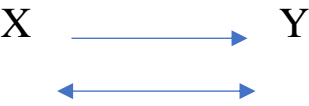
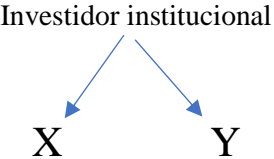
As participações minoritárias são subdivididas em três categorias: (a) participação minoritária unilateral de uma empresa na outra; (b) participações minoritárias recíprocas entre concorrentes, e (c) participações minoritárias de investidores institucionais em concorrentes.

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 pese tais riscos das participações diretas em concorrentes (unilateral ou recíproca), a OCDE sinalizou que a ocorrência de efeitos anticompetitivos 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 imagem da evolução da discussão no âmbito da OCDE:

Preocupação da OCDE EM 2008	Preocupação da OCDE em 2017/2018
 <p data-bbox="186 789 511 937"> Participações minoritárias <u>diretas</u> em concorrentes (a) Unilaterais (b) Recíprocas </p>	 <p data-bbox="662 789 1011 963"> Participações minoritárias <u>indiretas</u> em concorrentes (c) Por meio de investidores institucionais </p>

A teoria antitruste estrangeira avançou no sentido de responder a estes questionamentos. Para PATEL (2017), a preocupação com os investidores institucionais nos Estados Unidos advém da participação significativa destes 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 à concorrência.

AZAR, TECU e SCHAMLZ (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 maiores preços para as passagens, variando de 4% a 12%. ELHAUGE (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 negócio 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 estas 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. Dentre os (ii.1.) *instrumentos diretos* que evidenciariam 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

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).

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 CEO's das empresas, fora das reuniões formais com acionistas (MCCAHERY; SAUTNER; STARKS; 2015). Essa voz pode ser manifestada por meio da divulgação de declarações públicas do investidor institucional sobre o encaminhamento preferido em uma 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.

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).

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)

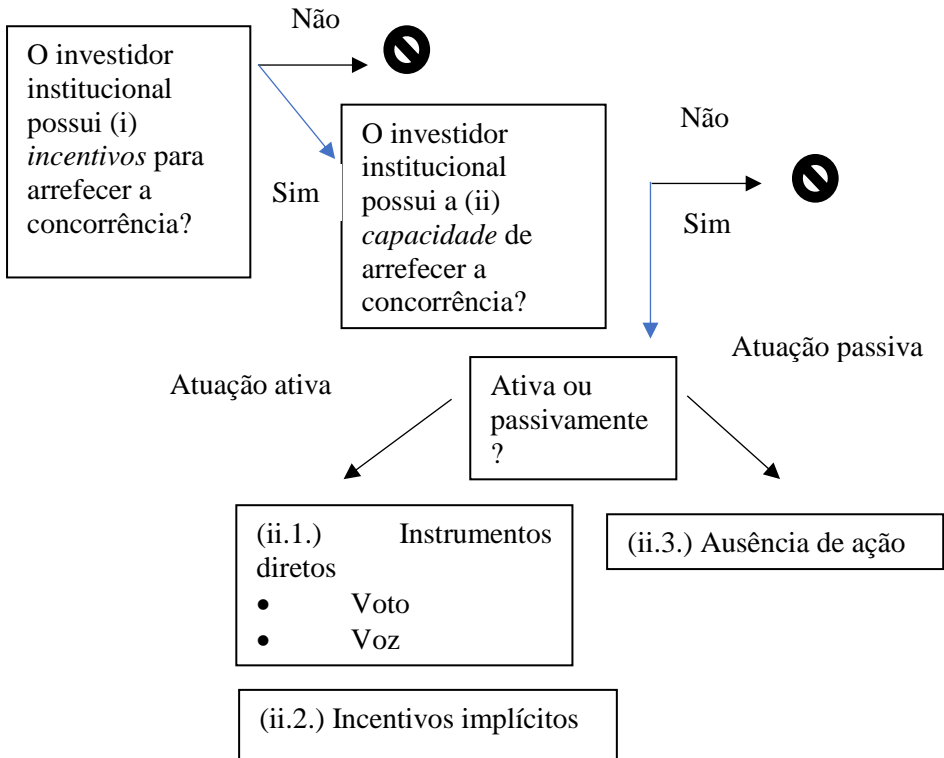
POSNER, MORTON e WEYL (2017), nessa mesma linha, sobre o uso do voto, da voz e dos incentivos implícitos por investidores institucionais sobre empresas investidas, apontam para algumas possíveis estratégias comuns verificáveis no mercado. Primeiro, os investidores institucionais podem recomendar aos CEO's estratégias de aumento de lucros mediante elevação dos preços. Como os CEO's 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, ao invés 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 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 um 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 abaixo

⁹ Tradução livre de “Lazy investors”.

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.



Tipo de atuação	Instrumento	Meio de implementação	Exemplos
ATUAÇÃO ATIVA do investidor institucional para incentivar as empresas a competirem de forma	(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	(I) Vota em membros do Conselho de Administração alinhados às suas estratégias, que representarão seus interesses nas decisões de cunho comercial

Tipo de atuação	Instrumento	Meio de implementação	Exemplos
menos agressiva		dos preços) seja implementada	<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>voz</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 <u>incentivos implícitos</u> para fim de garantir que determinada estratégia (como o aumento de lucros	(I) Propõe pacotes de incentivo para o CEO reduzir seus incentivos para concorrer contra rivais e aumentar o nível total de lucros (sobretudo em

Tipo de atuação	Instrumento	Meio de implementação	Exemplos
		mediante elevação dos preços) seja implementada	mercados oligopolísticos) (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
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 (artigo 88 da Lei nº. 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 2/2012¹⁰, que deu lugar à Resolução 9/2014, que restringiu a compreensão do que se considerava grupo econômico no caso dos fundos de investimento.¹¹ A

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

nova mudança limitou o número dos atos de concentração a serem notificados ao Cade, na medida 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

Dentre 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 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 Lembra-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.

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

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 artigo 4º, § 1 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 submissão e de cálculo de faturamento constantes no artigo 88 da Lei nº. 12.529/2011 e no artigo 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 artigo 10º da Resolução 2/2012 endereçar o problema de aquisições diretas em concorrentes estabelecendo um piso de 5% para as operações nas quais um concorrente adquira 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

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.

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 nº. 6404/76 (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 vinte e oito 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

¹⁶ A amostra considera os dados a partir de junho de 2012 tendo em vista que a Lei nº. 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 Dentre estes 84 atos de concentração, 14 substanciavam 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%). Dentre as 14 operações relativas a 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.

pelo menos 78 atos de concentração por fundos de investimento.^{21 22} Diante de um cenário global, dos 162²³ atos de concentração notificados ao Cade por fundos de investimento, é possível se alcançar as seguintes conclusões preliminares a respeito dos atos de concentração notificados ao Cade 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

²¹ Dentre 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%). Dentre 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:

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.

abarcando 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 à 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 institucional em ambas as concorrentes Kroton e Estácio: 10,3% das ações da Estácio e 4,5% da Kroton²⁵.

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 concorrentes²⁶, 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

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>

²⁵ Ver matéria publicada na revista Exame, em 01/07/2016. <https://exame.abril.com.br/negocios/quem-e-o-coronation-fundo-com-acoes-da-estacio-e-da-kroton/>

²⁶ Op. Cit.

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 que enfrentar essa discussão, da mesma forma que a Comissão Europeia teve que enfrentar pela primeira vez o tema em 2017, na recente análise do caso Dow/DuPont²⁷.

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

²⁷ Cf. matéria publicada em 19/02/2018 no site Global Competition Review, “DG Comp looking into common ownership, says Vestager”, disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/article/1159160/dg-comp-looking-into-common-ownership-says-vestager> (Acesso em 04/09/2018).

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 antitruste²⁸. 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 a conduta comercial do concorrente, ou mesmo a aplicação de regras que vedam o abuso de posição dominante (OCDE, 2017, p. 8). Além 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 (ex. 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 nº. 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

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.

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 nº. 6404/76), 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 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 indiretas dos investidores institucionais em concorrentes ainda não estejam sendo endereçados?

Referências bibliográficas

- ANTON, M., F. EDERER, M. GINÉ and M. SCHMALZ, Common Ownership, Competition, and Top Management Incentives, European Corporate Governance Institute Finance 2016, Working Paper, No. 511. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2802332.
- AZAR, José; RAINA, Sahil, SCHMALZ, Martin. (2016), 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 no. 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, Vol. 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, Volume 3, Spring 2017, p. 10 – 17

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 e CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (organizadores). Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, 218-258

BAKER, J., Overlapping Financial Investor Ownership, Market Power, and Antitrust Enforcement: My Qualified Agreement with Professor Elhauge, Harvard Law Review Forum, 2016. Vol. 129:212, <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, No. 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: Revista dos Tribunais, 1970.

EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/As comentada. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ELHAUGE, E. Essay: Horizontal Shareholding, Harvard Law Review, 2016. Vol. 129:1267, <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. Editora Saraiva: São Paulo, 2013.

FICHTNER, J., HEEMSKERK, E. and 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*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 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. and 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*". In: *Temas Atuais de Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2012

MCCAHERY, J., Z. SAUTNER and L. STARKS (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. and A. FREEMAN, 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. and K. WAEHRER, 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 publicado 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” In. Overview of Competition Law in Brazil. São Paulo: Ed. 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. and D. RUBINFELD, 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: Ed. Singular, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Ed. 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., and ORTEGA, M. E. (2012) *Optimal Financial Health: The Doctor’s Essential Wealth Management and Preservation Handbook*, iUniverse Press.

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.

Key words: 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 saudável¹.

De modo preliminar, as autoridades antitruste podem enfrentar o mercado laboral pelo menos de três formas bastante distintas: (i) preventivamente, diante de formação de monopólios, por meio da análise dos atos de concentração, (ii) repressivamente, por meio do controle de condutas anticoncorrenciais 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.

Desta forma, este trabalho apresenta o atual debate acerca deste 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 Japão², mas nossa análise será centrada nos EUA, onde se tem observado avanços recentes (I.1.). A seguir, apresentaremos o modo ainda incipiente 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 anticoncorrenciais. Até mesmo o RH precisa de um suporte jurídico-concorrencial para a tomada de decisões. (TORPEY e 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 de abril de 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 opostos³, 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 90⁴. 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

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*, Vol. 147, No. 1, *The New Institutional Economics New Viewson Antitrust* (Mar. 1991), p. 38-52.

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 empíricas 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. Isto 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. Isto 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 anos⁶. As investigações têm trazido à tona este debate, como será detalhado adiante.

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

1.2. Breve histórico no Brasil

No Brasil, o encontro do direito trabalhista com o direito antitruste tem pouquíssima discussão⁷. No Direito do Trabalho brasileiro, o princípio de livre associação sindical⁸, presente tanto na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) quanto no artigo 8º da Constituição Federal, é tido como 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

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 GRETSCHISCHKIN (2018), com discussão sobre os efeitos da concentração do poder de compra de empresas em relação 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).

e a livre iniciativa são princípios constitucionais (art. 170, IV, Constituição Federal)⁹¹⁰.

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

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 antagonica 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.” In. (DOMINGUES e 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 e GABAN, 2016, p. 57)

(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 nº 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 CADE¹⁴.

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 n. 8.884/94 e os arts. 5º e 6º da Lei n. 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 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

Do ponto de vista do controle de condutas, cabe lembrar 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

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 (Id. Ibid.).

considerados 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 empregados¹⁶ A fixação de faixa salarial com o concorrente, ainda que não se chegue ao valor salarial exato, pode ser considerada como 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

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.

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 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 deste estado, além dos hospitais membros destas 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 DOJ¹⁸, 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

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)

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 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 acima 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).

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.

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 “congelamento 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

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)

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*.

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 entre 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 ginástica²⁴. Considera-se em alguns 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 desinvestimento²⁵. 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

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 e STELLA, 2018).

²³ Restaurantes *fast-food* como Carl's Jr, Burger 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.

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.

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.

3.3. *Cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho*

Nos EUA, cláusulas de não concorrência²⁶ têm gerado discussões há mais de 600 anos²⁷. Quando presentes nos contratos de trabalho, historicamente 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

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 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 “corrigi-

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 apresentado acima, 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 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 informações³⁰. Por sua vez, as trocas de informações

los” em um possível processo judicial . (WHITE HOUSE, 2016). Ou seja, os aspectos listados acima 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).

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

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-alvo.³³ A troca de informações sensíveis sobre

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 compartilhamento³¹. (DEVLIN e 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)

prévia de atos de concentração econômica

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

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 n. 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 *“importa 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 n. 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

salários (wage-fixing), eram trocadas informações sobre orçamento para pessoal e planejamento de futuras remunerações dos enfermeiros.

³⁴ O Processo Administrativo n. 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.

dos funcionários das empresas participantes. A prática não foi comprovada, mesmo com Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação³⁵, 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 n. 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. Neste 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 artigo 36, incisos I ou III³⁶. O inciso III, aumento arbitrário de lucros, poderia ser justificado pela diferença existente entre o valor justo que deveria ser pago

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 n. 49/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. Processo Administrativo. n. 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).

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 afetada é no mercado de trabalho dos profissionais de determinada função. Também é possível que seja vista essa prática como uma conduta comercial concertada nos termos do inciso II do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529³⁷.

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

³⁷ Esse tipo de conduta ocorre em entidades de classe ou sindicatos, como se viu no PA n. 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 e GABAN, 2016, p. 512-513). No mesmo sentido: PA n. 08000.010318/1994-73 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. Associação Médica Brasileira (AMB) em Brasília, DF. PA n. 08000.011518/1994-06 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. AMB em Sergipe. PA n. 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.

dimensão produto e geográfico³⁸, mas não costumam verificar a criação de monopólios ou oligopólios no mercado relevante na dimensão trabalho e seus possíveis efeitos 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 compete por empregados com o mesmo tipo de especialização⁴⁰. 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 implementação de melhores

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)

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 e JACKSON, 2018, p. 5).

práticas. Estas também podem vir a ser sistematizadas em um guia a ser elaborado pelo CADE⁴¹ no futuro.

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 julho 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 abril 2018.

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 de não-concorrência nos documentos da transação sejam adaptadas ao negócio e razoáveis em duração e escopo.

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 setembro 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 setembro 2018.

CADE. Processo administrativo nº 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_ipmIIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLiCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajbuMD5RPkEZci4Rew50iOazXM MhKIVjARby3J2sEOJFm>. Acesso em: 17 setembro 2018.

CADE. NOTA TÉCNICA Nº 12/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE - Inquérito Administrativo n. 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-gMkMaWhujSckPRxIhW5IS8R6NMH3IKdduvXuSIMmBFewCii>. Acesso em: 12 julho 2018.

CADE. NOTA TÉCNICA Nº 54/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE - Processo Administrativo nº 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_YHqWHQYNjh0iiZJ689xJjjMLueYh1lkjKxavPBT84d4aWROFUW8w6wLrIZF-qh-aTZcu9QhJkoERIt1Ihm0D>. Acesso em: 17 setembro 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 setembro 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1615/2011. **Site da Câmara dos Deputados**, 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509413>>. Acesso em: 16 setembro 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: setembro 17 2018.

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE - DEE. Documento de Trabalho No. 001/10 - Delimitação de Mercado Relevante. **Site do CADE**, novembro 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf>. Acesso em: 17 setembro 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 setembro 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 setembro 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 setembro 2018.

DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M. **Direito Antitruste**. 4^a. 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 setembro 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 setembro 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 abril 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 abril 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 dezembro 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 agosto 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 setembro 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**, dezembro 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 de Doutorado apresentada à 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 setembro 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 junho 2018.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho**. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, A. M.; NASCIMENTO, S. M. **Curso de Direito do Trabalho**. 29ª. 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 julho 2018.

REVISTA EXAME, 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/primeiro-lugar/nubank-entra-com-processo-contr-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 setembro 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 setembro 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 setembro 2018.

U.S. COURT OF APPEALS SECOND CIRCUIT. Union Circulation Company v. The Federal Trade Commission. **Site Leagle**, 18 fevereiro 1957. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/1957893241f2d6521738>>. Acesso em: 1 setembro 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 julho 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: 1 setembro 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 setembro 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 setembro 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 setembro 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.hightechemployeeelawsuit.com/case-documents.aspx>>. Acesso em: 18 setembro 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 junho 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 agosto 2018.

COMPETITION POLICY EVALUATION THROUGH DAMAGE ESTIMATION IN FUEL RETAIL CARTEL

Simone Maciel Cuiabano

Abstract. I estimate the fuel retailer cartel damages in the south of Brazil using reduced and structural forms for supply and demand. Brazilian Competition Authority (CADE) documents help to characterize the ethanol and gasoline retailers involved in the collusion. The objective is to evaluate competition policy by comparing the amount of estimated damages with the amount of applied fines. This paper also adds an important result to gasoline substitution, as data shows ethanol is perceived as a perfect substitute and it is price inelastic. Results show an overcharge of 3.6% to 6.6% in the gasoline market and up to 12% in the ethanol market during collusion. Fines should consider the deterrence effect and, giving the low probability of detection, CADE's applied fines seemed to be in line with this objective.

Resumo. Este trabalho estima os danos causados pelo cartel nos postos de gasolina na regio sul do Brasil usando tanto uma equacao reduzida quanto um modelo estrutural de demanda e oferta. Documentos do Conselho Administrativo de Defesa Economica (CADE) ajudam a caracterizar os postos envolvidos na colusao nos mercados de etanol e gasolina. O objetivo é avaliar os efeitos da politica de concorrência comparando o montante do dano estimado com as multas aplicadas. Em adicional, esse trabalho tambem contribui para a literatura sobre substituicao de gasolina, uma vez que os dados apontam que o etanol é percebido como substituto perfeito e é preco inelastico. Os resultados mostram que houve um sobrecusto causado pelo cartel de ordem de 4.6% a 6.6% no mercado de gasolina e de ate 12% no mercado de etanol. As multas aplicadas, contudo, devem considerar a probabilidade de o cartel ser descoberto e, dada sua baixa probabilidade, as multas aplicadas no presente caso parecem estar alinhadas com esse objetivo.

1. Introduction

Increasingly, Competition Authorities (CAs) around the world are quantifying the aggregate benefits of their activities as an impact assessment. In 2016, the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) launched a reference guide on ex-post evaluation of CAs'

enforcement decisions. Those assessments are of growing interest since they demonstrate the ‘value for money’ of this public policy. In this article I estimate the fuel retailer cartel damages in the south region of Brazil to compare with the amount of fines imposed by the Brazilian Competition Authority (CADE). As other jurisdictions, cartels are illegal in the country, being the participants subject to administrative and criminal investigations¹. Antitrust law determines that fines may be no less than the amount of harm resulting from the conduct. However, CADE has seldom resorted to this provision when determining fines; when done, the amount imposed was less than the equivalent of the maximum percentage of the defendant’s turnover allowed by the law².

Investigation on antitrust violations in the fuel sectors have been a thorn in the side of most CAs’ around the world³. Although there is an understanding that fuels price volatility can be a result of other factors – i.e. demand or cost shocks, pricing strategies (ex. Clark and Houde, 2013, 2014) – the lack of comprehension from general public may raise doubts on how efficient CAs enforce the antitrust law. In the Brazilian experience, the amount of complaints in the fuel retail sector takes almost 1/4 of the workload of CADE. From 2005 to 2010, the institution received an average of 200 complaints per year only in this sector. However, the authority has condemned only 15 unions and fuel retailers’ in different municipalities until 2015 because of lack of direct proof.

This work is related to two strands of literature: demand estimation for ethanol and its substitutability for gasoline and cartel damage estimation. Anderson (2012) claims to be the first to provide estimates for ethanol elasticity and it is very sensitive to relative prices. This paper contributes to this finding, since cartelist pricing strategy required not only a raise in gasoline price but also a drop in ethanol price in order to keep relative prices within a margin equivalent to fuel performance and stations distance to the

¹ Article 36 of Law 12,529/11 sets forth the basic framework for anticompetitive conduct in Brazil. Criminal cartel investigations are responsibility of the Federal Prosecution Bureau and ruled by the Supreme Court.

² Antitrust Law determines fines against the companies may range from 0.1 to 20 % of the company’s or group of companies’ pre-tax turnover in the economic sector affected by the conduct, in the year prior to the beginning of the investigation. This has been used as a rule of thumb by CADE’s Tribunal due to the difficulties in harm estimation.

³ OECD (2013).

city center. It also innovates with a database from the Brazilian ethanol market, the most consolidated flex fuel vehicles commercialization in the world⁴.

The literature on damage estimation is quite available since the implementation of private claims in both in the US and in Europe. Ashurst (2004) was the first one to compile a cartel damage quantification study for the EC, giving a structured overview of the court decisions at the time of examination. Connor (2009) examined the antitrust litigation of the lysine cartel rather intensively and points to quantification problems as he emphasizes that the before and after method is rather critical in cases in which cartel formation took place after a recession and under such circumstances the benchmark might be understated and damages overstated, et vice versa. Dijk and Verboven (2007) also distinguish between damage quantification methods that use comparator indicators and methods that are based on direct information about the cartelized market. They also introduce critical loss analysis: by determining the break-even point at which demand decreases given a particular price increase and comparing this to the expected actual loss, cartel price overcharges were calculated. The discussion about the deterrence effect of cartel fines is also a wide-ranging scientific area that is directly related to the actual research. Various studies come to the conclusion that the deterring effects of corporate penalties indeed have been sub-optimal during the last years and that competition authorities have to employ detection in addition to deterrence mechanisms (Connor (2009) and Hüscherlath and Weigand (2010)). In Brazil, Cade (2016) published a study on the damages calculation in the cartel of peroxides. Using three different methodologies (time series, difference in differences and a structural model) and observed that damages and fines are very similar in value terms. However, considering the importance of the deterrence effect, either the amount of fines should be raised or the same amount should be claimed by the judiciary as a compensating effect. As this is not yet implemented in the Brazilian system, it should be considered as a public policy instrument.

This work is divided in 6 parts, including this introduction: in session 2, I review the main characteristics of the cartel in Londrina, using information provided in the condemnation files. Session 3 describes the estimation methodology and presents some descriptive statistics available for

⁴ By 2007, when the cartel was in place, 69% of total passenger vehicles in Brazil were flex-fuel (ANFAVEA 2008).

the case. In session 4, I present the main estimation results and the results of a general model of price effects in the ethanol and gasoline markets. Session 5 compares the results of estimated damages with the applied fines. I conclude in session 6, where I point out some outcomes that might be useful for future discussion of damage estimation and competition policy evaluation.

2. The Cartel in Londrina Area

A. Investigation and Prosecution

In the 12th of August of 2007⁵, the Secretariat for Economic Defense (SDE)⁶ opened a cartel investigation after receiving a complaint from the State Policy of Parana informing about a criminal investigation relating fuel retailers in Londrina metropolitan area (Londrina, Cambe, Jataizinho and Ibipora cities). The State Policy private call interception of the fuel distributor Oil Petro revealed the existence of collusion in Londrina retail market. In August 29th, SDE, SEAE and the Parana policy deflagrated operation “Medusa III” initiating the execution of search warrants in 16 retailers located in the above mentioned neighbors municipalities⁷.

Phone calls extracts and the questioning documents showed that collusion started when one of the retailers, located in a highway in the municipality of Cambe (“Posto Paizao” or Etiel Comercio de Combustiveis Ltda.), about 15 km from Londrina center, dropped ethanol price in the beginning of 2007. In response, one of its competitor (“Rede Posto Carajas” or Auto Posto Gasosan Ltda.), located 12.5 km from the center, also dropped its price, reaching the lowest level of R\$0.94 per liter. This ‘price war’ started

⁵ CADE has convicted 15 cartels involving fuel retailers up to 2015. Most of them relates to the price liberalization transition period (1999-2004) for which retailers price are not available (Cade (2014)).

⁶ The competition system in Brazil was composed of 3 organizations until 2012: the Secretariat of Economic Monitoring (SEAE), attached to the Ministry of Finance, responsible for merger and acquisitions instructions; the Secretariat of Economic Law (SDE), attached to the Ministry of Justice, which instructed cases related to collusion and antitrust violation’s complaints; Council of Administrative Economic Defense (CADE), the Court who decided on merger consolidation and antitrust violations condemnations.

⁷ Process number of reference 08012.0116681/2007-30. Public information disclosure at

to attract drivers used to refuel in retailers located at Londrina city center, whose average price of ethanol ranged from R\$1.39 to 1.74 per liter and average price for gasoline ranged from R\$2.39 to 2.55 per liter.

In April/May 2007, fuel retailer partners located in Londrina center started talking with owners of the two firms in Cambe to agree on an end of the ‘price war’, combining the amount of price increases, price fixing⁸ and dates for readjustments. Cartel leaders intervened together with Londrina’s retailers, forcing⁹ all associates to agree on price stabilization. Following CADE’s documentation, the price uniformization policy did not require large amount of efforts since the condemned retailers were allegedly used as price reference to other fuel retailers in the region.

From the files, I observed that the cartel operated until the end of August 2007, when dawn raids and temporary arrest warrants were carried out. In the threats, fuel retailers decided that a “fair price” in Cambe would be R\$1.18 to ethanol and R\$2.32 to gasoline, while in Londrina these prices would be aligned at R\$1.33 and R\$2.43. These price differences between ethanol and gasoline are important to explain how apparently distant fuel retailers, i.e., non-competitors, suddenly became fiercely competitors and targets of other retailers. Ethanol is considered to be equal to gasoline when the per-liter price of the first reaches 70% of the per-liter price of gasoline. Even if gasoline and ethanol are priced about equally in \$per kilometer traveled, Salvo and Huse (2013) highlight there are consumer’s tastes over both fuels, such as consumers’ budget constraints (richer consumers prefer gasoline to ethanol), age and environment concerns, that might affect this substitutability.

For instance, one consumer making the choice on gasoline or ethanol, considering only price preferences, facing the lower bound of R\$2.39 per liter, would compare the profitability of buying ethanol only if its price were lower than R\$1.68. However, it also needed to consider if this price was being offered by the same station or in the neighborhood, otherwise it would need to consider transportation costs. Using a vehicle with a performance of 10Km per liter in gasoline and 7km liter in ethanol, the 70% price difference

⁸ The agreement went up to the 2nd decimal level price combination in which some retailers could raise or drop their prices up to R\$0,03, adjusting it to demand changes.

⁹ The pressure involved physical threatening, verbal abuse and harassment of retailers.

would justify the choice of a 30km round trip to fill up a tank with 40 liters of ethanol – an economy of almost 50%. In CADE's documents, one retailer owner in the city center confirmed that sales dropped by 300-500 liters a day, not clarifying, however, if these drops are related to gasoline or ethanol.

The cartel operated in two groups: the core one, coordinated by the Guarda family and two other price retailers, was responsible for determining and price monitoring. This involved the participation of a fuel distributor, Oil Petro, whose commercial manager, Mauro Guarda, kept vertical relations with one fuel retailer of the same name. The second group involved main fuel retailers in the cities of Londrina and Cambe considered price makers because of their commercialized size. Cade's documents show that these retailers accepted to participate in the agreement by changing their price in the date suggested by the core group, influencing the rest of fuel retailers to follow the leaders.

Apart from penal prosecution, Cade deliberated on penalties, which summed up more R\$10 million (US\$5million). The amount of fines was ruled based on art. 37 and 45 of the National Antitrust Law 12.529/2011 which can range from 0.1% to 20% from the total firm revenue. According to the Commissioner's¹⁰, her decision of fixing a 13%-15% rate was based on the direct and indirect participation of the defendants. Although the law explicitly affirms that imposed fines should not be lesser than illegal profits, estimation difficulties impede Cade to proceed with this ruling more frequently.

3. Estimation strategy

A.Methodology

In order to define the illegal profits and the damages of the cartel, I used Cade's information to define the duration of the cartel, from May to August 2007. Quantifying damages involves estimating the price that would have occurred absent the cartel during the period of the cartel. For that, I need to characterize the market conditions for ethanol and gasoline demand in Londrina.

I start with a standard oligopoly model of competition that incorporates price discrimination over fuels and stations characteristics. As from obtained in cartel documents, retailers set they prices differently from

¹⁰ Frazao(2013). Decision in the Process 08012.011668/2007-30, vol. 8.

which other, based on location and demand flow. These characteristics were observed even during the cartel period when they set prices differences up to the third decimal level. Considering that retailers operate in ethanol and gasoline, the individual firm profit function is:

$$(1) \pi^j = (p_g - w_g - c_g)s_g + (p_e - w_e - c_e)s_e$$

Where p_g, p_e are the respective prices for gasoline and ethanol, w_g, w_e are their respective wholesale paid price, c_g, c_e the retailer's constant marginal cost of distribution for each fuel. Fuels specific market shares are given by s_g, s_e . Cost shifters are such as the wholesale price, distance to city center, number of pumps and tankage size.

Assuming the existence of pure-strategy Bertrand-Nash equilibrium, the price for each fuel must satisfy the following first order conditions:

$$(2) s_g + (p_g - w_g - c_g) \frac{\partial s_g}{\partial p_g} = 0$$

$$(3) s_e + (p_e - w_e - c_e) \frac{\partial s_e}{\partial p_e} = 0$$

Equations (2), (3) imply that the vector γ of retailer's margins is the retail price p minus the wholesale price w minus the marginal cost of distribution c :

$$(4) \gamma = p - w - c$$

Price-cost margins estimations require the observation of the demand shape to infer firm's margins. Anderson (2012) develops a model of demand for ethanol as a gasoline substitute where the household will choose the fuel with the lower ethanol-equivalent price. Aggregate demand for both gasoline and ethanol will be a smooth function of relative prices when fuel-switching price ratios are distributed continuously. The log-linear aggregated demand equations for gasoline and ethanol are therefore:

$$(5) \ln Q_{git} = \alpha_g + \beta_0 \ln cars_t - \beta_1 \ln p_{git} + \beta_2 \ln p_{eit} - \beta^d \ln timetravel_{in} + \varepsilon_{ij}$$

$$(6) \ln Q_{eit} = \alpha_e + \beta_3 \ln cars_t - \beta_4 \ln p_{eit} + \beta_2 \ln p_{git} - \beta^d \ln timetravel_{in} + \varepsilon_{ij}$$

Where $Q_{git}, \ln Q_{eit}$ are both quantities of gasoline and ethanol sold by each station i in time t , p_{gj}, p_{ej} are the retailers price for gasoline and ethanol, $timetravel^{11}$ captures the travel time period between i and n , the cartel

¹¹ Data collect on May 13, 2017 from 8:30 pm to 14pm, local time of Londrina.

leader in city center, ε is an index of unobserved station attributes. I will test whether travel distance from the city center to retailers located elsewhere may affect demand preferences as pointed out by Houde (2012).

Reduced form demand estimation equations for gasoline and ethanol prices in a panel for i retailers in time t are such as:

$$(7) p_{git} = \alpha_0 + \beta_1 p_{eit} + \beta_2 \text{timetravel}_{jn} + \beta_3 w_g + \beta_4 c_g + \varepsilon_{ij}$$

$$(8) p_{ejt} = \alpha_5 + \beta_6 p_{git} + \beta_7 \text{timetravel}_{jn} + \beta_8 w_e + \beta_9 c_e + \varepsilon_{ij}$$

Where w are costs related to the wholesale distributors and to other cost shifters such as information on tankage size and if the retailer is unbranded. Once estimated parameters for each fuel I can include a dummy for the firms involved in the cartel during that specific time and use a linear estimator with random effects such as:

$$(9) p_{git} = \alpha_0 + \beta_1 p_{eit} + \beta_2 \text{timetravel}_{jn} + \beta_3 w_g + \beta_4 c_g + \varphi_{eta} d_{cartelIDg} + \varepsilon_{ij}$$

$$(10) p_{ejt} = \alpha_5 + \beta_6 p_{git} + \beta_7 \text{timetravel}_{jn} + \beta_8 w_e + \beta_9 c_e + \varphi_{gas} d_{cartelIDe} + \varepsilon_{ij}$$

For the structural model, I estimate equations (5) and (6) using cost information such as the wholesale prices and tankage as instruments. I also include the average price for the 1km competitors' on gasoline and ethanol to control for price changes not related to the sold quantity. With the estimated elasticities, I can simulate the "but for price" for each retailer considering its individual mark-up rules and wholesale costs.

B. Database and Statistics

I used information in the file process to characterize cartelists and the cartel period. In addition, I aggregated 3 databases with information regarding fuel retailers in Londrina and Cambe¹² obtained from Brazilian Fuel Regulator (Agencia Nacional do Petroleo, Gas Natural - ANP): (1) an unbalanced weekly panel of retailers and wholesale prices for diesel, gasoline and ethanol from 2007 to 2009, including brand characteristics and georeferenced locations; (2) a monthly panel of retailers acquired quantities of diesel, gasoline and ethanol also spanning from 2007 to 2009; (3) a cross

¹² ANP price collection methodology does not include n Ibipora or Jataizinho due to its sample size. Price and quantity information for each gas station are not available in the disclosed process files.

section of retailers characteristics such as numbers of pumps and tankage. Since this last refers to retailers in 2014, I also crosschecked for information in ANP website¹³ regarding retailers who are no longer in operation but whose characteristics are still available.

I obtained travel and time distances using Google API for each station regarding one fuel retailer located at city center but not cited in the files¹⁴. I also added information regarding regional inflation rate for the period and control variables such as total number of passenger's cars. The sample includes prices and quantities for the sale of gasoline, ethanol and diesel in 154 fuel retailers in Londrina for a period of 36 months (3 years), totalizing 5,544 observations. Considering missing price data, however, I have only 443 completed information for gasoline and 440 completed information for ethanol. For inflation, I consider the State of Parana index for Consumer Price (IPCA) provided by the Brazilian Institute of Statistics (IBGE). Other general price cost shifters, such as the international sugar price and petrol were obtained through the International Monetary Fund (IMF) statistics. Licensed vehicles in the city of Londrina and Cambe were provided by the Parana State Department for Traffic Control (Detran/PR).

Table 1 summarizes the information related to the fuel quantity sold in Londrina. On average, fuel retailers sold about 75,000 liters of gasoline, 50,000 liters of ethanol and 76,000 of diesel per month. However, these volumes changed along the years, remarked in 2009 when there was a 20% rise in the commercialization of ethanol and 18% of diesel compared to 2007.

TABLE 1. SUMMARY STATISTICS ON VOLUMES

Quantities (liter/month)	Overall			2007			2008			2009		
	Mean	SD	#	Mean	SD	#	Mean	SD	#	Mean	SD	#
Gasoline	74,914	54,056	157	76,680	51,187	127	74,914	54,056	157	68,599	53,176	130
Ethanol	49,790	45,410	160	33,246	29,923	132	49,790	45,410	160	56,655	50,565	131
Diesel	76,271	13,3078	154	71,456	15,108	118	76,271	13,307	154	89,905	12,996	130

Source: own calculations.

The statistics also highlight the amount of heterogeneity across stations in Londrina between 2007 and 2009. Gasoline had the highest standard deviations compared to the commercialization of diesel, for instance.

¹³ <http://www.anp.gov.br/postos/consulta.asp>

¹⁴ Posto Transamerica, cnpj 07.775.477/0001-98.

However, the commercialization of ethanol was increasingly dispersed along the years - standard deviation went from 30,000 liters in 2007 to 50,500 liters in 2009. This heterogeneity is also caught by characteristics such as number of pumps and tanks. Overall, stations have more variation regarding the number of gasoline pumps and less for diesel, despite these last vary more in terms of tankage. Stations prosecuted for collusion, however, had more similar characteristics in terms of number of pumps of gasoline and ethanol, corroborating the information available in Cade's files regarding the collusion in these two markets. On average, cartelists had 3 gasoline pumps 3 pumps for ethanol while stores outside the cartel had 6 pumps for gasoline and 4 for ethanol. However, they had more pumps for diesel, reflecting the agreement choice for retailers located in the highway and used to have more clients for diesel. Stores in the cartel were also slightly geographically more spread in the same comparison as shown in Table 2.

TABLE 2. SUMMARY STATISTICS ON PRICES AND CHARACTERISTICS

	Overall		In collusion		Not in collusion	
	Mean	SD	Mean	SD	Mean	SD
Gasoline price (R\$/Lt)	2.451	0.099	2.370	0.071	2.451	0.099
Ethanol price (R\$/Lt)	1.466	0.206	1.192	0.122	1.468	0.205
Diesel price (R\$/Lt)	1.914	0.088	1.767	0.041	1.916	0.087
Pumps gas	5.047	3.056	3.857	2.762	5.055	3.057
Pumps ethanol	3.506	1.938	3.000	1.342	3.509	1.941
Pumps diesel	2.659	2.156	3.571	2.891	2.653	2.150
Tanks gasoline (liter)	32.118	12.473	25.000	10.607	32.167	12.472
Tanks ethanol (liter)	22.412	10.783	19.286	6.944	22.433	10.803
Tanks disel (liter)	24.529	20.463	28.571	13.887	24.501	20.500
Distance (Km)	5.538	5.233	6.455	4.977	5.532	5.235
Drive distance (minutes)	10.859	6.591	11.636	6.823	10.854	6.590

Source: own calculations.

In terms of price, the overall price per liter for gasoline was R\$2.45 (US\$1.22) with a dispersion of 0.09 cents. During the cartel, colluding firms presented lower average gasoline price than non-colluding ones (0.08 cents difference); nevertheless, colluders presented lower dispersion. Similar patterns can be seen for ethanol and diesel prices: despite cartelists ethanol and diesel prices were about R\$0.27 and R\$0.15 lower than non-cartelists, their variation across stations was much lower. The fact that these fuel stations were located far from the city center explains the lower average price. In addition, as documented in the files, cartelists have greater tankage in diesel, being an important part of total revenue.

One of the most important changes in the operations of the fuels market in Brazil concerns its business model. Until 1997, service stations were

necessarily tied to distributors and carried their brands, acting in the market as franchise units. Thus, transactions between distributors and service stations occurred through loyalty contracts and negotiation exclusivity. Since deregulation, a new model has allowed the establishment of stations without supply contracts with a distributor. These are dubbed “unbranded” or “white flag” service stations, insofar as they are not franchises of any distributors. Retailers involved in the cartel were a majority of unbranded retailers (54%), which also helps to understand the lower price differences and the role of Oil Petrol, the regional distributor, as one of the leaders of the cartel.

4. Estimation Results

A. Gasoline

As the period of the cartel and the colluding firms are known, reduced form estimations can help to give a glimpse on how much price were affected. Gasoline and ethanol prices are explained by costs and demand shifters such as distance (time to travel from the city center of Londrina to each retailer, including those in Cambe), if the store is not branded, tankage and number of pumps. For gasoline, I tested different specifications where the most robust includes retailer price information for ethanol. This is not a novelty in the Brazilian market because of fuels substitutability. Ethanol retailer price’s (“PRECOVENDAETANOLD”) augmentation in 1 Real would cause an average rise of 0.089 cents in gasoline retailer’s price.¹⁵ Time to travel (“time”) and travel distance to travel (“dist”) seemed to be correlated, so I dropped one of them in the final specification. Travel distance from the city center presented the negative expected signs, though the magnitude of the impact was not very high: for each kilometer, there was a drop lower than one cent of Real. Here I needed more information on commuting choices to better observe consumer’s choice.

Acquisition price from distributors (“PRECOCOMPRAGASd”) represented the highest and most straightforward impacts on retailer’s prices: 1 Real of price increase from distributors had a direct pass-through effect over retailer’s prices, ranging from 1.04 to 1.05 price augmentation at the pump. On the other hand, the choice of being an unbranded store (“d_branca”) did not seem to have much impact on retailers’ prices, which might indicate that

¹⁵Nearly 50% of the vehicles in the State of Parana had the *flex-fuel* technology already in place. (Ministry of Environment (2011). Graphic 70, page 90).

a tacit collusion behavior was already in place in both municipalities. Storage capacity (“tanks_gas”) is correlated with lower prices, as it was expected from literature; these effects, however, were strikingly lower compared to the positive coefficients of price increase, which might reflect managers’ capacity to avoid extra costs.

During the cartel, the price of the firms involved in collusion was 0.13 cents higher than other periods, including before and after the cartel (Table 3). I cannot assume this as a direct effect of the cartel though since there are also effects associated with the cross price elasticity for the consumption of ethanol.

Table 3. Reduced Price Demand Regressions for Gasoline

<i>Specification</i>	1	2	3	4
<i>Dependent: retail price of gasoline</i>				
<i>Demand factors</i>				
Constant	0.1096105 (0.043469)	0.1036447 (0.0386335)	0.0931006 (0.0386833)	0.043569 (0.0151887)
dist	-0.0171896 (0.0063476)	-0.017215 (0.0062115)	-0.0170129 (0.0061915)	-0.002309 (0.0008059)
time	0.00895 (0.0050273)	0.0090318 (0.0049132)		
<i>Cost factors</i>				
PRECOCOMPRAGASd	1.053047 (0.0205515)	1.052917 (0.0205155)	1.049946 (0.0204499)	1.047202 (0.0177587)
d_branca	-0.0084004 (0.0227797)			
PRECOVENDAETANOLD	0.0897138 (0.0288679)	0.0896416 (0.0287533)	0.0980785 (0.0269798)	0.0937471 (0.0286924)
tanks_gas	-0.0023663 (0.0009149)	-0.0022545 (0.0008318)	0.0019947 (0.0008364)	-0.0014993 (0.0008217)
<i>Collusion</i>				
dummyidcartel			0.1384666 (0.0629351)	0.1392501 (0.0631914)
sigma_u	0.03668116	0.03356806	0.01212934	0.04053157
sigma_e	0.10310978	0.10473205	0.04987219	0.10356332
rho	0.11233969	0.09315895	0.05584701	0.13282551
R-squared (overall)	0.9989	0.999	0.999	0.9991

Standard errors in (). Results at specifications 3 and 4 are significant at 1%. Source: own calculations.

For the structural demand estimation, I regressed equation (5) using as instruments the information on wholesale costs per retailer, the size of tankage and the average price of neighboring retailers in a 1 km ray. Price effects on quantities have the expected signs and it confirms the low price elasticity for gasoline in the region: a 1% price raise drops the demanded quantity less than 0.6%. The effect of a price raise in ethanol increases the demand for gasoline also around 0.6% (Table 4).

Table 4. Demand Estimation for Gasoline

Specification	1	2	3
<i>Dependent: logarithm of gasoline quantity</i>			
_cons	25.55381 (6.698227)	26.94924 (6.828287)	26.84867 (6.840229)
lprecovendagas	-0.4547253 (0.3077597)	-0.5590767 (0.3060727)	-0.5734533 (0.3066743)
lprecovendaetanol	0.5183416 (0.2816827)	0.5999931 (0.2788484)	0.6123401 (0.2793655)
lcars	-1.182731 (0.5447383)	-1.291657 (0.5551726)	-1.303361 (0.5559122)
ltime			0.1144555 (0.1375862)
sigma_u	0.63035553	0.60124663	0.6053546
sigma_e	0.21563805	0.18700162	0.18835183
rho	0.89523489	0.91179696	0.91173498

Standard errors in (). 1. Instruments: lpm_conc_1km lprecocompragas; 2. lpm_conc_1km lprecocompragas ltanksg; 3. lpm_conc_1km lprecocompragas ltanksg. Source: own calculations.

Overcharges can be calculated supposing the “but for price” is a result of a monopolistic competition in which retailers add a markup rule to wholesale costs, given its share:

$$(11) \quad p^{butprice}_{it} = costs_{git} + \left(-\frac{s}{\varepsilon}\right)$$

Overcharges in the structural model are also positive and significant, in average R\$0.38 cents higher (9.8% overcharge, against 4.7% overcharge in the reduced form).

B. Ethanol

In the ethanol price specifications, I included both the same demand variables as in gasoline (“dist” and “time”). For cost shifters, I also included the acquisition price of ethanol from distributors (“PRECOCOMPRAETANOLD”) as well as the gasoline substitute effects (“PRECOVENDAGASd”). The main difference is the inclusion of the index of the international sugar price (“sugar”) to the analysis since the same cane is used for sugar or ethanol production. In Brazil, producers have a flexibility to switch between sugar and ethanol and the use of cane was about 50% to 50% until 2006. From then, industry growth switched to ethanol due to an

increasing number of FFV vehicles and an increased demand for fuel ethanol. However, producer's decisions on the supply of ethanol are highly dependent on the future prospective price for sugar. For instance, sugar mix was maximized in 2011 and 2012 due to high global sugar prices, leading to a lower supply of ethanol¹⁶.

The impact of sugar prices on retailers' was positive and significant in specifications 3 and 4. Although in specification 1 the sign was negative, this one did include extra variables that I dropped in other regressions due to lower explanatory power, such as time and distance. As in the gasoline regressions, travel distance had a negative effect on ethanol's price but with the same low magnitude impact. Information on the unbranded store ("d_branca") also did not bring information on prices, so I dropped in the last specifications, as well as the information on the number of ethanol pumps ("bicos_eta").

Acquisition price from distributors ("PRECOCOMPRAETANOLD") also did seem to have a direct effect on retailers' prices, though in a much smaller magnitude than gasoline costs pass-through. This might be a reflex of consumer's preferences for the later and firms' ability to absorb some of the costs in order to avoid excessive stocks for the product. Gasoline retail price augmentation ("PRECOVENDAGASd"), on the other hand, had a higher pass-through on ethanol's price than the effect of the ethanol price on gasoline. This shows that retailers pricing strategies consider not only costs, but also demand preferences and substitution. A higher gasoline retail price allows firms to raise more ethanol's price than the opposite, respecting the fuel efficiency thumb rule of 70% of ethanol/gasoline (Table 5).

During collusion, ethanol prices were 0.038 cents lower than prices out of that period. Although this might seem controversial, it may reflect firms pricing strategy to keep gasoline and ethanol prices balanced and to keep a stable revenue for colluders. Remembering that the cartel started after a "price war" in the ethanol market in which the revenue of competitors firms was lowering because of consumers' gasoline substitution. By lowering ethanol prices to a certain level, cartelists kept the amount of gasoline and ethanol sales.

¹⁶ Covrig (2014).

Table 5. Reduced Price Demand Regressions for Ethanol

Specification	1	2	3	4
<i>Dependent: retail price of ethanol</i>				
<i>Demand factors</i>				
_cons	0.2293977 (0.1088252)	-0.6820153 (0.1000504)	-0.7618369 (0.0948181)	-0.7903439 (0.0952531)
dist	0.0030712 (0.0134118)	0.0105773 (0.0080061)		-0.0050015 (0.0023574)
time	-0.0052832 (0.0110065)	-0.013321 (0.006522)	-0.0053529 (0.0018683)	
<i>Cost factors</i>				
PRECOCOMPRAETANOLD	1.161412 (0.0207021)	0.4200158 (0.0603231)	0.3800242 (0.0548631)	0.3804374 (0.0564332)
d_branca	0.1917472 (0.0469142)	0.048704 (0.0323915)		
PRECOVENDAGASd		0.4033752 (0.0317775)	0.4252455 (0.0290005)	0.4249725 (0.0298097)
tank_eta	-0.0032696 (0.0020202)	-0.0022551 (0.001217)	-0.002262 (0.0011911)	-0.0025557 (0.0012002)
sugar	-0.0049045 0.0066979	0.0535773 0.0064634	0.0575578 0.0059689	0.0578314 0.0060654
<i>Collusion</i>				
dummyidcartel				-0.0382886 (0.1550836)
sigma_u	0.08968003	0.00690577	0	0
sigma_e	0.18962417	0.13691181	0.14413066	0.14483054
rho	0.18278497	0.00253769	0	0
R-squared (overall)	0.9846	0.9899	0.9932	0.9932

Standard errors in (). Results are significant at 1%. Source: own calculations.

In Table 6 we see that price elasticity for ethanol was quite similar to the one obtained for gasoline, showing that the products are perceived as substitutes (-0.57 and -0.55). In both gasoline and ethanol estimations travel distance was associated with a positive effect on quantities. Since I do not have information on commuters, it is inconclusive whether there is larger demand for retailers located outside of the city center, as it might indicate.

Table 6. Demand Estimation for Ethanol

Specification	1	2	3
<i>Dependent: logarithm of ethanol quantity</i>			
_cons	-40.45567 (13.92972)	-43.16309 (17.50656)	-40.73871 (13.93184)
lprecovendagas	0.6206255 (0.6998246)	1.105276 (0.8535769)	0.6165984 (0.7000006)
lprecoventaetanol	-0.5546346 (0.6414875)	-1.022595 (0.7785791)	-0.5548431 (0.6415611)
lcars	4.206299 (1.129817)	4.40747 (1.419404)	4.205395 (1.129979)
ltime			0.1383563

			(0.1556563)
sigma_u	0.6769464	0.65156218	0.68346768
sigma_e	0.41989428	0.45186623	0.42284094
rho	0.72215537	0.67523815	0.72319519

Standard errors in (). 1. Instruments: lpm_conc_1km lprecocompras; 2. lpm_conc_1km lprecocompras ltanksg; 3. lpm_conc_1km lprecocompras ltanksg. Source: own calculations.

Using the structural demand, calculated overcharges were of R\$0.38 cents for ethanol (16% over estimated prices), against the price reduction observed in the reduced form. This affects damages estimation and fines calibration, as I show in the next session.

5. Evaluating Competition Policy: Fines x Estimated Damages

In order to calculate estimated damages with the results from the reduced and structural approaches, I must consider the net cross effects of the coefficients of both gasoline and ethanol retailers' price in which other. For instance, one Real increase in ethanol price was related to R\$0.0937471 cents rise in the gasoline price. Considering the hypothesis that colluders dropped ethanol price by -0.0382886, keeping the same proportionality, it is equivalent to assume that the net gasoline price augmentation was of R\$0.135. For ethanol, it was about R\$0.02.

Worth to say that price overcharges were in line with the observed in refereed literature, such as in Connor and Bolotova (2006). There are studies about overcharge proportion being related to oligopolistic environments and higher barriers to entry¹⁷. As fuel retail is neither one of them, lower cartel overcharge is expected. This finding also reflects colluder's preoccupation in setting the "right" price for which retailer considering differences up to the third decimal level¹⁸.

To calculate the damages, one must consider the total quantity sold by each firm at the period; however, this information is not available for all the firms in collusion, which might lead to underestimated effect. Considering that involved retailers were also price leaders, regulating prices setting in the

¹⁷ Bolotova et al (2008) have a nice overcharge/industry characteristic correlation analysis.

¹⁸ In one of the dialogues between Djalma Guarda Junior and Djalma Guarda, both son and father, the first insists to correct that agreed ethanol price was 1.269, not 1.259, as the father believed.

city, I estimate damages considering total volume sold both in the gasoline and ethanol markets during the cartel period. Calculated damages considering reduced and structural estimations and its cross effects are reported in Table 7. Results from the last form show a higher damage than the reduced form. Total amount of damages were not very high especially because of the low duration of the cartel (3 months).

Table 7. Damages estimations (R\$)

	Reduced form	Structural form	Total quantities sold in the period	Estimated Damages
Gasoline	134,515.8	457,936	131,048.3	295,352.8
Ethanol	-10,644.23	117,001.2	-15,167.73	92,648.25
Total	123,871.57	574,937.20	115,880.57	388,001.05

Source: own calculations.

The amount of Cade’s fine summed up R\$10,964,962.2. This is 20 times higher than the highest estimated damages. Optimal deterrence theory states claims that fines should be inversely proportional to the probability of being discovered in crime. If firms exclusively think about collusion as an economic decision to increase profits and refrain from ethical principles, the question to be answered is whether the gain from price fixing outweighs expected punishments. Probability of detection is very difficult to assess, although some studies had tried that. The research of Allain et al (2013) reviews the main papers that tried to assess these probabilities, ranging from 10% to 33%, consistent with the probability of detection for other crimes. Using this information to evaluate applied fines, I observe that Cade’s policy choice in the case seemed to be higher with the expected deterrence effect, considering damages, dawn raid costs and the probability of being caught. However, Cade’s policy reflected a deterrence effect of 5%, which may be considered a more realistic to the authority’s capacity of cartel detection, given the proportionality of the authority to the country dimensions.

Table 8. Fines (Punishment) Considering the Probability of Detection

Probability of being caught	Penalty1	Penalty2	Penalty3	Penalty4
0.05	2 477 431.40	11 498 744.00	2 317 611.40	7 760 021.00
0.1	1 238 715.70	5 749 372.00	1 158 805.70	3 880 010.50
0.15	825 810.47	3 832 914.67	772 537.13	2 586 673.67
0.3	412 905.23	1 916 457.33	386 268.57	1 293 336.83

Source: own calculations.

6. Final Considerations

The necessity to evaluate public policies is an important issue to justify the amount of investment done in one matter. The analysis of cartel punishment effects is one way to verify how Competition Authorities are currently dealing with such crimes, considering that they are hard to detect and that investigations require financial and human resources expenses. The above analysis is a first insight to provide a view of how appropriate are the actual fine decisions done by the Brazilian Competition Authority.

Under Brazil's current competition law, cartel fines may vary from 0.1 to 20 percent of the companies' revenue from the year before the conduct began. The law also says fines should never be lower than the benefits companies received from the conduct — when it is possible to calculate such benefits. However, these calculations are not straightforward; so, more time should be given to the evaluation of past condemned cartels fines considering the estimated damages. So far, this is the second study on cartel damages done in Brazil. Considering that the first study did not point to any deterrence effects of the applied policy, the estimations presented above do show that applied fines ended up considering it. The results here obtained may also help the Authority in the dosimeter fines calculations, which may have to consider not only the gravity of the conduct, but the industry characteristics. Industries with lower participants may be object of higher fines than colluding firms in a more oligopolistic environment.

In addition to competition policy debate, this paper also contributed to the fuel substitutability debate. Ethanol is perceived as a perfect substitute for gasoline. Subsidies for the promotion of this fuel as a more ecological friendly fuel might not achieve the wanted substitution effect if firms pricing strategy consider the ethanol equivalent fuel price in gasoline.

Future work though must consider a different specification of the demand choices for retailers, especially considering that neighbor's stores must have a greater impact on prices than distant ones. The demand characterization for both fuels (gasoline and ethanol) might allow a better assessment over the price cost margins through a structural simulation using the hypothesis that stations choices are differentiated goods.

References

Allain, M. L., Boyer, M., Kotchoni, R., & Ponsard, J. P. (2015). Are cartel fines optimal? Theory and evidence from the European Union. *International Review of Law and Economics*, 42, 38-47.

Anderson, S.T. (2012), The demand for ethanol as a gasoline substitute, *Journal of Environmental Economics and Management*, 62, 151–168.

Anfavea (2008), *Vehicles – production, domestic sales and exports*. Available at <http://www.anfavea.com.br/anuario2008/capitulo2a.pdf>.

Ashurst (2004), *Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages*, Report for DG Comp.

Bonnet, C., & Dubois, P. (2010). *Non linear contracting and endogenous buyer power between manufacturers and retailers: empirical evidence on food retailing in France*. Mimeo.

Bolotova, Y., Connor, J. M., & Miller, D. J. (2008). Factors influencing the magnitude of cartel overcharges: An empirical analysis of the US Market. *Journal of Competition Law and Economics*, 5(2), 361-381.

Cade (2010). Processo 08012.011668-2007-30.

Cade (2014), *Varejo de Gasolina*, Cadernos do Cade.

Cade (2016), *Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil*. Documento de Trabalho 02/2016.

Clark, Robert C., Houde, Jean-François, 2013. Collusion with asymmetric retailers: evidence from a gasoline price-fixing case in Canada. *Am. Econ. J. Microecon.* 5 (3), 97–123.

Clark, Robert C., Houde, Jean-François, 2014. The effect of explicit communication on pricing: evidence from the collapse of a gasoline retail cartel. *J. Ind. Econ.* 62 (2), 191–228.

Connor, J. M. & Bolotova, Y. (2005), Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis. *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 24, 2006.

Connor, J. M. (2009), *Cartels and Antitrust Portrayed: Market Effects and Damages*. SSR1 Working Paper.

Covrig, C. (2014), *How sugar and ethanol impact each other?* Platts McGraw Hill Financial. Available at

<https://www.platts.com/IM.Platts.Content/ProductsServices/ConferenceandEvents/2014/sc451/presentations/Claudio-Covrig.pdf>

Davis, Peter and Garcés, Eliana (2010), *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press.

Houde, J. F. (2012), Spatial differentiation and vertical mergers in retail markets for gasoline. *The American Economic Review*, 102(5), 2147-2182.

Hüschelrath, K., Weigand, J. (2010), A Framework to Enforce Anti-predation Rules. *World Competition*, Issue 2, pp. 209–240.

Miller, N. H., & Osborne, M. (2014), Spatial differentiation and price discrimination in the cement industry: evidence from a structural model. *The RAND Journal of Economics*, 45(2), 221-247.

Ministry of Environment (2011), *First National Emissions Inventory by Vehicles*. Available at <http://www.anp.gov.br/wwwanp/images/Emissoes-Atmosfericas-1Inventariodeemissoes.pdf>.

OCDE (2013), *Assessment of the Impact of Competition Authorities' Activities*, DAF/COMP/WP2(2013)1.

OCDE (2013), *Competition in Road Fuel*, Policy Roundtables.

OCDE (2014), *Guide for Helping Competition Authorities Assess the Expected Impact of their Activities*.

OCDE (2016), *Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions*.

Oxera and A. Komninos (2009), *Quantifying Antitrust Damages. Towards Non-Binding Guidance for Courts*, Study prepared for the European Commission, DG COMP.

Petrin, A., & Train, K. (2010). A control function approach to endogeneity in consumer choice models. *Journal of marketing research*, 47(1), 3-13.

Ragazzo, C. E. J. e R. M. da Silva (2006), *Aspectos Econômicos e Jurídicos sobre Cartéis na Revenda de Combustíveis: Uma Agenda para Investigações*, Documento de Trabalho SEAE no 40, Secretaria de Acompanhamento Econômico, Ministério da Fazenda.

Salvo, A., Huse, C. (2011), Is arbitrage tying the price of ethanol to that of gasoline? Evidence from the up take of flexible-fuel technology, *Energy Journal*, 32, 119–148.

Salvo, A., Huse, C. (2013), Build it, but will they come? Evidence from consumer choice between gasoline and sugarcane ethanol, *Journal of Environmental Economics and Management*, Volume 66, Issue 2, 251-279.

Secretaria de Direito Econômico (2010), *Nota Técnica para Averiguação Preliminar*, Processo n.º 08012.000642/2010-61.

Verboven, F. and T. van Dijk (2007), Cartel damages claims and the passing-on defense, Working Paper, K.U. Leuven.

Villas-Boas, S. B. (2007). Using retail data for upstream merger analysis. *Journal of Competition Law and Economics*, 3(4), 689-715.

CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE COMO CONDUTA ANTICOMPETITIVA: METODOLOGIA DE ANÁLISE SOB A ÓTICA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Luiza Kharmandayan e João Carlos Nicolini de Moraes

Resumo. Ao mesmo tempo em que podem resultar numa restrição à concorrência, as cláusulas de exclusividade têm o potencial de produzir eficiências compensatórias que justificam sua legítima aplicação. Assim, para determinar seu caráter pró ou anticompetitivo, é necessário apurar seus efeitos líquidos. Esse exame envolve a consideração de diversos critérios que, embora tratados por diferentes fontes do direito concorrencial, não se encontram compilados e sistematizados, de modo a oferecer uma metodologia de análise consolidada. Este trabalho se volta justamente a apresentar, sobretudo com base na jurisprudência do Cade, uma metodologia de análise dessas cláusulas que sirva como parâmetro para casos futuros.

Palavras-chave. Cláusula de exclusividade; efeitos; restrições; eficiências; metodologia; jurisprudência

Key-words. Exclusivity clause; effects; restrictions; efficiencies; methodology; case law

Introdução

O aprimoramento constante da política de defesa da concorrência no Brasil, em curso pelo menos desde a edição da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, certamente resultou em um combate mais efetivo às condutas anticompetitivas¹. Embora esse eixo repressivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) normalmente evoque esforços contra condutas coordenadas, sobretudo cartéis, chama-se cada vez mais a atenção para a relevância da repressão a condutas unilaterais², cujo potencial lesivo à

¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Defesa da Concorrência no Brasil - 50 anos. Brasília. 2013. p. 104. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrncia_no_brasil_50_anos-1.pdf>. Acesso em 19 set. 2018.

² A título de exemplo, menciona-se que, no Encontro do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional- IBRAC, realizado

economia não pode ser subestimado. Ao mesmo tempo, porém, é igualmente necessário que se atente para as particularidades desse tipo de conduta, que requer uma análise que vá além da constatação de se a prática investigada foi ou não realizada, considerando também os efeitos por ela gerados. Afinal, diferentemente do que ocorre com cartéis, tais práticas têm o potencial de gerar importantes eficiências que podem justificar seu emprego, caso em que se revelarão úteis ao próprio desenvolvimento do negócio.

Acordos de exclusividade são um tipo de prática unilateral amplamente utilizados pelos mais diversos agentes econômicos em seus negócios³ e, ainda que em grande parte desses casos tais relações não sejam capazes de lesar a concorrência – motivo pelo qual, dadas certas características, sequer passam pelo crivo de algumas autoridades antitruste⁴ –, exigem uma aplicação cautelosa, para assegurar que não ultrapassem seu escopo legítimo.

Diante disso, o presente artigo se volta sobretudo à jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), para explorar e sistematizar o tratamento conferido a cláusulas de exclusividade no Brasil, no período que se estende da Lei 8.884/94 até a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência - LDC). Busca-se, assim, não apenas elencar as diferentes etapas de análise desse tipo de restrição, mas também examinar cada estágio desse processo, esclarecendo sua relevância e

em 14 de setembro de 2017, cujo objetivo era promover um debate entre o setor privado e o Presidente do CADE, Alexandre Barreto de Souza, sobre a agenda institucional da autoridade para os quatro anos de seu mandato, sugeriu-se ao Presidente que fosse dada maior atenção às condutas unilaterais, investindo no aprimoramento de sua análise e reduzindo o tempo de tramitação dos processos sobre esse tema. Ademais, foi sugerido por representante do Comitê de Concorrência do Instituto que fossem criadas coordenadorias especializadas na análise de condutas unilaterais, assim como existem atualmente coordenadorias especializadas em cartel, na Superintendência-Geral do CADE.

³ Por exemplo, um recente estudo da União Europeia sobre vendas online concluiu que 50% de todos os produtores estabeleciam alguma forma de exclusividade territorial com seus distribuidores – vide http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf, p. 66.

⁴ Na União Europeia, por exemplo, há uma isenção antitruste para acordos de exclusividade desde que nenhuma das partes detenham mais do que 30% de *market-share* nos mercados relevantes afetados. Vide http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf, p. 45.

os elementos que devem ser considerados em cada um deles. Pretende-se, dessa forma, propor uma metodologia de análise das cláusulas de exclusividade na esfera antitruste, que reflita tanto as melhores práticas internacionais, quanto os entendimentos já assentados pelos precedentes do CADE.

Para tanto, o artigo está dividido em três partes, além desta introdução: na **primeira** seção, apresentamos os potenciais riscos à concorrência relacionados às cláusulas de exclusividade e os benefícios que delas podem resultar, abordando, portanto, as razões pelas quais se entende que estas cláusulas exigem que seus efeitos sejam apurados caso a caso; na **segunda** seção examinamos, sobretudo com base na jurisprudência do Cade, cada uma das etapas que compõem essa análise; por fim, na **terceira** seção, apresentamos breve conclusão.

1. As potenciais restrições concorrenciais e eficiências relacionadas às cláusulas de exclusividade

Relações de exclusividade envolvem cláusulas restritivas estabelecidas entre os agentes econômicos em suas relações contratuais e podem ser constituídas de duas formas: (i) exclusividade de direito; ou (ii) exclusividade de fato. Enquanto a exclusividade de direito é estabelecida de forma clara (normalmente via uma cláusula contratual), a exclusividade de fato, baseada eminentemente em descontos, depende de uma análise mais detalhada tanto das circunstâncias específicas dessa prática (preço e volume do desconto), quanto da possibilidade de uma empresa igualmente eficiente duplicá-la.

De todo modo, independentemente de sua caracterização como exclusividade de direito ou de fato, verifica-se que a principal preocupação concorrenciais referente a essa restrição diz respeito ao **risco de fechamento do mercado** (*market foreclosure*) para rivais potenciais ou efetivos, a ponto de distorcer a concorrência como um todo. Isso porque, a exclusividade que vincula o fornecimento de um insumo pode comprometer o acesso de concorrentes ao mesmo, ao passo que a vinculação de canais de distribuição a um único fornecedor pode implicar na perda de um importante canal de escoamento de produção para os concorrentes. Nesses casos, ao **dificultar artificialmente o acesso de competidores a insumos ou a consumidores finais**, a prática terá o efeito de proteger ou reforçar o poder de mercado da empresa dominante, impedindo novas entradas, excluindo rivais do mercado

e/ou tornando-os menos efetivos⁵⁻⁶. Diante de tais preocupações de cunho concorrencial, nota-se que a prática de exclusividade pode se enquadrar no art. 36, § 3º, III e IV, da Lei de Defesa da Concorrência. *In verbis*:

Art. 36. (...)

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

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV- criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

É nesse sentido, portanto, que os acordos de exclusividade podem configurar condutas verticais potencialmente exclusionárias e, conseqüentemente, caracterizar exercício abusivo de posição dominante. Contudo, somente se pode chegar a esta conclusão após uma criteriosa análise dos efeitos líquidos da conduta no caso concreto, haja vista que diversas **eficiências compensatórias** podem decorrer do estabelecimento de relações de exclusividade.

Tal prática pode, por exemplo, figurar como **garantia de uma demanda firme que viabilize investimentos** intensivos. Além disso, a exclusividade pode se justificar como **proteção contra o efeito carona** (*free*

⁵GERGERADIN; PEREIRA NETO, *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes. Uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Europeia*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 32-34.

⁶ Entende-se, ainda, que o aumento da possibilidade de colusão é também um efeito negativo dos acordos de exclusividade, na medida em que pode favorecer o monitoramento de preços a jusante por parte de membros de um cartel a montante.

riding) em relação a investimentos específicos, os quais poderiam ser apropriados por terceiros, se não houvesse uma relação de exclusividade⁷⁻⁸.

Outra eficiência da exclusividade é a **economia de custos de transação**, seja de coordenação (*coordination costs*) ou de motivação (*motivation costs*). Os primeiros dizem respeito às despesas com o estabelecimento do negócio e de suas condições – em alguns mercados, estes podem se referir aos custos de obtenção de informações sobre as preferências dos adquirentes, custos com publicidade, propaganda, etc.⁹⁻¹⁰. Já os custos de

⁷ Imagine-se, por exemplo, que um distribuidor realize investimentos com treinamento de pessoal e para a oferta de um melhor nível de serviços a fim de construir a reputação de uma marca junto a um fornecedor específico. Nesse caso, se não houver exclusividade, outros distribuidores podem capturar parte dos ganhos e reduzir incentivos para o investimento. Esse entendimento foi também o da SEAE, em parecer emitido em um caso envolvendo companhias aéreas: “(...) as restrições verticais podem gerar efeitos positivos para o mercado. Em alguns casos, a concorrência entre o fornecedor e o distribuidor (ou produtor e comerciante), pode levar a um nível sub-ótimo de investimentos e vendas, principalmente em razão da possibilidade de existência de “*free riders*” podendo levar a um “parasitismo”. Nesse caso, o agente que desenvolve um esforço pode não obter todos os benefícios que seu esforço gera, podendo incentivá-lo a investir menos do que faria caso pudesse auferi-los integralmente. Um exemplo disso é quando o investimento promocional de uma marca pode atrair clientes também para as marcas concorrentes” (Parecer nº 06010/2008/DF da SEAE, de 29 de janeiro de 2008, na AP nº 08012.005307/2002-40, DOU: 12.12.2008).

⁸ No PA nº 08012.007423/2006-27, em que eram representadas a Unilever Brasil Ltda. e a Nestlé Brasil Ltda., havia a previsão de que, nos contratos de comodato de *freezers*, as Representadas cederiam os *freezers* ao ponto de venda (PDV) em comodato e, em troca, exigiriam que somente suas próprias marcas fossem acondicionadas nos equipamentos. A Superintendência-Geral do CADE entendeu que **“[s]endo os equipamentos de propriedade das Representadas, que arcam também com custos de manutenção e instalação, é razoável a exigência de contrapartida (exclusividade do uso de freezers), do contrário, haveria possibilidade de comportamentos oportunistas de concorrentes”** (grifo nosso). Assim, o órgão se manifestou pelo arquivamento do processo. (Nota Técnica em: 14.07.2017)

⁹ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2014. p. 315.

¹⁰ Exemplo concreto disso se encontra no IA 08700.006846/2015-62 (Nota Técnica em 08/02/2017, pelo arquivamento), que averiguava a existência de indícios de infrações à ordem econômica no mercado do insumo escória granulada

motivação podem estar relacionados à realização de um investimento específico para atender às necessidades da outra parte ou ainda às despesas com transações frequentes que envolvem a necessidade de recorrentemente buscar, negociar e implementar os contratos com fornecedores, sobretudo quando envolvem atividades complexas.

A própria Resolução do CADE nº 20 de 9 de junho de 1999 corrobora o entendimento de que a licitude/ilicitude de uma cláusula de exclusividade só pode ser aferida mediante a **ponderação, no caso concreto, entre as eficiências e as restrições geradas** pelo acordo, na medida em que estabelece a utilização da “regra da razão” para averiguar as eficiências e os prejuízos gerados pela exclusividade¹¹. No entanto, os critérios a serem utilizados neste exame devem ser subsumidos sobretudo da jurisprudência dessa autoridade, que, junto tanto à doutrina quanto às experiências de outras jurisdições, confere maior detalhamento e rigor analítico à verificação de se dada cláusula de exclusividade deve ou não ser considerada anticompetitiva. Na seção seguinte, portanto, nos debruçamos sobre esses critérios, os quais são esmiuçados e sistematizados, com vistas a delinear uma possível abordagem analítica dessas cláusulas.

2. Metodologia de análise das cláusulas de exclusividade: etapas e critérios

Assim como no exame de outras condutas cuja licitude é definida caso a caso, com base nos efeitos por ela produzidos, a análise da licitude das

de alto forno, especialmente no que tange à limitação ou ao controle deste mercado, por meio de cláusula de exclusividade, em benefício de grupos cimenteiros. No caso, apurou-se que a lógica comercial do mercado de escória realmente prioriza contratos de longo prazo com certo grau de exclusividade: “Nota-se **haver racionalidade neste comportamento**. Uma vez que a escória é um resíduo produzido em grande volume pelas siderúrgicas e que não tem outro aproveitamento fora da indústria cimenteira, a garantia de venda beneficia tanto as siderúrgicas que, caso não consigam dar vazão ao seu estoque de escória, devem seguir uma série de normas ambientais e incorrer em custos para seu manuseio, estoque ou descarte, quanto **as cimenteiras, que têm o fornecimento do insumo garantido de um número limitado de fornecedores, incorrendo em menos custos de transação**” (grifo nosso).

¹¹CADE, Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em 19 de set. de 2018.

cláusulas de exclusividade deve se iniciar pela (i) definição do mercado relevante e da existência de posição dominante do agente investigado¹². Apenas na hipótese de constatação de dominância é que se passará à fase seguinte de (ii) avaliação dos efeitos negativos sobre o mercado, em especial a extensão do fechamento de mercado. Este efeito pode ser mensurado pela apuração do índice de fechamento de mercado¹³, pela duração dos acordos¹⁴, dentre outros critérios. Por fim, se o nível de fechamento for considerado relevante, deve-se proceder à (iii) ponderação dos efeitos negativos (potenciais e efetivos) com as eficiências compensatórias (potenciais e efetivas) da prática sob investigação¹⁵. Se o efeito líquido considerado for

¹² No IA nº 08700.000800/2016-11, a SG observou o seguinte: “Caso se trate de empresa dominante, com produtos altamente desejados, seu poder de barganha perante os distribuidores é mais elevado, potencializando os efeitos e a abrangência da exclusividade. Por outro lado, fornecedores menores não são capazes de influenciar e fechar parte significativa do mercado distribuidor a seus concorrentes, minimizando os efeitos da prática. Portanto, o exame de legalidade de tais relações de exclusividade depende, sobremaneira, do poder de mercado do fornecedor” (Nota Técnica: 10.02.2017, grifos nossos). Dentre outros motivos, tendo as Representadas, voluntária e unilateralmente, desistido de manter a cláusula de exclusividade, a SG se manifestou pelo arquivamento do processo.

¹³ No PA nº 08012.007423/2006-27, a SG concordou com a alegação da representada de que não haveria possibilidade de fechamento do mercado relevante, diante da baixa representatividade dos contratos de fornecimento (que incluíam cláusula de exclusividade de *merchandising*, volumes mínimos, bonificação e preferência de renovação) em relação à quantidade total de pontos de venda (PDVs) que comercializavam produtos da representada e principalmente em relação à quantidade total de PDVs que comercializavam ou poderiam vir a comercializar os produtos atingidos pela exclusividade. Assim, de acordo com o órgão, que se manifestou pelo arquivamento do processo, não foi demonstrado que os PDVs alvo dos acordos de exclusividade eram essenciais para o estabelecimento de uma rede de distribuição viável para os demais rivais (Nota Técnica em: 14.07.2017, grifos nossos).

¹⁴ No PAº 08012.002917/2002-91 (julgamento em 05.08.2015), por exemplo, a Relatora Ana Frazão ponderou o seguinte: “Os contratos perduraram 12 anos (1995 a 2007). Contudo, embora a **duração dos negócios seja um elemento imprescindível para determinar o risco de restrição à concorrência**, em casos de contratos associativos, afigura-se razoável a manutenção da exclusividade enquanto perdurar o empreendimento comum” (grifo nosso).

¹⁵ Segundo Hovenkamp: “When shares are sufficiently high, Tampa’s rule of reason require courts to examine numerous other factors, including (1) the

positivo, a prática não deveria ser condenada¹⁶. Passamos, a seguir, à análise de cada um desses estágios e dos critérios empregados em cada um deles.

2.a. Etapa I: definição do mercado relevante e da existência de posição dominante

A definição de mercado relevante em casos envolvendo cláusulas de exclusividade é pressuposto para a mensuração das participações de mercado das empresas atuantes no segmento afetado, bem como para a subsequente averiguação de se a empresa beneficiada pela exclusividade detém posição dominante. Quanto a este último exame, deve-se considerar o disposto no Art. 36, §2º da Lei nº 12.529/11, o qual estipula as circunstâncias em que se presumirá que determinada empresa detém tal posição. *In verbis*:

Art. 36. (...)

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

A avaliação em questão se fundamenta no risco de que a empresa dominante acabe por utilizar sua maior penetração no mercado e alguma eventual vantagem competitiva em termos de marcas, custos, capacidade financeira, etc., para obrigar o cliente/distribuidor a adquirir exclusivamente seus produtos ou o fornecedor de determinado insumo a abastecê-la com exclusividade. Conforme exposto anteriormente, nesses casos, o acesso de

duration of the contracts; (2) the likelihood of collusion in the industry, and the degree to which other firms in the market also employ exclusive dealing; (3) the height of entry barriers; (4) the nature of the distribution system and distribution alternatives remaining available after exclusive dealing is taken into account; and (5) other obvious anti-or pro-competitive effects (...)" (HOVENKAMP, Herbert 1999, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. Second Edition. West Group. p. 437).

¹⁶ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Coleção Direito Econômico. Fernando Haren Aguillar (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016., pp. 141-144.

empresas rivais a mercados ou bens necessários é restringido, comprometendo a capacidade desses agentes econômicos de concorrer, efetivamente, com a empresa líder.

Consequentemente, a liberdade contratual de uma empresa dominante para estabelecer cláusulas de exclusividade deixa de ser absoluta, já que **o risco de esta prática ser considerada ilícita do ponto de vista antitruste aumenta quanto maior for não só a participação de mercado da empresa, como também a abrangência dos acordos**. Afinal, quanto mais amplas forem as relações de exclusividade por ela estabelecidas, tanto mais difícil para seus competidores aumentarem sua participação de mercado e, portanto, maior o “fechamento de mercado”. É por isso que, verificada a posição dominante da empresa¹⁷, o segundo quesito se propõe a examinar justamente esse aspecto.

2.b. Etapa II: Análise de fechamento de mercado

A caracterização de fechamento do mercado requer uma análise multifatorial. Um primeiro aspecto a ser considerado diz respeito ao **índice de fechamento de mercado**, que se dá pela comparação entre volume de vendas ou/e número de agentes econômicos atingidos e o total vendas/agentes existente no mercado sob análise. No caso brasileiro, ainda não há uma jurisprudência consolidada sobre os níveis de fechamento necessários para que um acordo de exclusividade seja considerado anticompetitivo¹⁸⁻¹⁹. A

¹⁷ Caso a empresa não possua posição dominante, não há preocupações de cunho concorrencial e análise da licitude da prática de exclusividade, sobre referida ótica, deve ser encerrada. Nesse sentido, os seguintes processos são exemplos de casos arquivados pelo CADE, por não ter sido constatada a posição dominante da empresa investigada: AP nº 08012.004034/2002-16, DOU 09.07.2013; AP nº 08012.005969/2009-96, DOU: 27.11.2012; AP nº 08012.010986/2006-01, DOU: 04.03.2011; AP nº 08012.002820/2000-17, DOU: 02.05.2007; PA n. 08012.004520/1999-50, DOU: 21.11.2011.

¹⁸ A doutrina e a jurisprudência norte-americanas, por exemplo, consideram que um fechamento de mercado de 30% a 40% é geralmente necessário para despertar possíveis preocupações de ordem anticoncorrencial: “(...) *since Jafferson Parish, exclusive dealing is rarely condemned on market share foreclosures lower than 30% or 40%*” (HOVENKAMP, Op. Cit, p. 437).

¹⁹ GERADIN e PEREIRA NETO ilustram isso através do PA nº 53500.000502/2001. De acordo com os autores, nesse processo envolvendo a Celular CRT, em que se fez referência à literatura e jurisprudência internacional

experiência recente do CADE nos mercados de cerveja²⁰ e sorvetes²¹ indica que acordos de exclusividade não são problemáticos, nesses mercados, caso não superem (i) 8% do total dos restaurantes atendidos pela empresa no Brasil e nas diferentes regiões brasileiras; e (ii) 10% do volume total do mercado atendido pela empresa no Brasil e nas diferentes regiões. Porém, há que se ressaltar que mesmo a existência de exclusividade em contratos celebrados por um *player* dominante com várias empresas de um determinado mercado não caracteriza, por si só, fechamento de mercado. No julgamento do caso “Celular CRT”, em que o CADE analisou acordos de exclusividade entre a operadora de telecomunicações dominante no Estado do Rio Grande do Sul e varejistas, por exemplo, mesmo diante de altos graus de fechamento (superior a 60% em alguns mercados, de acordo com a Anatel), o processo foi arquivado sem condenação²². A existência de exclusividade com abrangência

sobre o tema, citando precedentes da União Europeia e dos Estados Unidos, o CADE preferiu não definir o nível de fechamento a partir do qual um acordo de exclusividade seria aceitável (Op. Cit., pp. 59-60).

²⁰ Despacho Presidência CADE N. 136/2015 no Requerimento 08700.004578/2015-44 (pp. 5-6.), referente ao Processo Administrativo nº 08012.002608/2007-26, que investigava suposto ilícito concorrencial decorrente de práticas de exclusividade de vendas e da política de refrigeração adotada pela Ambev.

²¹ Trata-se do já mencionado PA nº 08012.007423/2006-27, em que a SG se manifestou pelo arquivamento do processo (Nota Técnica em: 14.07.2017).

²² No caso, considerou-se que não havia provas suficientes para indicar que a empresa (a) tivesse a possibilidade de fechar o mercado pela fidelização de empresas varejistas; (b) pudesse obter ganhos de monopólio, impedindo que os consumidores tivessem acesso aos produtos das concorrentes através de outros canais de venda; e (c) tivesse imposto um custo aos concorrentes que tenha sido, mesmo que potencialmente, uma forte restrição aos seus rivais. *In verbis*: “**A fidelização de revendedores e/ou distribuidores, no entanto, só pode ser considerada ilícita se as concorrentes não têm uma alternativa razoável para distribuir e/ou revender seus produtos.** Ou seja, há que ser caracterizado que uma estratégia de fidelização impõe uma barreira efetiva e duradoura à entrada do concorrente, e não apenas uma dificuldade e/ou aumento transitório de custo que pode ser superado com outras estratégias de comercialização. (...) 16. No entanto, as evidências apresentadas nos autos não indicam que a estratégia de fechamento de mercado através da fidelização de alguns grandes varejistas fosse um meio efetivo, mesmo que em tese, para fechar o mercado. 17. **Há um número grande de canais de varejo alternativos que podiam, como foram mobilizados, para concorrer com a empresa líder.** Finalmente, se aos revendedores fidelizados não

significativa deve, portanto, ser sopesada não só com os outros aspectos que caracterizam o fechamento de mercado (analisados a seguir), como também com os efeitos positivos ligados à sua aplicação, como se verá mais adiante.

Além da abrangência da exclusividade, a caracterização de fechamento de mercado requer, igualmente, uma **análise dos prazos de tal restrição**. Quanto a isso, o Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, ao tratar do tempo de vigência de cláusula de não-concorrência, traz um bom parâmetro sobre a abordagem que a autoridade tem ao analisar o aspecto temporal de restrições verticais convencionadas contratualmente. De acordo com o guia, tal cláusula deve “se limitar ao prazo de cinco anos, podendo, entretanto, esse prazo ser reduzido ou estendido a depender do período de maturação do negócio envolvido”²³. Não obstante, trata-se somente de parâmetro, tendo o CADE já se pronunciado em várias ocasiões pela licitude de restrições com prazos superiores.

Especificamente em relação às cláusulas de exclusividade, em linha com seu entendimento sobre prazos de cláusulas de não-concorrência, o CADE já utilizou em diversos casos o período de 5 (cinco) anos como parâmetro para definir a duração *prima facie* admissível dessa restrição. Nesse sentido, por exemplo, em processo administrativo que tratava do emprego de cláusula de raio²⁴ pelo Shopping Iguatemi, o Conselheiro Luiz Carlos Delorme asseverou que “qualquer cláusula de raio (...) não deve ter duração superior a cinco anos, que é a mesma que a jurisprudência do CADE aceita como razoável para a cláusula de não-concorrência em caso de Atos de

fossem oferecidas condições de mercado adequadas, como preço, qualidade de serviço e ou amplitude de oferta de produtos, não seria possível impedir que os consumidores de celulares, que não comprem tal produto de uso contínuo por impulso, viessem a comprar os produtos dos concorrentes” (grifos nossos). (PA n° 53500.000502/2001, DOU: 09.06.2008).

²³Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 2016, p. 56. 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 19 set. 2018.

²⁴ Cláusulas de raio são cláusulas de exclusividade territorial. Inseridas em alguns contratos de locação de espaços comerciais em shoppings centers, estas cláusulas impedem o locatário de exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação, em outros estabelecimentos situados a um raio de distância daquele imóvel.

Concentração”²⁵. Também a Superintendência-Geral do CADE, em outro processo que versava sobre o mesmo tema, concluiu que o período de cinco anos para a vigência da cláusula de raio figura como parâmetro plausível do período necessário para que o *shopping* recupere investimentos e estabeleça sua clientela, sem que haja maiores riscos a possíveis *shoppings* concorrentes e aos lojistas ^{26,27}. Por outro lado, a jurisprudência do CADE, também no que tange a acordos de exclusividade, sustenta a necessidade de se proceder a um exame caso a caso, tendo reconhecido diversas vezes a possibilidade de sua estipulação por prazos de longa duração²⁸. Assim, nos casos em que o prazo de dada cláusula de exclusividade, devido a sua extensa duração, indicar a existência de um fechamento de mercado, será ainda necessário averiguar a razoabilidade dessa duração, tendo em vista as razões que a justificam,

²⁵ Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme, no PA nº 08012.006636/1997-43 (julgado em 04/09/2007).

²⁶ Nota Técnica nº 144 da Superintendência-Geral do CADE no PA nº 08012.012740/2007-46 (julgado em 22/06/2016).

²⁷ Em linha com este entendimento, no PA n. 08700.004938/2014-27, em que foi celebrado TCC, o período de dez anos de vigência foi considerado demasiado extenso para o fim de garantir o retorno de investimento realizado pelo *shopping*, tendo a autoridade e o signatário acordado que a cláusula passaria a vigor por cinco anos, contados da assinatura do contrato de locação com o *shopping center* (despacho pela suspensão em virtude de assinatura de Termo de Compromisso de Cessação: 24/06/2016).

²⁸ Exemplo disso é o Ato de Concentração nº 08012.003001/2008-44, julgado em 18.06.2008. Nele, a autoridade tratou da constituição de *joint venture* (JV) pela The Coca-Cola Company e Illycaffè S.p.A. para o desenvolvimento, produção, marketing, distribuição e venda, em âmbito mundial de bebidas à base de café prontas para beber. Neste caso, a JV era acompanhada de cláusula de exclusividade de 5 (cinco) anos, renovável por 10 (dez) anos sucessivos, o que foi tido como razoável pela ProCADE, ainda que houvesse a sucessiva renovação do contrato de JV, uma vez que permitia que as partes pudessem concentrar esforços na atividade conjunta a ser iniciada. No mesmo sentido é a decisão emitida no PA nº 08012.002917/2002-91, em que se apurou suposta prática de infração à ordem econômica no mercado de normas técnicas digitais, em razão da celebração de contratos de exclusividade entre a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e a Target S/C Ltda. Neste caso, o CADE considerou que a exclusividade, a despeito de sua longa duração, era razoável por constituir uma contrapartida aos investimentos realizados pelas partes para o desenvolvimento de um novo produto.

conforme se abordará no tópico a seguir (“ponderação dos efeitos potenciais e efetivos”)²⁹.

Cabe destacar que a análise do aspecto temporal da exclusividade exige, igualmente, que se considere **eventuais cláusulas de renovação preferencial**, bem como as **multas contratuais impostas em caso de rescisão**. Isso porque, quanto mais duradouros os contratos que possuem preferência de renovação ou existindo elevadas multas em caso de rescisão, mais difícil será para empresas concorrentes capturarem o fornecedor ou cliente/distribuidor exclusivo da empresa dominante, mediante uma proposta mais vantajosa³⁰.

Além de outros elementos identificáveis de maneira mais pontual na jurisprudência do CADE – tais quais o **nível de *enforcement*** do acordo de exclusividade³¹ e a **variação do *market share*** dos agentes beneficiados pela

²⁹ Importa observar que, embora se busque, aqui, sistematizar os critérios de análise das cláusulas de exclusividade em etapas distintas, tal divisão baseia-se precipuamente em fins didáticos, de modo que haverá casos em que despontarão sobreposições de etapas na análise de certo critério ou, dito de outro modo, repetição de critérios em diferentes etapas de análise. É nesse sentido que, por exemplo, a abrangência e a duração de dada cláusula de exclusividade compõem tanto a análise de se há ou não fechamento de mercado, quanto, como se verá adiante neste artigo, a análise dos efeitos líquidos dessas cláusulas.

³⁰ Exemplo disso se encontra no Processo Administrativo nº 08012.003048/2001-31, de interesse da Globosat Programadora Ltda e Globo Comunicações e Participações Ltda (“TV Globo”), que versava sobre a exclusividade detida pela TV Globo na aquisição dos direitos de transmissão dos campeonatos futebolísticos profissionais transmitidos, tais como o Campeonato Brasileiro. Segundo a manifestação do CADE nesse caso, **a existência da exclusividade, aliada a cláusulas de preferência e “cobertura” na renovação dos contratos, acabaria por impedir que eventuais empresas entrassem nesse mercado**, visto que a TV Globo, em virtude da sua posição dominante, sempre poderia cobrir a proposta apresentada por um concorrente. Para a solução do caso, foi celebrado um TCC entre as Representadas e o CADE em que se previu diversas obrigações à TV Globo, tais como a exigência de que essa sublicenciasse os canais e não estabelecesse nos contratos cláusulas que pudessem ter efeito similar a uma exclusividade.

³¹ No PA nº 08012.000792/1999-16 (referente a exclusividade na prestação de serviço de fornecimento de mão de obra temporária), arquivado pelo CADE (DOU: 17.06.2011), a autoridade entendeu que a **inexistência de coerção ou influência no mercado** era elemento que **afastava a possibilidade de produção de efeitos anticompetitivos** no caso concreto (grifos nossos). No mesmo sentido,

exclusividade vis-à-vis o *market share* dos demais agentes do mercado³² –, a análise de fechamento de mercado exige que sejam levadas em conta as **características específicas do mercado** em que se insere a relação de exclusividade. Com efeito, diversas investigações do CADE sobre acordos de exclusividade são arquivadas por se verificar a presença de alta **rivalidade**³³, de baixas **barreiras à entrada**³⁴, de **canais de distribuição alternativos**³⁵ e de **concorrência intermarcas** no mercado *upstream*³⁶.

No escopo desse exame das características do mercado atingido pela exclusividade, deve-se considerar também se tal **mercado apresenta alto potencial de crescimento ou está atingindo a maturidade**. Quanto maior o

na AP nº 08012.010760/2007-82 (DOU: 17.09.2013), referente a exclusividade geográfica na venda de automóveis, o CADE decidiu pelo **arquivamento**, dentre outros, porque algumas montadoras não praticavam a exclusividade e as que o faziam **não tinham enforcement rígido da obrigação** entre seus distribuidores (grifos nossos).

³² Na AP nº 53500.007820/2004 (DOU: 201.10.2013), o CADE determinou que a prática de exclusividade não havia levado ao fechamento de mercado, uma vez que a **participação de mercado da empresa beneficiada pela cláusula tinha permanecido a mesma ou mesmo diminuído** desde o início da averiguação. Da mesma forma, na AP nº 08012.006450/2000-97 (DOU: 23.12.2013), a autarquia decidiu pelo arquivamento do processo, porque, **enquanto o market share da representante no mercado cresceu no período da suposta prática, a das representadas diminuiu.**

³³ No julgamento dos contratos de exclusividade com agências de viagem para utilização do Sistema Sabre, por meio da concessão de incentivos em dinheiro e outras vantagens para sua estruturação, o CADE determinou o **arquivamento do processo por ter constatado a existência de efetiva rivalidade no mercado de Sistemas GDS e a pulverização no mercado de agências de viagens** (PA nº 08012.000790/2002-76, DOU: 11.08.2005).

³⁴ No PA nº 08012.002038/2000-27, considerou-se, para fins de arquivamento, que a exclusividade na comercialização e distribuição de medicamentos decorria do registro na Anvisa, o que somado às **baixas barreiras à entrada impedia a constatação de qualquer efeito lesivo.** (DOU: 18.05.2010.)

³⁵ PA nº 53500.000502/2001, DOU: 23.06.2008.

³⁶ AP nº 08700.000558/2008-75, DOU: 15.07.2011, envolvendo acordo de distribuição exclusiva entre Ortosíntese e Emformate no mercado de autoclaves e mesas cirúrgicas, por meio do qual esta se estabeleceu como representante exclusiva daquela para fins de venda, conserto e manutenção. E AP nº 08012.003009/2006-49, DOU: 23.06.2010, referente a exclusividade na prestação de serviço de assistência técnica em banco de dados no Brasil.

potencial de crescimento do mercado, mais difícil que uma conduta seja caracterizada como capaz de ocasionar o fechamento mercado. Isso porque, mesmo que as empresas incumbentes mantenham relação de exclusividade, existem amplas oportunidades para suas concorrentes buscarem outros agentes em processo de expansão. O oposto acontece em caso de mercados maduros, em que as oportunidades de crescimento são mais limitadas.

Finalmente, uma vez concluído o exame do nível de fechamento de mercado, caso se constatar que tal fechamento é relevante, passa-se à última etapa de análise, em que se realiza a ponderação entre os efeitos negativos (potenciais e efetivos) e as eficiências compensatórias (potenciais e efetivas) relacionadas à exclusividade.

2.c. Etapa III: Ponderação dos efeitos potenciais e efetivos

Nos moldes do exposto, apenas na hipótese de se verificar a existência de posição dominante do agente que se beneficia da exclusividade e de constatar fechamento de mercado decorrente da exclusividade, deve-se proceder à análise dos efeitos líquidos de tal restrição. Essa última etapa de análise inclui, particularmente, a averiguação de se as **restrições impostas têm relação com o núcleo central do escopo do negócio**, isto é, se são essenciais ou ao menos parte relevante para a geração dos efeitos positivos a que se propõe o acordo³⁷.

³⁷ Há diversos casos em que houve arquivamento do processo, pelo CADE, pelo fato de terem sido identificadas eficiências compensatórias da restrição. Exemplo disso é a AP nº 08012.004281/2005-65 (DOU: 11.02.2011), em que se averiguava a prática de exclusividade no transporte de veículos novos por meio de contrato que obrigava a transportadora Sada a repassar parte de seu faturamento para a Fiat, como pagamento do aluguel do pátio da montadora. Nesse caso, se verificou que **havia racionalidade econômica no repasse, uma vez que aumentava a eficiência**. Na AP nº 08012.005149/2004-90 (DOU: 13.08.2012), referente a exclusividade no fornecimento de serviços hospitalares, entendeu-se que a **exclusividade poderia ser justificada, dentre outras coisas, pela necessidade de controle de custos**. Na AP nº 08012.010760/2007-82 (DOU: 17.09.2013), relativa a exclusividade geográfica na venda de automóveis, o CADE decidiu pelo arquivamento, por considerar que as **restrições de competição intramarcas estabelecidas possibilitavam a incorporação de eficiências**. No PA nº 08012.002917/2002-91 (julgado em 05.08.2015) a Relatora ponderou o seguinte: “Embora, como visto, a parceria tenha levado à exclusão dos demais concorrentes do mercado, **a exclusividade constitui desdobramento lógico de contratos dessa natureza (...). Os negócios trouxeram relevantes eficiências para os**

Quanto à essa análise, convém fazer menção à jurisprudência norte-americana a respeito de cláusulas de não concorrência, a qual traça uma distinção entre restrições principais (*naked*) e restrições acessórias (*ancillary*). Estas últimas seriam aquelas que contribuem para melhorar a eficiência do acordo e que são necessárias para garantir ao contratante o completo aproveitamento dos frutos legítimos do contrato ou para protegê-lo do uso injusto destes frutos pela outra parte³⁸⁻³⁹. Diferentemente das restrições principais, que serão analisadas com um viés negativo (por vezes, consideradas ilícitas *per se*), as restrições acessórias deverão ser objeto de uma análise de efeitos mais elaborada.

As cortes norte-americanas foram, ao longo do tempo, propondo critérios mais bem definidos sobre as circunstâncias em que esse tipo de

consumidores, ao permitirem o lançamento de um produto novo no mercado” (grifo nosso).

³⁸ Um dos primeiros casos da jurisprudência norte-americana que trouxe a doutrina de restrições acessórias foi o *Addyston Pipe*, destacando-se as seguintes considerações: “(...) *when two men became partners in a business, although their union might reduce competition, this effect was only an incident in the main purpose of a union of their capital, enterprise, and energy to carry on a successful business, and one useful to the community. Restrictions in the articles of partnership upon the business activity of the members, with a view of securing their entire effort in the common enterprise, were, of course, only ancillary to the main end of the union, and were to be encouraged*”. Ainda: “[n]o conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract, and necessary to protect the covenantee in the full enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or to protect him from the dangers or unjust use of those fruits by the other party” (United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (6th Cir. 1898), *aff’s as modified*, 175 U.S.).

³⁹ Síntese desse entendimento também pode ser encontrada no acórdão do CADE no Ato de Concentração nº 109/96 (Procter & Gamble/Bombril), relatado pelo Conselheiro Renault de Freitas Castro: “*É nesse sentido que tem sido direcionada a jurisprudência norte-americana em matéria de acordos de não concorrência (ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments, 3d ed., 1992, p. 98/99). O entendimento é de que esses acordos não constituem violação ao Sherman Act, desde estabelecida de maneira proporcional à proteção que se deseja obter para os legítimos interesses do beneficiário da que sejam acessórias ao propósito principal de um negócio considerado legítimo, e que tenham sua amplitude restrita. Assim, a análise de um acordo ancilar de não concorrência é determinada sob a regra da razão*” (AC nº 109/96, DOU: 23.07.1997).

restrição é justificável. Assim, entende-se, por exemplo, que para serem protegidas pela chamada “doutrina das restrições acessórias”, as restrições devem limitar sua abrangência ao necessário para efetivar os fins pró-competitivos do negócio, o que se verifica pela ausência de meios substancialmente menos restritivos disponíveis para o alcance dos mesmos fins. Importante ressaltar que as cortes não exigem que seja a alternativa menos restritiva, mas apenas que seja **razoavelmente necessária para atingir os objetivos do acordo**⁴⁰.

O Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, influenciado pela jurisprudência norte-americana, estabelece que, para ser válida, a cláusula de não-concorrência⁴¹ deve ser “colateral, pois deve ser subordinada ao negócio jurídico principal, e ancilar, porque deve ser capaz de gerar ganhos de eficiências compensatórios à restrição concorrencial imposta”⁴². Pressupõe, portanto, uma análise dos efeitos líquidos da restrição.

⁴⁰ ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments, 3d ed., 1992, p. 98/99, p. 480.

⁴¹ Cabe enfatizar que as cláusulas de não-concorrência e de exclusividade são institutos distintos. Ambos constituem restrições previstas contratualmente, mas, enquanto a previsão de não-concorrência limita a atuação de partes horizontalmente relacionadas, o estabelecimento de exclusividade restringe a atuação de agentes que têm entre si relação vertical. No entanto, verifica-se na jurisprudência do CADE certa confusão no emprego desses conceitos. Exemplo disso encontra-se no PA nº 08012.002096/2007-06, julgado em 06/05/2015. Ao analisar a exclusividade de vendas, a Relatora afirmou: “[d]e fato, **a estipulação de cláusula de não concorrência** na constituição de *joint ventures* tem sido amplamente admitida pelo SBDC, desde que guarde relação direta com o objeto do negócio. A matéria foi, inclusive, sumulada: ‘Súmula nº 4, de 09 de dezembro de 2009: É lícita a estipulação de cláusula de não concorrência na vigência de *joint venture*, desde que guarde relação direta com seu objeto e fique restrita aos mercados de atuação’. Com efeito, não seria razoável que um dos sócios concorresse com a *joint venture*, em detrimento do empreendimento comum. Assim, a previsão de **exclusividade** tem justificativa empresarial legítima e se restringe aos limites estritamente necessários para a preservação do modelo de negócio da CBBS.” (grifos nossos).

⁴² Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 2016, p. 56. 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 19 set. 2018.

Parte deste racional também se reflete na jurisprudência do CADE, que tem adotado essa estrutura analítica para a avaliação dessas restrições concorrenciais, examinando se elas guardam **relação direta com seu objeto e se se restringem aos mercados de atuação das partes contratantes**. Nos casos em que isso ocorre, o CADE reconhece que a obrigação de não-concorrência melhora a eficiência do acordo, podendo até mesmo ser intrínseca à formação do negócio.

Tal ponderação entre a restrição concorrenciais e os fins a que ela se destina se aplica, igualmente, às cláusulas de exclusividade, conforme sustentado de maneira expressa no PA nº 08012.002096/2007-06, relacionado às atividades desempenhadas pela CBSS, *joint venture* formada pela Visa International Service Association (Visa), Banco Bradesco, Banco do Brasil e Banco Santander, e cujo objeto social era o desenvolvimento, a implantação e a comercialização de programas, sistemas e/ou convênios de meios de pagamento ou benefícios relativos a refeições e à alimentação, por meio da emissão, fornecimento e administração de vales, cartões e cupons, seja por meios eletrônicos seja por meio de *smart cards* e/ou por outros mecanismos.

No caso, discutia-se, dentre outras questões, suposto fechamento de mercado que decorreria da emissão de cartões da marca Visa Vale, com exclusividade pelos bancos parceiros da CBBS, e do fato de que os bancos acionistas, suas empresas subsidiárias, controladoras, controladas ou sob o mesmo controle seriam obrigadas a fazer com que 90% de seu volume de venda total de vales-benefício possuísse a marca de aceitação “Visa Vale” – o que foi considerado uma exclusividade de fato. Argumentava-se, quanto a essa última restrição, que a exclusividade de vendas, ao negar o acesso das demais empresas administradoras de benefícios aos bancos acionistas e a bancos parceiros da CBBS, dificultava a disputa pelos clientes no mercado. No entanto, o Tribunal entendeu que “a previsão de exclusividade [tinha] justificativa empresarial legítima e se restringia aos limites estritamente necessários para a preservação do modelo de negócio da CBBS”⁴³ (grifo nosso).

Outro exemplo da contraposição entre o objeto do contrato e a restrição decorrente da exclusividade como forma de apurar os efeitos líquidos dessa restrição, encontra-se no AC nº 08700.004872/2013-94, em que o CADE, ao analisar a duração da exclusividade em parceria destinada a atuar na distribuição de livros eletrônicos, tendo constatado o estágio incipiente

⁴³ PA nº 08012.002096/2007-06; julgado em 06/05/2015.

desse mercado, concluiu que: “ parece razoável que existam tais cláusulas [de exclusividade] de forma a garantir a viabilidade do modelo de negócios que se visa introduzir com a operação” (grifos nossos)⁴⁴.

Nota-se, portanto, que a ponderação entre a restrição concorrencial e os fins a que ela se destina é fundamental para determinar se a exclusividade, ainda que implique um fechamento de mercado, é ou não razoável, no caso concreto. Tal ponderação, por sua vez, exige que se examine a cláusula em suas diferentes dimensões. Nesse sentido, a jurisprudência do CADE sobre cláusula de raio, embora referente a um tipo de exclusividade específica, é útil para ilustrar como se dá, na prática, o exame de razoabilidade dessa restrição. Isso porque, as decisões da autoridade sobre o tema são claras ao apontar os aspectos da cláusula de raio que necessariamente devem ser contrapostos a seus objetivos para concluir se ela é ou não razoável: (i) sua duração; (ii) sua extensão territorial; e (iii) sobre quem e o que incide. Esses aspectos, que refletem de maneira bastante acurada a análise multifatorial de fechamento de mercado descrita acima, estão expressos no voto do Conselheiro Relator do PA n° 08012.002841/2001-13:

Como já foi assentado pela jurisprudência norte-americana, as cláusulas de raio (...) serão válidas na medida em que se encontrarem adstritas aos limites necessários para atingir seus fins. Primordialmente respeitando as fronteiras do tempo, espaço e objeto e que tenha justificativa econômica, não restringindo de modo não razoável a concorrência no mercado relevante. (...) Uma vez ultrapassada a barreira que justificou a aceitação momentânea da cláusula de raio, não resta razão a embasar a sua permanência *ad infinitum* nos contratos de locação em *shopping center*. Assevere-se que deve haver uma comprovação da relação entre o lapso de exclusividade imposto e o investimento realizado⁴⁵. (grifo nosso)

Resta claro, desse modo, que, em cada caso, estas **dimensões da cláusula** de raio devem ser **examinadas à luz de potenciais justificativas para sua utilização** (e.g., período de vigência da cláusula vis-à-vis o tempo

⁴⁴ Do mesmo modo, as cláusulas de raio, que podem ser caracterizadas como uma cláusula de exclusividade territorial, são consideradas restrições legítimas, na medida em que forem acessórias. Assim, no PA n. 8012.012740/2007-46, ao mesmo tempo em que esclarece onde reside o potencial anticompetitivo da cláusula de raio, o Tribunal Administrativo dá ênfase ao fato de que esta mesma cláusula não terá este efeito quando feita dentro de parâmetros razoáveis e quando tiver racionalidade econômica:

⁴⁵ PA n° 08012.002841/2001-13; julgado em 15/12/2004.

necessário para recuperar eventuais investimentos). Caso se verifique que **a restrição limita sua abrangência ao necessário para efetivar os fins pró-competitivos do negócio, ela será razoável e acessória ao contrato**. Esta estrutura analítica utilizada para o exame de cláusulas de raio – em que se contrapõe as características da cláusula e seus supostos fins legítimos, com vistas a determinar se ela é acessória ou principal ao contrato e, portanto, razoável ou não –, é igualmente aplicável às demais formas de exclusividade na análise de seus efeitos líquidos. Afinal, tal contraposição equivale justamente ao contraste entre efeitos negativos e eficiências compensatórias que se pretende nesse estágio de análise.

3. Conclusão

A análise da jurisprudência envolvendo cláusulas de exclusividade revela que, de fato, a autarquia se pauta pela necessidade de se proceder a um exame dos efeitos da exclusividade, para, dessa forma, apurar se ela é lícita ou não sob o prisma concorrencial. Assim, entende-se que relações exclusivas não podem ser consideradas ilícitas *per se*, mas devem ser avaliadas à luz da regra da razão, considerando o mercado relevante investigado e a posição da empresa neste mercado, os efeitos anticoncorrenciais que decorrem da prática examinada, em especial o fechamento de mercado e o aumento de custo de rivais, bem como as racionalidades e eficiências que justificam a conduta. Se a firma em favor da qual é estipulada a exclusividade não tiver posição dominante no mercado em análise (ou se, ainda que a tenha, as características do mercado não derem capacidade ou incentivo para o abuso dessa posição), ou se não houver efeitos negativos à concorrência suficientemente comprovados, ou se, ainda que havendo, existam eficiências que os compensem, a prática de exclusividade não poderá ser considerada uma infração concorrencial.

Com base nesse tipo de análise de efeitos, grande parte das investigações do CADE sobre acordos de exclusividade são arquivadas em razão de (i) não ter sido comprovada a exclusividade⁴⁶; (ii) não ter sido constatada a posição dominante da empresa investigada⁴⁷; (iii) terem sido

⁴⁶ AP nº 53500.006044/2004, DOU: 15.05.2013; AP nº 08012.006322/2001-24, DOU: 30.04.2010.

⁴⁷ AP nº 08012.004034/2002-16, DOU 09.07.2013; AP nº 08012.005969/2009-96, DOU: 27.11.2012; AP nº 08012.010986/2006-01, DOU: 04.03.2011; AP nº

consideradas características específicas dos mercados envolvidos que afastam a ilicitude da cláusula (por exemplo, a presença de alta rivalidade⁴⁸, de baixas barreiras à entrada⁴⁹, de canais de distribuição alternativos⁵⁰ e de concorrência intermarcas no mercado *upstream*⁵¹); (iv) terem sido verificadas eficiências

08012.002820/2000-17, DOU: 02.05.2007; PA n. 08012.004520/1999-50, DOU: 21.11.2011).

⁴⁸ No julgamento dos contratos de exclusividade com agências de viagem para utilização do Sistema Sabre, por meio da concessão de incentivos em dinheiro e outras vantagens para sua estruturação, o CADE determinou o arquivamento do processo por ter constatado a existência de efetiva rivalidade no mercado de Sistemas GDS e a pulverização no mercado de agências de viagens (PA n° 08012.000790/2002-76, DOU: 11.08.2005).

⁴⁹ PA n° 08012.002038/2000-27, DOU: 18.05.2010. No caso, foi considerado para o arquivamento que a exclusividade na comercialização e distribuição de medicamentos decorria do registro na ANVISA, o que somado às baixas barreiras à entrada impedia a constatação de qualquer efeito lesivo.

⁵⁰ PA n° 53500.000502/2001, DOU: 23.06.2008.

⁵¹ AP n° 08700.000558/2008-75, DOU: 15.07.2011 (acordo de distribuição exclusiva entre Ortosíntese e Emformate no mercado de autoclaves e mesas cirúrgicas, por meio do qual esta se estabeleceu como representante exclusiva daquela para fins de venda, conserto e manutenção); AP n° 08012.003009/2006-49, DOU: 23.06.2010 (exclusividade na prestação de serviço de assistência técnica em banco de dados no Brasil).

compensatórias da restrição⁵²; e (v) a lide ser entendida como mera disputa privada das partes⁵³.

Por outro lado, apesar da farta jurisprudência sobre a matéria e da orientação dada pela doutrina, pela experiência estrangeira e pela própria regulação concorrencial, verifica-se que não há uma metodologia de análise consolidada, que sistematize as etapas e os critérios de exame das cláusulas de exclusividade e sirva como parâmetro para a apreciação de casos futuros. Diante disso, o presente artigo buscou compilar e ordenar os critérios que despontam nessas diferentes fontes do direito – sobretudo nos precedentes do CADE –, propondo sua abordagem em etapas encadeadas e interdependentes, com vistas a promover a racionalização das análises referentes a cláusula em questão, bem como a conferir a estas análises maior homogeneidade. Pretende-se, desse modo, contribuir tanto para a eficiência na análise de cláusulas de exclusividade, quanto para a previsibilidade a segurança jurídica no que tange a essas práticas.

Bibliografia

ABA ANTITRUST SECTION. Antitrust Law Developments, 3d ed., 1992. p. 98/99.

⁵² AP nº 08012.004281/2005-65 (DOU: 11.02.2011), em que se averiguava a prática de exclusividade no transporte de veículos novos por meio de contrato que obrigava a transportadora SADA a repassar parte de seu faturamento para a FIAT, como pagamento do aluguel do pátio da montadora. Nesse caso, se verificou que havia racionalidade econômica em repasse, para aumento de eficiência. Na AP nº 08012.005149/2004-90 (DOU: 13.08.2012), referente a exclusividade no fornecimento de serviços hospitalares, entendeu-se que a exclusividade poderia ser justificada, dentre outras coisas, pela necessidade de controle de custos. Na AP nº 08012.010760/2007-82 (DOU: 17.09.2013), relativa a exclusividade geográfica na venda de automóveis, o CADE decidiu pelo arquivamento, por considerar que as restrições de competição intramarcas estabelecidas possibilitavam a incorporação de eficiências. No PA nº 08012.002917/2002-91 (julgado em 05.08.2015) a Relatora ponderou o seguinte: ““Embora, como visto, a parceria tenha levado à exclusão dos demais concorrentes do mercado, a **exclusividade constituiu desdobramento lógico** de contratos dessa natureza (...) Os **negócios trouxeram relevantes eficiências para os consumidores**, ao permitirem o lançamento de um produto novo no mercado” (grifo nosso).

⁵³ AP nº 08012.001626/2008-71, DOU: 25.05.2012; AP nº 08012.002417/2008-45, DOU: 15/07/2011; PA nº 08012.004258/2000-02, DOU: 18.10.2005.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Defesa da Concorrência no Brasil - 50 anos. Brasília. 2013. p. 104. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade-defesa-da-concorrencia-no-brasil-50-anos-1.pdf>>. Acesso em 19 set. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 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 19 set. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. 1999. P. 1-15. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em 19 de set. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 109/96

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.003001/2008-44

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.004872/2013-94

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.002820/2000-17

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.006450/2000-97

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.006322/2001-24

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.004034/2002-16.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.005307/2002-40

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 53500.007820/2004

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 53500.006044/2004

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.005149/2004-90

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.004281/2005-65

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.010986/2006-01

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.003009/2006-49

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.010760/2007-82

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.002417/2008-45

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.001626/2008-71

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08700.000558/2008-75

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.005969/2009-96

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo 08700.006846/2015-62

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.000800/2016-11

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003303/1998-25

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000792/1999-16

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004520/1999-50

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004258/2000-02

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 53500.000502/2001

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003048/2001-31

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000790/2002-76

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002917/2002-91

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002096/2007-06

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002608/2007-26

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004938/2014-27

EUROPEAN COMMISSION. Final report on the E-commerce Sector Inquiry. 2017, p. 1-298. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_sw_d_en.pdf > Acessado em 17 de Set de 2018

_____. Guidelines on Vertical Restraints. 2010, p.1-66. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf > Acessado em 17 de Set de 2018

ESTADOS UNIDOS. United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (6th Cir. 1898), *aff's as modified*, 175 U.S.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3^a edição, 2014. p. 315.

GERADIN; PEREIRA NETO, *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes. Uma análise do Direito Concorrencial no _____ e na União Europeia*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 59-60

HOVENKAMP, Herbert 1999, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. Second Edition. West Group. p. 437

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Coleção Direito Econômico. Fernando Haren Aguillar (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.

O PAPEL DE EMPRESAS MAVERICK NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS

Patrícia Serson Deluca

RESUMO: A definição de empresas *maverick* é ainda incerta. O Guia H e diversos outros guias de autoridades antitruste trazem a possibilidade de flexibilização do método clássico de análise de concentrações quando se estiver diante de situações em que a mera avaliação da participação de mercado das partes não for capaz de capturar os reais efeitos concorrenciais da operação – por exemplo, na presença de um *maverick*. Na prática, o Cade tem analisado cada vez mais casos sob a perspectiva da potencial exclusão de um *maverick* e tem dedicado maior atenção aos critérios utilizados para a identificação de empresas desse tipo.

Palavras-chave: antitruste. controle de estruturas. empresas *maverick*. perfil disruptivo. jurisprudência do Cade.

Keywords: *antitrust. merger review. maverick firms. disruptive profile. Cade's caselaw*

Introdução

Num contexto de grande desenvolvimento tecnológico e proliferação de novos produtos e serviços, em sua maioria plataformas digitais, os mercados tradicionais são constantemente transformados, colocando-se em xeque a análise clássica do antitruste¹.

¹ Embora ainda haja muita discussão sobre como o direito concorrencial deve lidar com o advento da economia digital, parece haver consenso em relação à necessidade de revisão do atual ferramental analítico de aplicação das leis de defesa da concorrência frente às mudanças dessa nova era. Isso porque a velocidade de transformação dos mercados cada vez mais rápida enseja uma abordagem mais dinâmica, que permita inferir sobre os comportamentos dos agentes econômicos e não apenas avaliar a estrutura estática desses mercados. Essa foi, aliás, a preocupação expressa recentemente pelo Presidente do Cade, Alexandre Barreto, que teria afirmado que “*o uso de métodos tradicionais para investigar novos mercados não funcionam*” (cf. notícia do Mlex datada de 18/07/2018, “[Use of traditional methods to investigate new markets doesn't work](#),”

Uma das principais críticas ao exame antitruste tradicional enfrentada atualmente é a percepção de que a mera participação de mercado de partes de uma dada transação pode não capturar adequadamente eventuais efeitos anticompetitivos dela decorrentes. Seria o caso de operação envolvendo a aquisição de uma empresa que apresenta “*um nível de rivalidade do tipo disruptivo*” (CADE, 2016). Não à toa, guias de autoridades antitruste de diversas jurisdições passaram a adotar a ideia de que a potencial eliminação de uma empresa *maverick* é fator que deve ser levado em consideração quando da análise de operações econômicas, flexibilizando-se a regra usual baseada em medidas do grau de concentração de mercado pós-operação.

No entanto, o que seria precisamente um *maverick* é ainda incerto. Referidos guias, no mais das vezes, apresentam exemplos para explicar o que são empresas *mavericks*², sem, contudo, trazerem uma definição clara. Na literatura antitruste, alguns autores se debruçaram sobre o tema, buscando estabelecer critérios para definir suas características, mas ainda não há consenso. Fica, então, a cargo das autoridades de defesa da concorrência, ao avaliar casos concretos, a função de esclarecer o conceito e delimitar sua aplicação.

O objetivo do presente trabalho é avaliar como o órgão concorrencial brasileiro tem tratado a questão, a fim de identificar características que uma empresa deve satisfazer para ser considerada *maverick* e, por conseguinte, quando uma operação demandará uma análise que se afasta do referencial teórico clássico.

A Seção II se destina a contextualizar a discussão, trazendo breves comentários sobre o estado da arte atual no que diz respeito à definição de empresas *maverick*. A Seção III contém a análise em particular dos principais precedentes encontrados na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) e, por fim, a Seção IV contém as conclusões do estudo aqui proposto.

CADE president says”, disponível em <http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1007354&siteid=193&rd=1>).

² É o que se fez nos Estados Unidos: “*For example, if one of the merging firms has a strong incumbency position and the other merging firm threatens to disrupt market conditions with a new technology or business model [...]*” (DoJ/FTC, 2010, p.3-4).

I. Maverick: em busca de um conceito

Na definição do guia norte americano sobre concentrações horizontais, empresas *maverick* são aquelas que exercem “*um papel disruptivo no mercado em favor dos consumidores*” (DoJ/FTC, 2010, p.3, tradução livre). Em outras palavras, são agentes que possuem alguma característica que os diferenciam dos demais, como por exemplo, pela oferta de um produto inovador ou de qualidade diferenciada, pela presença de uma rede de distribuição específica, por uma política de preços agressiva etc. Dessa forma, ainda que não detenham participação de mercado elevada, *mavericks* apresentam poder de contestabilidade frente às concorrentes, pressionando-as a ofertarem menores preços e produtos/serviços de melhor qualidade aos consumidores finais.

A eliminação de um *maverick* pode, portanto, gerar um problema sob a perspectiva concorrencial, já que tende a causar a perda de competitividade, atual ou potencial, e a aumentar a probabilidade de coordenação entre as demais empresas de dado mercado³.

As autoridades antitruste mundo afora indicam a importância de se considerar a existência de um *maverick* na análise dos impactos concorrenciais de uma transação econômica, ainda que a regra usual de controle estrutural, baseada em medidas de concentração de mercado⁴, não revele prejuízo à concorrência.

³ Sobre os aspectos negativos que a exclusão de um *maverick* pode resultar, BAKER (2002) se baseia na premissa de que, em oligopólios, os agentes interagem no contexto pré-operação num jogo infinitamente repetido, de forma que o incentivo a contestar o comportamento do mercado (ou seja, de trair a coordenação, ainda que tácita) é reduzido. Uma empresa *maverick*, por sua vez, teria maiores incentivos para desviar do conluio, já que, ao reduzir seus preços abaixo do patamar de coordenação, aumentará a quantidade vendida – se o lucro resultante da elevação no volume de vendas for maior que as perdas pela redução da margem em preço, o lucro será maximizado. Em empresas com baixa participação de mercado, as perdas decorrentes da redução de preço deverão ser proporcionais e, portanto, o risco de perda é pequeno.

⁴ São essencialmente três os pilares dessa análise: (i) a definição do mercado relevante, que passa pela verificação do grau de substituíbilidade dos produtos/serviços em questão, pelo lado da demanda e da oferta, sob a perspectiva do produto e geográfica, sendo utilizado o teste do monopolista hipotético; (ii) a participação de mercado das partes envolvidas na operação (*market share*), normalmente medida pelo percentual do volume ou valor das vendas em função do total do mercado; e (iii) o grau de concentração de poder de mercado resultante pós-

A expressão *maverick* foi introduzida pelo primeiro *Horizontal Merger Guidelines* de 1992 (reformulado em 1997), dos Estados Unidos, e revelou a preocupação de natureza concorrencial que surge da possível exclusão de uma empresa desse tipo. As autoridades americanas editaram um novo *Horizontal Merger Guidelines* em 2010. Com efeito, o guia indica que a aquisição de um *maverick* num mercado vulnerável à coordenação tende a causar efeitos de coordenação adversos (DoJ/FTC, 2010). Explica-se:

If a firm has retained its market share even after its price has increased relative to those of its rivals, that firm already faces limited competitive constraints, making it less likely that its remaining rivals will replace the competition lost if one of that firm's important rivals is eliminated due to a merger. By contrast, even a highly concentrated market can be very competitive if market shares fluctuate substantially over short periods of time in response to changes in competitive offerings. However, **if competition by one of the merging firms has significantly contributed to these fluctuations**, perhaps because it has acted as a maverick, the Agencies will consider whether **the merger will enhance market power by combining that firm with one of its significant rivals**. (DoJ/FTC, 2010, p. 18, grifos próprios).

Posteriormente, outros países incluíram o mesmo conceito em seus guias. A título ilustrativo, o Guia Europeu (2004) também traz a temática de *mavericks*, indicando que empresas desse tipo possuem um histórico de prevenir ou de desestabilizar a coordenação do mercado, por exemplo, por não seguirem aumentos de preços implementados por concorrentes ou por terem uma característica especial que dão a elas incentivos para preferir escolhas estratégicas diferentes das que os rivais coordenados gostariam (European Commission, 2004). A Comissão Europeia ainda abordou a questão no âmbito de guia de operações não-horizontais, indicando a possibilidade de efeitos negativos ao ambiente concorrencial quando dada operação envolve a integração vertical de um *maverick* com um agente no mercado a jusante (European Commission, 2008)⁵.

operação, havendo diferentes métodos para se calcular, sendo os principais o Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) e o raio de concentração da indústria (CR).

⁵ A minuta preliminar do guia, de 2005, explicava ainda que “*the vertical integration of the maverick may alter its incentives to such an extent that co-*

Também na Austrália, o guia lançado em 2008 traz a definição de *maverick* como sendo a empresa “com participação de mercado relativamente pequena em determinado setor, mas que é considerada um concorrente vigoroso e que geralmente traz aspectos de concorrência significativos, tais como precificação, inovação e/ou desenvolvimento de produtos” (ACCC, 2008, p.68, tradução livre).

Outras jurisdições a adotarem a noção de *maverick* foram o Reino Unido (2010), Canadá (2011) e Nova Zelândia (2013).

O Cade, a exemplo das demais autoridades, em seu Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (“Guia H”), editado em julho de 2016, indicou que o método do HHI poderá ser flexibilizado caso uma das partes seja uma empresa do tipo *maverick* ou apresente estratégia disruptiva (Cade, 2016).

Mesmo com a disseminação do termo em diversos guias de análise antitruste, encontrando respaldo também em decisões das autoridades, o conceito de empresa *maverick* é ainda impreciso. Muitas vezes, os guias acabam por se valer de exemplos para explicar o que são *mavericks* sem, contudo, apresentar uma definição clara, como revelado por estudo da OCDE:

Once a merger is notified, the antitrust agency should determine whether it would increase or decrease consumer welfare. In the context of disruptive innovation, the agency should determine first whether the acquired firm is a potential disruptor and, then, whether the acquisition will slow down or stop the innovation. On the first question, the Merger Guidelines in the US and in the EU instruct the agencies to be particularly cautious in authorising the acquisition of a *maverick* firm. **None of those guidelines give a precise definition of a *maverick*, but they give examples which are similar.** (OCDE, 2015, p. 10, grifos próprios).

ordination will no longer be prevented. [...] The incentive of a vertically integrated firm to participate in coordination at the upstream level may be increased when such a course of action is in line with a strategy of raising downstream rivals' cost, which, in turn, may confer market power to the merged entity's downstream division. Alternatively, coordination downstream may avoid that downstream competitors turn to other, possibly less attractive sources of supply” (European Commission, 2005, p.19).

Também na literatura antitruste não há consenso. Buscando responder à questão sobre os critérios que devem ser utilizados para se identificar a existência de empresa *maverick* no mercado, diferentes modelos foram propostos por estudiosos da área.

BAKER (2002) sugere três diferentes estratégias para que as agências antitruste possam identificar a existência de um *maverick* em determinado mercado, fazendo a ressalva de que nenhuma delas é isenta de questionamentos. A primeira seria baseada nas **preferências reveladas**, por meio da qual se observa se a empresa de fato foi capaz de constranger a precificação no mercado, com base em seu comportamento passado e atual. Uma segunda abordagem busca realizar **experimentos naturais**, a fim de identificar comportamentos específicos da empresa potencialmente *maverick* em razão de sua natureza ou localização, por exemplo, e que, assim, não deveriam afetar os custos de seus concorrentes. Nessa situação, se a empresa que está sendo testada for um *maverick*, o preço no mercado será alterado. Caso contrário, permanecerá constante. A ideia é comparar o comportamento do mercado com um referencial competitivo. Esse teste, porém, implica a necessidade de obtenção de dados empíricos, o que costuma ser um entrave à sua execução. Por fim, o autor propõe abordagem a que chamou de **fatores *a priori***, que busca entender os motivos pelos quais uma empresa preferiria um preço mais alto ou mais baixo em um determinado mercado. Por exemplo, na indústria farmacêutica, diz-se que o excesso de capacidade gera pressão sobre os preços, o que seria a força por trás das preferências dos *players* em relação a preço. Se há coordenação, uma empresa com capacidade ociosa substancialmente maior teria maiores incentivos para ser um *maverick*. Assim, características estruturais da empresa podem levá-la a adotar comportamento disruptivo.

SCHEFFMAN e COLEMAN (2003) indicam outras possíveis análises menos sofisticadas para a identificação de *mavericks*, dentre as quais a obtenção de informações sobre o faturamento de clientes, observando-se se qual a parcela de negócios do *maverick* que foi originada a partir da captura de novos clientes.

Já OWINGS (2013), em estudo destinado à busca de critérios para a identificação de *mavericks* e das situações em que a legislação concorrencial deveria proteger um rival “*low-cost*”, defende que os conceitos de *disruptive*

inovator e *maverick* são coincidentes⁶. Segundo o autor, há uma série de características – tais como: preços mais baixos, oferta de produto ou modelo de negócio inovador e capacidade de rápida expansão de produção – que, embora possam ser comuns entre empresas *maverick*, não garantem a independência necessária para encorajar a competição vigorosa no mercado. O inovador disruptivo seria aquele que consegue introduzir um produto ou serviço com performance inferior ao ofertado por incumbentes a preços menores e, assim, atingindo um nicho específico do mercado – sendo esse o motivo pelo qual, a princípio, essas empresas detêm pouca participação de mercado. Nesse primeiro momento, a concorrência entre o inovador e a indústria tradicional é baixa. Eventualmente, porém, a empresa inovadora, adotando estratégias mais baratas e investindo no desenvolvimento do seu produto ou serviço, pode atingir também os consumidores dos incumbentes, incrementando a competição. Nesse sentido, nem toda empresa que compete de forma agressiva e sistematicamente reduz preços será considerada inovadora disruptiva (ou “*maverick*”)⁷.

Como se observa, ainda não há parâmetros claros para a caracterização de uma empresa com perfil disruptivo no contexto de análise de concentrações econômicas. Assim, as autoridades de defesa da concorrência se embutem da função de, ao avaliar casos concretos, esclarecer o conceito de empresa *maverick* e de delimitar sua aplicação em atos de concentração.

II. Evolução da Jurisprudência do CADE

Para uma melhor compreensão acerca do entendimento do Cade sobre a identificação e o papel de empresas *maverick* no controle de estruturas,

⁶ Em síntese, OWINGS identifica que “[t]he criteria for a disruptive innovator are: (1) the firm offers a product or service that is worse in some way than the traditional offerings, (2) the poor quality is accompanied by a lower price (or some other innovative benefit), and (3) the product or service only works well for a niche segment of consumers who substitute away from the traditional competitors” (OWINGS, 2013, p. 349).

⁷ Note-se que o conceito sugerido por OWINGS se aplica bem ao momento atual de inovação tecnológica – como será tratado mais adiante –, mas é, em verdade, mais restrito do que a noção de *maverick* apresentada pelos guias e literatura antitruste.

o presente estudo se propõe a revisitar a jurisprudência da autoridade concorrencial brasileira sobre o tema⁸⁻⁹.

De início, importante destacar o expressivo aumento do número de casos em que a hipótese de eliminação de *maverick* como decorrência da operação foi levantada no âmbito do Cade: enquanto na primeira década do período estudado (2001 a 2011) foram identificados apenas quatro casos julgados com essas características, a partir de 2011 já são ao menos 14 casos. Em que pese tratar-se apenas de um indicador quantitativo, passível de questionamentos, fica evidenciada a preocupação crescente do órgão concorrencial com a questão.

Verifica-se também que, ainda que de maneira menos frequente, o Cade já vinha analisando operações que envolviam empresas que poderiam em tese ser consideradas *mavericks* em seus respectivos mercados muito antes de a previsão ter sido incluída no Guia H de 2016.

O primeiro caso de que se tem notícia em que a hipótese de eliminação de um *maverick* teria sido discutida pelo Conselho foi a aquisição da Produtos Alimentícios Superbom Indústria e Comércio Ltda. (“Superbom”) pela Kellogg’s do Brasil & Cia. (“Kellogg’s”), julgado em março de 2001 (Ato de Concentração nº 174/97). Tinha-se, inicialmente, a Kellogg’s como monopolista do mercado de cereais matinais prontos para consumo. Após algumas alterações e ampliação da demanda, novos

⁸ Para esse levantamento, foi utilizada a seguinte metodologia: foram feitas pesquisas na plataforma de buscas pública do Sistema Eletrônico de Informações - SEI! do próprio Cade (http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0), utilizando-se como palavras-chave “*maverick*”, “disruptivo” e “disrupção”, incluindo as pesquisas por “Processos”, “Documentos Gerados” e “Documentos Externos” e optando-se pelo tipo do processo “Finalístico: Ato de Concentração Ordinário” e “Finalístico: Ato de Concentração Sumário”. Na sequência, cada um dos processos obtidos como resultado dessas buscas foi analisado no intuito de se filtrar aqueles que de fato trataram de operações de aquisição ou fusão de empresas que poderiam ser consideradas *mavericks* em seus mercados de atuação e que, conseqüentemente, poderiam levar à redução da competitividade nesses mercados pela eliminação de agente com perfil agressivo.

⁹ O **Apartado de Jurisprudência** contém quadro que sintetiza os precedentes do Cade que envolveram a análise de empresas *maverick* em atos de concentração e que foram analisados para a elaboração do presente artigo.

competidores entraram no mercado, dentre os quais a Superbom e a Nutrifoods Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., que adotaram estratégia de *down pricing* com relação à marca líder e, com isso, conquistaram parte significativa do crescimento da demanda e do mercado, num prazo razoavelmente curto. Mais tarde, viu-se ainda a entrada da Nestlé Brasil Ltda. (“Nestlé”), grande conglomerado do setor alimentício, que se valeu de marca já reconhecida em achocolatados, a Nescau, para adentrar o mercado de cereais sem grandes dificuldades. A entrada da Nestlé foi, então, acomodada pela Kellogg’s, configurando-se novo equilíbrio de mercado em duopólio, com a liderança da Kellogg’s seguida pela Nestlé, havendo forte correlação de preços.

Assim, a compra da Superbom pela Kellogg’s poderia ser vista como uma tentativa de eliminar um concorrente agressivo no mercado, que praticava preços bem menores e descontos maiores para distribuidores, ameaçando a rentabilidade e o *mark-up* da empresa líder. Para se chegar a essa conclusão, foi observado o comportamento dos preços após a aquisição e antes de sua aprovação pelo Cade: a Kellogg’s passou a praticar preços mais altos, elevando sua margem bruta de contribuição. Além disso, depois da operação, a Kellogg’s desativou linhas da concorrente adquirida, reduzindo o escopo de oferta dos produtos Superbom¹⁰.

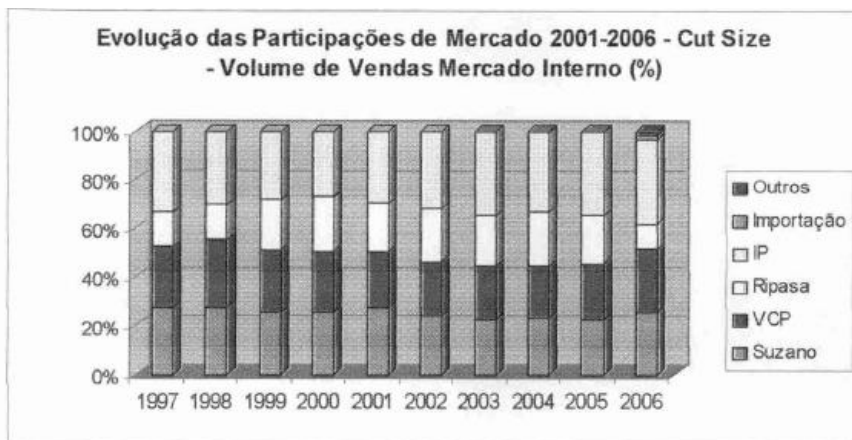
Importante observar que, até maio de 2012, o controle de concentrações seguia o modelo *a posteriori*, de modo que a notificação de uma operação ao Cade poderia ser realizada em até 15 dias úteis após a celebração do primeiro documento vinculante entre as partes, em conformidade com a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Durante o período de análise pelo órgão antitruste, a operação já havia sido implementada – daí porque havia uma maior facilidade de se verificar os efeitos da operação ao ambiente competitivo, o que auxiliava na identificação de *mavericks* ao se observar, por exemplo, mudanças nas estratégias competitivas da empresa adquirida e o reflexo disso na dinâmica concorrencial do mercado. Em 2012,

¹⁰ Nesse caso, apesar de a maioria dos votos ter sido contrária à aprovação da operação nos termos propostos, o ato de concentração acabou sendo aprovado sem restrições, já que três votos não foram computados em razão do término dos mandatos dos conselheiros. De acordo com os votos que foram desconsiderados e com o voto vencido do Conselheiro Relator Celso Campilongo, a operação não poderia ser mantida, pois, por meio dela, seria eliminado justamente o agente disciplinador do mercado, fundamental à manutenção da livre concorrência no segmento de cereais matinais.

porém, entrou em vigor a LDC, que reestruturou por completo o sistema de controle de concentrações brasileiro, instituindo o regime de notificação prévia de atos de concentração.

Outro caso relevante desse período pré-LDC tratou da análise de duas operações realizadas no segmento de papel e celulose em 2004, que resultaram na aquisição da Ripasa S/A Celulose e Papel (“Ripasa”) pela Votorantim Celulose e Papel S/A (“Votorantim Celulose”) e pela Suzano Bahia Sul Papel e Celulose S.A. (“Suzano”) (Atos de Concentração nº 08012.010192/2004-77 e nº 08012.010195/2004-19). Nesse caso, a conclusão do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz levou em conta a evolução das participações de mercado das empresas.

Gráfico 1 – Evolução do *market share* das empresas no mercado de *Cut Size* (1997-2006)



Fonte: voto do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz (p. 82), a partir de dados da Associação Brasileira de Celulose e Papel – Bracelpa.

Com base nos gráficos, observou-se que a Ripasa vinha, antes da operação, ganhando expressiva participação no mercado de papel de imprimir e escrever não-revestido no formato *cut size* (PIECS)¹¹, tendo saído de 14,4% em 1998 para 22,2% em 2004. No cenário pós-operação, no entanto, sua

¹¹ O mercado relevante foi definido de forma que papéis não-revestidos foram segmentados de acordo com o seu formato entre bobinas e *cut size*, devido às diferenças entre a constituição de uma rede de distribuição para a oferta de um ou outro tipo de papel.

participação decaiu substancialmente. Logo, a Ripasa exercia relevante papel de contestabilidade em relação às demais empresas do mercado. A presença de ainda outras características do segmento que favoreciam a coordenação – tais como: produto homogêneo, barreiras à entrada, poucos produtores organizados em associação e com curvas de custos semelhantes etc. – foi a principal preocupação que levou à imposição de restrições à operação, não apenas comportamentais, mas também estruturais¹².

Não obstante, mesmo sob a égide da lei anterior, houve casos em que a conclusão sobre a característica de *maverick* das empresas não envolveu a interpretação de dados empíricos, valendo-se de mera argumentação retórica.

Em 2011, o Cade teve a oportunidade de apreciar a compra da Webjet Linhas Aéreas S.A. (“Webjet”) pela VRG Linhas Aéreas S/A (“Gol”) (Ato de Concentração nº 08012.008378/2011-95), sendo analisada a hipótese de a empresa adquirida caracterizar-se como *maverick*. O voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz reconheceu que, no setor de aviação civil, o perfil de uma empresa *maverick* está associado à entrada de firmas *low-cost/low-fare*, empresas que praticam tarifas mais baixas e ofertam serviços de bordo básicos, têm frotas padronizadas e atuam em aeroportos regionais com baixo custo de operação. Mesmo assim, o Conselheiro entendeu que a Webjet não poderia ser caracterizada como *maverick*. Em primeiro lugar porque, no Brasil, dada a estrutura econômica concentrada nas regiões metropolitanas e a infraestrutura aeroportuária precária, não prosperou a estratégia de utilização de aeroportos regionais. Segundo, porque entendeu-se que a empresa não apresentou um novo modelo de negócios, diferindo pouco da estrutura de aviões de médio e grande porte e da utilização de grandes *hubs* nacionais¹³. As diferenças estariam no serviço de bordo mediante pagamento, na inexistência de um programa de milhagem e na alteração do público alvo, voltado essencialmente a turistas. Embora não tenha negado que as tarifas mais baixas ofertadas pela Webjet tenham

¹² Nos termos do Termo de Compromisso de Desempenho - TCD celebrado, além de obrigações de não exclusividade, de regime especial de acesso e de metas de produção assumidas pela Suzano e pela Votorantim Celulose, a Suzano se comprometeu a alienar a marca Ripax a um terceiro comprador que não detenha 20% ou mais de participação no mercado de PIECS.

¹³ *Hubs* são aeroportos utilizados como ponto de conexão para transferir os passageiros para o destino pretendido. Por isso, são aeroportos chave para as companhias aéreas.

exercido pressão competitiva, tendo a empresa aumentado sua participação nas rotas que operava, Ruiz concluiu que a agressividade em preços sem uma respectiva inovação no modelo comprometia a capacidade de expansão da Webjet, que possuía limitada acumulação interna de recursos e equipamentos obsoletos, o que restringia sua capacidade de ser uma rival efetiva.

Portanto, a Webjet não foi considerada uma empresa *maverick* por prestar serviço de qualidade inferior, mais barato e visando um público alvo específico – o que caracterizaria justamente a inovação disruptiva, no teste proposto por OWINGS (2013). Nota-se, assim, que tal precedente careceu de parâmetros objetivos sobre o papel desempenhado pela companhia adquirida no mercado de transporte aéreo brasileiro, possível consequência da ainda obscura definição do conceito de *maverick*.

Posteriormente à entrada em vigor da LDC, a principal medida para a conclusão sobre o papel de *maverick* exercido pelas empresas foi a taxa de crescimento observada nos anos anteriores à operação – como se viu na análise da operação de locação de unidades de abate e desossa da Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. pela JBS S.A. (Ato de Concentração nº 08700.010688/2013-83)¹⁴ e na compra da GVT Participações S.A. pela Telefônica Brasil S.A. (Ato de Concentração nº 08700.009732/2014-93)¹⁵.

¹⁴ Nesse caso, a Superintendência Geral do Cade, no que foi acompanhada pelo voto do Conselheiro Relator, Márcio de Oliveira Júnior, caracterizou a Rodopa como “verdadeiro *maverick* do setor”, tanto pelas características que permitiam credenciá-la como um frigorífico diferenciado – a saber: escala considerável, mais de quatro plantas dispersas em mais de dois estados, capacidade de realizar desossa, diferenciação de marca não desprezível, diferenciação funcional, integração vertical (atividade de curtume do couro e produção do sebo, utilizado como insumo para a produção de produtos de higiene e limpeza), grande capacidade de exportar, acesso a grandes redes varejistas e capacidade de apropriação de *market share* – tanto pela análise comparativa do aumento do *share* e da própria empresa em 2009: a Rodopa quase que dobrou o tamanho de seu abate, enquanto os demais agentes já estabelecidos no mercado como grandes *players* apresentaram queda ou estabilidade. Assim, a operação eliminaria o poder de contestabilidade da Rodopa. A operação foi, então, aprovada mediante condições previstas em Acordo em Ato de Concentração - ACC.

¹⁵ A GVT, embora detivesse participação de mercado pouco expressiva na Região III do PGO (Plano Geral de Outorgas, divisões geográficas definidas pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e disponibilizadas às operadoras por meio de outorga), apresentou rápido e sólido crescimento nesse mercado, passando de 0,6% em dezembro de 2010, para 3% ao final de 2014. Além disso, a GVT tinha capacidade de investimento em rede, tendo instalado plantas com alta tecnologia e velocidade competitiva, em contraponto à rede de baixa modernização detida pela Telefônica. Ao

Em agosto de 2017, no julgamento do ato de concentração entre Ipiranga Produtos de Petróleo S/A (“Ipiranga”) e Alesat Combustíveis S/A (“Alesat”) (Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49), houve divergência no Tribunal do Cade quanto à existência ou não de uma *maverick*. A discussão, no entanto, teve pouca fundamentação em dados coletados empiricamente. Se, por um lado, o Conselheiro Relator João Paulo de Resende entendeu que a Alesat, por ser a principal distribuidora regional de combustíveis, cumpriria a função de *maverick*, a Conselheira Cristiane Alkmin posicionou-se no sentido de que não haveria nos autos elementos que pudessem justificar a classificação da Alesat como tal.

Distribuidoras regionais são aquelas presentes em alguns estados do Brasil e que possuem alguma infraestrutura própria, em oposição às distribuidoras nacionais, presentes em grande parte do país, com infraestrutura própria e marca de destaque no segmento de revenda (Petrobras, Ipiranga e Raízen). Segundo João Paulo, cada uma das distribuidoras regionais teria o papel de precificação mais agressiva, não comprometida com a cooperação, devido à estratégia de atendimento a postos de bandeira branca – que, por não estarem atrelados a uma marca que passe confiança ao consumidor, competem no preço, exercendo pressão competitiva no mercado de revenda de combustível.

Já a Conselheira Cristiane Alkmin defendeu que, para ser considerada uma *maverick*, a Alesat deveria apresentar “alguma tecnologia diferenciada no modo de fazer o seu negócio (seja pelo lado dos custos, seja pelo lado da receita) com relação aos rivais neste mercado”, o que não se verificou. Portanto, a empresa operaria da mesma forma como todas as demais distribuidoras, não havendo preocupação quanto à sua saída do mercado, sob o aspecto de seu poder de contestabilidade¹⁶.

De todo modo, independentemente da possibilidade de exclusão de um *maverick* decorrente da operação, o Tribunal concluiu que a aquisição pretendida resultaria na probabilidade de exercício de poder de mercado não

final, também nesse caso a operação foi autorizada pelo Conselho condicionada à celebração de acordo por meio do qual a Telefônica se comprometeu, dentre outras obrigações, a manter os níveis de qualidade dos serviços da GVT.

¹⁶ Aliás, a Conselheira entende que sequer as distribuidoras regionais poderiam ser consideradas *mavericks* do setor, haja vista que, embora tenham aumentado sua participação em 5% do mercado nacional em dois anos, o poder das três grandes distribuidoras do país aumentou.

compensada por eficiências em ao menos doze estados. Ao final, a operação foi reprovada.

Também no caso envolvendo a aquisição da Liquegás Distribuidora S.A. (“Liquegás”) pela Companhia Ultragaz S.A. (Ato de Concentração nº 08700.002155/2017-51), Conselheiros divergiram quanto à hipótese de se considerar a Liquegás como *maverick* no mercado de gás liquefeito de petróleo (GLP) envasado. Enquanto a Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova e o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia defenderam que a operação não representaria a eliminação de um concorrente com potencial de estimular a competição e inibir comportamentos colusivos (havendo, em verdade, outra empresa com estratégia de precificação agressiva no mercado¹⁷), João Paulo de Resende pontuou que empresas estatais – como é o caso da Liquegás, subsidiária da Petrobras – tendem a desempenhar um papel de *maverick* já que, por não operarem necessariamente com uma racionalidade de maximização de lucros, poderiam ajudar a conter movimentos coordenados.

III. *Mavericks* na economia digital: o caso Itaú/XP

De todos os precedentes analisados, apenas um abordou a questão da disrupção no contexto de economia digital. Tratou-se da operação de compra de participação acionária minoritária na XP Investimentos S.A. (“XP”) pelo Itaú Unibanco S.A. (“Itaú”) (Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16), em que se discutiu a capacidade disruptiva da XP nos mercados de corretagem de valores e de distribuição de produtos de investimento para pessoas físicas.

A XP foi pioneira no chamado modelo de “supermercado de investimentos”, plataforma aberta em que o investidor tem acesso a produtos de diversos fornecedores, não se limitando aos ativos financeiros ofertados pelos bancos a seus próprios clientes. Com isso, tem-se observado um movimento de deslocamento dos recursos aplicados nas instituições financeiras para contas em plataformas *online* como a XP e suas concorrentes.

A Superintendência Geral do Cade (“SG”), em Nota Técnica que analisou a operação¹⁸, declarou que “*não há dúvidas de que a XP possui os*

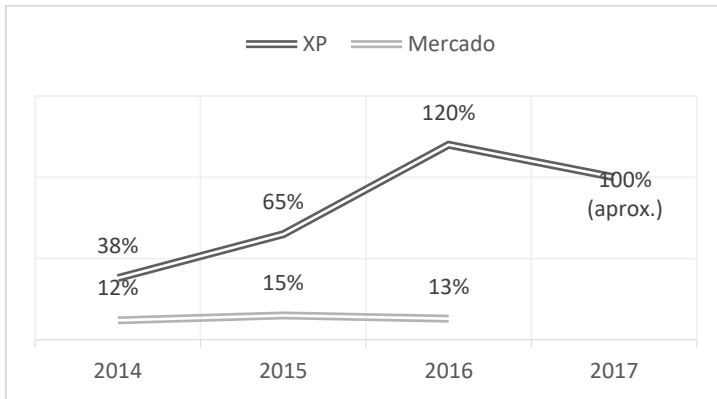
¹⁷ A informação sobre qual seria essa empresa foi mantida confidencial nos votos dos Conselheiros do Cade.

¹⁸ Parecer Técnico nº 24/2017/CGAA2/SGA1/SG (e anexo), emitido em 27 de dezembro de 2017.

elementos que caracterizam um maverick”. Dentre os motivos pelos quais se chegou a esta conclusão estão: a percepção do mercado, baseada em notícias que evidenciam o papel disruptivo desempenhado pela XP; seu papel de *first mover* e protagonista no movimento de desbancarização de investimentos; sua taxa de crescimento elevada, muito superior ao mercado como um todo; e, ainda, o menor valor cobrado como taxa de administração, a maior rentabilidade de seus produtos e os requisitos de entrada, promovendo um maior acesso dos consumidores a essas alternativas de investimento.

Ao se observar a evolução da participação de mercado da XP, tem-se que, entre 2012 e 2017, o *market share* da empresa foi de 1,61% para 17,67% no mercado de corretagem de valores e de 0,6% para 2,7% no mercado de distribuição de produtos de investimento. As taxas de crescimento anuais da XP nesse mesmo período são ainda mais surpreendentes:

Gráfico 2 – Taxa de crescimento XP vs. mercado (2014-2017)



Fonte: elaboração própria a partir dos dados constantes da Nota Técnica da SG.

Além desses fatores, a SG ainda analisou o fenômeno da desbancarização, iniciado pela XP, em função dos benefícios percebidos pelo consumidor. Para tanto, foram analisados os custos dos serviços, o sortimento e a rentabilidade do portfólio de fundos de investimento da XP em comparação aos principais bancos do país. A plataforma mostrou-se como a empresa mais atrativa na oferta de fundos de renda fixa e a segunda em fundos multimercado. Ademais, os bancos normalmente exigem critérios mínimos de renda e de montante de aplicação para que o cliente tenha acesso a seus produtos, segmentando-os em diferentes perfis. Na XP, o acesso aos produtos

financeiros é mais democrático: na maioria dos fundos, não há requisito de aplicação mínima, bastando que o cliente se cadastre na plataforma¹⁹.

Por tais motivos (e considerando ainda outros elementos caracterizadores do mercado²⁰), a SG concluiu que a operação, que resulta na aquisição de um *player* disruptivo por um incumbente, gera preocupações concorrenciais no sentido de que o Itaú poderia ter como estratégia a neutralização de concorrente que vem conquistando boa parte do mercado – o que levaria ao arrefecimento do nível competitivo em geral, trazendo efeitos nefastos para o bem-estar econômico.

No Tribunal do Cade, foram pontos pacíficos que a XP é uma *maverick* e que sua compra pelo principal banco do país é questão concorrenciaismente sensível. No entanto, foram travadas discussões no sentido de se entender se as obrigações negociadas em Acordo em Controle de Concentração (“ACC”), bem como o próprio desenho da operação – já que, nesse momento, o Itaú adquiriria apenas 49,9% do capital social e 30% do capital votante da XP – seriam ou não suficientes para endereçar adequadamente os problemas concorrenciais identificados. Por fim, por acreditarem que a eliminação da independência da XP configuraria um retrocesso em relação a um mercado rico, inovador e eficiente, os Conselheiros Cristiane Alkmin e João Paulo Resende votaram pela reprovação do ato de concentração. Os demais conselheiros decidiram pela autorização da operação submetida à celebração do ACC, sendo essa a decisão final do Cade, por maioria.

IV. Conclusões

Em especial em ambientes disruptivos, olhar apenas para a “fotografia” do mercado revelaria muito pouco sobre o comportamento dos agentes econômicos e, conseqüentemente, sobre a garantia do bem-estar do consumidor. Assim, a análise de operações econômicas sob a perspectiva da existência (e potencial eliminação) de uma empresa *maverick* permite aproximar a avaliação concorrenciais do dinamismo próprio desses mercados,

¹⁹ O maior valor exigido como aplicação mínima nos fundos ofertados pela XP é de R\$ 50 mil, sendo que nos bancos, esse montante pode chegar a até R\$ 1 milhão.

²⁰ Conforme descrito na Nota Técnica, (i) mercado de dois lados, (ii) existência de barreiras à entrada significativas, algumas delas já impostas pela própria XP, se valendo de sua posição dominante.

garantindo-se que as transformações não fiquem isentas ao *enforcement* antitruste – o que ocorreria caso a análise fosse baseada exclusivamente em critérios estáticos de concentração de mercado.

Ainda há, é claro, grandes limitações para a adoção dessa abordagem. Como visto na Seção II, ponto central ao se analisar uma operação sob a perspectiva da eliminação de um *maverick* é, justamente, a dificuldade de identificação de empresas com essas características. As decisões recentes do Cade também revelam a ausência de uma “*definição concreta e consensual do que seria um maverick*”²¹. Por não haver clareza nos parâmetros a serem adotados, a utilização de métodos de análise desse tipo embute considerável nível de insegurança jurídica, em contraposição à análise clássica da Escola de Chicago que levou previsibilidade para as decisões das autoridades de defesa da concorrência. Não por acaso, mesmo nos casos em que se identificou claramente que a operação resultaria na saída de um *maverick* do mercado, o argumento não foi suficiente para justificar a reprovação do ato.

Além disso, a dificuldade de acesso a informações de mercado que subsidiem a caracterização do agente como *maverick* seria também um problema prático a ser enfrentado, principalmente no sistema de análise prévia de atos de concentração. Embora modelos diferentes tenham sido propostos por estudiosos da área, sua aplicação sempre dependerá do volume de informações disponíveis a respeito do mercado e das partes envolvidas na operação, em especial do potencial *maverick*. Poder-se-ia, por exemplo, observar o faturamento de clientes, conforme sugerido por SCHEFMAN e COLEMAN (2003), ou estimar o nível de qualidade dos produtos e identificar o perfil dos consumidores que desviaram sua demanda, como propõe OWINGS (2013). O acesso a dados que representem boas *proxies* para essas variáveis, no entanto, não é tarefa trivial.

Mas, como visto ao longo deste artigo, a jurisprudência recente parece estar evoluindo no sentido de buscar enfrentar essas questões, afastando-se de uma argumentação meramente retórica e promovendo uma análise baseada no maior número de elementos possível para subsidiar a constatação da existência de um *maverick*, como foi o caso Itaú/XP, único que tratou de um mercado digital. Não apenas se analisou a taxa de crescimento, como também os preços praticados pela XP e pelos demais *players* no mercado, benefícios outros atribuídos ao serviço prestado pela plataforma e

²¹ Cf. voto do Conselheiro Relator João Paulo Resende no Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49 (Ipiranga/Alesat).

ainda a percepção do mercado em geral quanto a seu comportamento disruptivo.

Espera-se, assim, que num futuro próximo, impulsionadas pela inovação tecnológica constante da era digital, marcada pela disrupção dos mercados tradicionais, as autoridades antitruste possam desenvolver parâmetros mais claros de análise de operações que envolvam potencial exclusão de uma empresa *maverick*, para que uma análise cada vez mais dinâmica, necessária, possa ser incorporada sem que haja perda significativa de previsibilidade e que seja preservada a segurança jurídica de suas decisões.

Bibliografia

ACCC – AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. *Merger Guidelines*, 2008. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/system/files/Merger%20guidelines.pdf>. Acesso em: 08/08/2018.

BAKER, Jonathan B. *Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws*. New York University Law Review. Vol. 77:135. Abril, 2002.

CADE – 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: 14/09/2018.

DoJ – U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. FTC – FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*, 2010. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>. Acesso em: 20/07/2018.

_____. *Horizontal Merger Guidelines*, 1992. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/hmg.pdf>. Acesso em: 02/08/2018.

CANDIL, Ana Paula. *Use of traditional methods to investigate new markets doesn't work, CADE president says*. Mlex, São Paulo, 18 de julho de 2018. Disponível em

<http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1007354&siteid=193&rdir=1>, acessado em 18/07/2018.

ENGEL, Christoph. OCKENFELS, Axel. *Maverick – Making Sense of a Conjecture of Antitrust Policy in the Lab*, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn 2013/14. Agosto, 2013, edição revista em Janeiro, 2014.

EUROPEAN COMMISSION. *Draft Commission Notice - Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, 2005. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft_nonhorizontal_mergers.pdf. Acesso em: 10/08/2018.

_____. *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, 2004. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=EN). Acesso em: 10/08/2018.

_____. *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, 2008. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=EN). Acesso em: 18/09/2018.

GINSBURG, Douglas.; WRIGHT, Joshua. *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*. *Antitrust Law Journal*, 78:1, 2011.

KATZ, Michael. SHELANSKY, Howard. *Shumpeterian Competition and Antitrust Policy in High Tech Markets Competition*, Vol. 14, p. 47, 2005.

LANG, Courtney D. *The Maverick Theory: Creating Turbulence For Mergers*. *Saint Louis University Law Journal*. Vol. 59:257. 2014.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Disruptive Innovation and Competition Policy Enforcement – Background Note*, 2015. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)7&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)7&docLanguage=En). Acesso em: 02/08/2018.

OWINGS, Taylor M. *Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor*. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 66:1:323, 2013.

SCHEFFMAN, David T. COLEMAN, Mary. *Quantitative Analyses of Potential Competitive Effects from a Merger*. Junho, 2003.

SIDAK, Gregory. TEECE, David. *Dynamic Competition in Antitrust Law*. Journal of Competition Law & Economics, 5(4), 581–631.

Ano	Caso	Descrição da operação	Resultado do AC
2001	Ato de Concentração nº 174/97	Aquisição da Superbom pela Kellogg's.	Aprovação sem restrições.
2004	Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89	Aquisição da totalidade do capital social da Garoto pela Nestlé.	Determinação de desconstituição da operação.
2007	Ato de Concentração nº 08012.010192/2004-77 (Votoratim Celulose/Ripasa) Ato de Concentração nº 08012.010195/2004-19 (Suzano/Ripasa)	Aquisição, pela Suzano, de metade das ações ordinárias e preferenciais, direta ou indiretamente, detidas pelas famílias controladoras da Ripasa; e da aquisição, pela Votorantim Celulose, dos 50% remanescentes do capital social da Ripasa.	Aprovação condicionada a celebração de Termo de Compromisso de Desempenho (“TCD”).
2010	Ato de Concentração nº 08012.003189/2009-10	Aquisição de 100% do capital social da Medley pela Sanofi-Aventis.	Aprovação condicionada a celebração de TCD.
2012	Ato de Concentração nº 08012.008378/2011-95	Aquisição da Webjet pela Gol.	Aprovação condicionada a celebração de TCD.
2013	Ato de Concentração nº 08700.004155/2012-81	Fusão da Azul com a Trip.	Aprovação condicionada a celebração de TCD.

Ano	Caso	Descrição da operação	Resultado do AC
2013	Ato de Concentração nº 08012.002689/2011-41	Fusão entre a KPMG e a BDO Auditores Independentes e BDO Consultores Ltda.	Aprovação condicionada a celebração de TCD.
2014	Ato de Concentração nº 08700.010688/2013-83	Locação, pela JBS, de três unidades de abate e desossa de propriedade da Rodopa.	Aprovação condicionada a celebração de Acordo em Controle de Concentração (“ACC”).
2015	Ato de Concentração nº 08700.009732/2014-93	Aquisição, pela Telefônica Brasil, da totalidade das ações de emissão da GVT.	Aprovação condicionada a celebração de ACC.
2017	Ato de Concentração nº 08700.000723/2016-07	Aquisição da Precision Planting pela John Deere.	Desistência da operação pelas empresas requerentes.
2017	Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56	Aquisição do controle da Estácio pela Kroton.	Reprovação da operação.
2017	Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49	Aquisição, pela Ipiranga, da totalidade do capital social da Alesat.	Reprovação da operação.
2017	Ato de Concentração nº 08700.001642/2017-05	Aquisição, pelo Itaú Unibanco, dos negócios de varejo para pessoas físicas e pessoas jurídicas de pequeno porte do Citibank.	Aprovação condicionada a celebração de ACC.
2018	Ato de Concentração nº 08700.002165/2017-97	Aquisição, pela ArcelorMittal da totalidade do capital social da Votorantim Siderurgia.	Aprovação condicionada a celebração de ACC.
2018	Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16	Aquisição, pelo Itaú Unibanco, mediante aporte de capital, de participação no capital	Aprovação condicionada a celebração de ACC.

Ano	Caso	Descrição da operação	Resultado do AC
		social da XP Investimento.	
2018	Ato de Concentração nº 08700.002155/2017-51	Aquisição, pela Ultragas, da totalidade de ações representativas do capital social da Liquegás.	Reprovação da operação.
2018	Ato de Concentração nº 08700.000166/2018-88	Aquisição, pela Brink's, da totalidade das ações da Rodoban.	Aprovação sem restrições.
2018	Ato de Concentração nº 08700.004901/2018-22	Aquisição, pela Fras-Le, da integralidade do capital acionário da Jofund.	Aprovação sem restrições.

Fonte: elaboração própria. Pesquisa atualizada em 18/09/2018.

A APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PENAL EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS PARA APURAÇÃO DE CARTEL PELO CADE

José Alexandre Buaiz Neto
José Rubens Battazza Iasbech
Giovana Vieira Porto

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar, de forma empírica, como o CADE vem aplicando o prazo da prescrição da pretensão punitiva penal à potencial conduta de cartel apurada em sede de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica perante a Autarquia, bem como as recentes discussões no CADE, a partir, em particular, do voto divergente do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia proferido no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50.

Palavras-chave: Prescrição; Crime; Infrações à ordem econômica; Cartel; Processos Administrativos; CADE

Abstract: The purpose of this study is to analyze, empirically, how CADE has been applying the term of the criminal statute of limitations to potential cartel behavior investigated in administrative proceedings for the imposition of sanctions due to violations of the economic order before the Agency, as well as the recent discussion at CADE based on the dissenting opinion rendered by Commissioner Mauricio Oscar Bandeira Maia in the judgment of Administrative Proceeding No. 08012.004674/2006-50.

Key words: Statute of Limitations; Crime; Violations of the economic order; Cartel; Administrative Proceedings; CADE

1. Introdução

Recentemente, durante a 126ª Sessão Ordinária de Julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), realizada em 4 de julho de 2018, o Tribunal Administrativo do CADE teve oportunidade de se manifestar acerca da aplicação do prazo da prescrição da pretensão punitiva

penal (“prescrição penal”) ao ato ilícito de cartel, no âmbito do Processo Administrativo nº **08012.004674/2006-50**¹.

Em síntese, tal Processo Administrativo foi instaurado no ano de 2014 para apuração da ocorrência de suposto cartel no mercado de embalagens flexíveis durante os anos de 2001 a 2006. De acordo com o voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende, o Processo Administrativo também apuraria a influência de conduta comercial uniforme entre concorrentes por parte da Associação Brasileira de Embalagens Flexíveis (ABIEF) e a Associação dos Fabricantes de Embalagens Laminadas (ABRAFLEX).

Ainda, de acordo com o voto do Conselheiro Relator, os representados no Processo Administrativo em questão teriam alegado a ocorrência de prescrição quinquenal, tendo o Conselheiro Relator decidido por não acolher tal prejudicial de mérito, considerando, em síntese, que (i) seria entendimento uníssono do Tribunal do CADE que, para a infração de cartel, o prazo prescricional é de doze anos, uma vez que tal prática seria definida como crime pela Lei nº 8.137/1990; (ii) independentemente de ter havido ou não ação penal. Em relação a tal Processo Administrativo especificamente, teria havido ação penal contra diversos indivíduos.

O Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, no entanto, teve posicionamento diverso, proferindo voto escrito sobre o assunto pioneiramente no ano de 2018. Para o Conselheiro, o prazo prescricional a ser adotado, no caso concreto, seria o previsto na Lei nº 9.873/1999, de cinco anos; que teria revogado expressamente o artigo 28 da Lei nº 8.884/1994, vigente à época dos fatos. O Conselheiro destacou, ainda, que a prática de cartel é tipificada como ato ilícito no artigo 35, inciso I, da Lei nº 12.529/2011, e como crime no artigo 4º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990.

A questão, segundo o Conselheiro, giraria em torno da interpretação do artigo 1º, §2º, da Lei nº 9.873/1999, que prevê a aplicação da prescrição penal “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime”. Assim, muitos entenderiam que os fatos apurados pelo CADE em condutas colusivas, cartéis, possivelmente se amoldariam à figura do crime previsto no artigo 4º da Lei nº 8.137/1990, e se o prazo prescricional seria de cinco ou de doze anos, considerando que o ilícito administrativo também configuraria crime.

¹ CADE, Processo Administrativo nº **08012.004674/2006-50**, **Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 4 de julho de 2018.**

Diante disso, o Conselheiro Bandeira Maia passou a analisar se a Administração Pública possui competência para apurar quando determinado fato é crime, concluindo que a Administração Pública não possui “competência para tipificar fatos como crimes em concreto, não se vislumbrando razões para que o possa fazer em abstrato” e, portanto, não:

“detém competência para aplicar prazos prescricionais estabelecidos na lei penal de forma discricionária, mediante um enquadramento/tipificação das condutas analisadas como crimes em abstrato feito segundo seu próprio juízo”.

O Conselheiro entendeu, portanto, que para que o CADE aplique o prazo prescricional penal, seria necessário, no mínimo “um início mínimo de apuração criminal, o qual pode ser reconhecido como sendo a denúncia oferecida pelo Ministério Público”. Nesse sentido, destaca-se que, no âmbito do Processo Administrativo nº **08700.004627/2015-49**², **instaurado para apurar suposto cartel no mercado de rolos cerâmicos refratários, o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia entendeu, em seu voto proferido em 22 de novembro de 2017, que o prazo prescricional penal seria aplicável a uma das pessoas físicas representadas em razão de apresentação de denúncia pelo Ministério Público Federal na Ação Penal nº 0012178-18.2015.403.6181.**

Além disso, o Conselheiro também destacou, pelo menos, os seguintes outros entendimentos, no sentido de que:

- “• A prescrição penal somente deve ser utilizada pelo CADE no caso de haver ao menos denúncia criminal oferecida pelo órgão acusador;
- Caso seja satisfeita a condição anterior (existência de denúncia), o prazo prescricional penal somente deve atingir àqueles abrangidos pela denúncia, jamais se aplicando às pessoas jurídicas quando o crime em tese sequer lhes puder ser imputado;
- Ao se adotar o prazo prescricional penal, este deve ser utilizado com base na pena cominada em abstrato enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para a acusação; caso a decisão da Administração Pública venha a ser

² CADE, Processo Administrativo nº **08700.004627/2015-49**, **Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, julgado em 22 de novembro de 2017.**

proferida após esse trânsito em julgado, o prazo prescricional deve se reger pela pena aplicada em concreto;

- A extinção da punibilidade antes de proferida a decisão administrativa impossibilita a utilização da prescrição penal.”

O Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia foi voto vencido acerca do tema. Apesar disso e considerando a recente discussão sobre o tema pelo Tribunal do CADE, este trabalho busca analisar, de forma quantitativa, a análise conduzida pelo CADE em processos anteriores em que o assunto tenha sido suscitado, bem como identificar quais argumentos têm sido utilizados pelo CADE para a aplicação ou não da prescrição da pretensão punitiva penal, especificamente os relacionados (i) à desnecessidade de apuração criminal para a aplicação da prescrição penal; e (ii) à aplicabilidade de tal prescrição para pessoas jurídicas em caso de eventual prática de cartel.

2. Metodologia

Considerando a análise também quantitativa proposta neste trabalho, destaca-se a metodologia utilizada na identificação dos julgados do CADE, nos quais o Tribunal teve a oportunidade de se manifestar acerca da aplicação da prescrição penal em processos administrativos nos quais se apurava a prática de cartel. Para tanto, procedeu-se a pesquisa no Portal SEI do CADE³, da expressão “prescrição E penal” no campo “Pesquisa Livre”, incluindo “Voto” como “Tipo do Documento”, além da marcação dos campos “Processos”, “Documentos Gerados” e “Documentos Externos”.

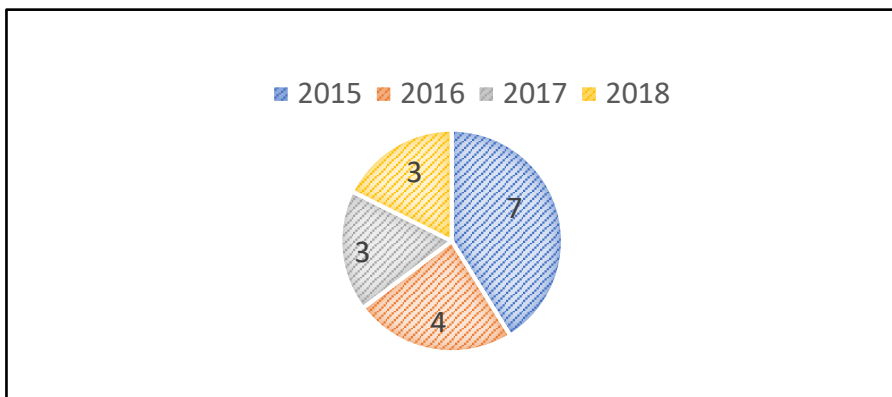
Como resultado, foram gerados documentos datados a partir do ano de 2015 e disponíveis no Portal SEI do CADE até a data em que foi finalizado este estudo, 19 de setembro de 2018. A partir dos dados gerados, foram analisados quais votos, de fato, faziam pelo menos uma menção à aplicabilidade ou não da prescrição da pretensão punitiva penal durante o julgamento do respectivo processo administrativo. Não foram catalogados os processos administrativos nos quais o voto gerado pela pesquisa tratava apenas de votos analisando eventuais embargos de declaração e,

³ Vide https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisa_r.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.

simultaneamente, o voto do julgamento do próprio processo administrativo estava incluído no documento categorizado como “Volume de Processo” no andamento processual⁴.

Após a análise dos documentos gerados, foram catalogados dezessete processos administrativos nos quais o CADE se pronunciou acerca do tema da aplicabilidade da prescrição da pretensão punitiva penal em processos administrativos, conforme indicado no gráfico abaixo. Nota-se pelo Gráfico 1 abaixo que sete dos processos administrativos analisados foram julgados pelo Tribunal do CADE no ano de 2015.

Gráfico 1 – Quantidade de processos administrativos analisados



3. Teses adotadas pelo Cade

De modo a melhor entender o posicionamento que o CADE vem adotando ao longo do tempo, é necessário, inicialmente, trazer à baila os dispositivos legais em questão. A antiga Lei do CADE, Lei n° 8.884/1994, estabelecia em seu artigo 28 as normas aplicáveis à prescrição da pretensão punitiva relativa às infrações à ordem econômica. Em 23 de novembro de 1999, por sua vez, foi editada a Lei n° 9.873/1999, que “estabelece prazo de

⁴ Nesse sentido, foram os Processos Administrativos n°s 08012.007149/2009-39 e 08012.001020/2003-21.

prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá providências”.

Tal Lei revogou o artigo 28 da antiga Lei do CADE e passou a dispor, em seu artigo 1º, §2º que o prazo prescricional penal será aplicável quando o fato objeto da ação punitiva da Administração Pública também constituir crime, disposição até então inexistente na antiga Lei do CADE. Já a novel Lei nº 12.529/2011, “nova Lei do CADE”, prevê em seu artigo 46 o prazo prescricional quinquenal para as ações punitivas da administração pública federal. O §4º do mesmo artigo, no entanto, estabelece que o prazo prescricional será o previsto na lei penal “quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime.”

Considerando que o ato ilícito administrativo de cartel, previsto no artigo 20 da antiga Lei do CADE, também constitui crime previsto no artigo 4º da Lei nº 8.137/1990, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa, o CADE passou a analisar se o prazo prescricional da pretensão punitiva penal seria aplicável aos processos administrativos perante o CADE em casos de cartel, na medida em que tal infração econômica constitua crime.

3.1. Desnecessidade de averiguação criminal prévia

Uma das questões comumente enfrentadas na análise do CADE é a necessidade ou não de averiguação criminal prévia sobre o mesmo fato objeto apurado pelo CADE no âmbito do respectivo Processo Administrativo. Assim, seguem abaixo os entendimentos majoritários do CADE, ou seja, dos votos vencedores nos respectivos processos administrativos acerca do tema. Destaca-se que não foram incluídos os posicionamentos no âmbito de eventuais embargos de declaração relacionados.

Dentre os processos administrativos analisados, a primeira manifestação sobre o tema ocorreu no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18⁵, julgado em 25 de fevereiro de 2015, na 59ª Sessão Ordinária de Julgamento, de Relatoria do então Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. O então Conselheiro discordou da tese de alguns representados acerca da necessidade de investigação criminal sobre o mesmo objeto para que houvesse a extensão do prazo quinquenal para o prazo prescricional de doze anos. No âmbito de tal Processo Administrativo, o CADE entendeu que a “lei trata do ‘fato’ em abstrato”, e, portanto, se o ilícito

⁵ CADE, Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25 de fevereiro de 2015.

em abstrato for o mesmo em ambas as esferas, penal e administrativa, o prazo prescricional penal deveria ser aplicado.

Para Márcio de Oliveira Júnior, ainda, eventual vinculação de tais prazos prescricionais “à existência de investigação criminal em curso” teria o condão de (i) “inviabilizar as apurações concorrenciais”; e (ii) “retirar crédito da expertise até então reunida pelo CADE na repressão a condutas anticompetitivas”. No caso concreto, o prazo de doze anos para a contagem de prescrição foi aplicado aos representados⁶ pela participação em suposto cartel no mercado de mangueiras marítimas.

O mesmo entendimento foi aplicado, no ano de 2015, pelo então Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, pelo menos, no âmbito do Processo Administrativo nº **08012.004430/2002-43**⁷, **instaurado para apurar suposto cartel no mercado de mineração de areia no Noroeste do Paraná e do Processo Administrativo nº 08012.008847/2006-17**⁸, instaurado para apurar suposto cartel no mercado de revenda de combustíveis em Vitória, no Estado do Espírito Santo.

No Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68⁹, instaurado para apurar eventual cartel no mercado de peróxido de hidrogênio, o mesmo entendimento também foi mantido pelo então Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Adicionalmente, no caso concreto, Márcio de Oliveira Júnior destacou que uma das pessoas físicas representadas também teve a sua participação na suposta prática apurada no âmbito da Ação Penal nº 050.05.101822-5, em trâmite junto à 2ª Vara Criminal Central de São Paulo.

Ainda no ano de 2015, o então Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo também teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema

⁶ Especificamente, para os Representados Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda., Manuli Rubber Industries SpA, Bridgestone Corporation, Trelleborg Industrie SAS, The Yokohama Rubber Co. Ltd., Parker ITR SrL, Sr. Massimo Nebiolo, Dunlop Oil and Marine Ltda., Flexomarine S/A, Flexomarine Empreendimentos Ltda., Pagé Indústria de Artefatos de Borracha Ltda., Sr. Silvio Jorge Rabello, Sra. Maria Lúcia Peixoto Ferreira, Sr. Robert Louis Furness e Sr. Antonio Carlos Araes.

⁷ CADE, Processo Administrativo nº **08012.004430/2002-43**, **Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25 de março de 2015.**

⁸ CADE, Processo Administrativo nº 08012.008847/2006-17, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 20 de maio de 2015.

⁹ CADE, Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 14 de julho de 2015.

no âmbito do Processo Administrativo nº **08012.008960/2010-71**¹⁰, **instaurado com o intuito de analisar suposta prática de “concessionárias de veículos do Distrito Federal”**, que “orientadas pelo sindicato da categoria, teriam intentado um reajuste coletivo nos preços cobrados das seguradoras em relação aos serviços de manutenção e reparo de automóveis”. O Processo Administrativo foi julgado pelo Tribunal do CADE em 11 de novembro de 2015, durante a 75ª Sessão Ordinária de Julgamento.

De acordo com Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, no caso concreto, o Ministério Público Federal especializado junto ao CADE teria opinado no sentido de que o prazo prescricional penal “só poderia ser aplicado se estivesse em curso alguma apuração criminal, o que não ocorreu no presente feito”. No entanto, para Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, tal entendimento não se aplica, uma vez que bastaria que “o fato investigado em âmbito administrativo seja o mesmo daquele tipificado na esfera criminal” para que o prazo prescricional penal fosse aplicado pelo CADE no âmbito dos processos administrativos analisados pela Autarquia.

O mesmo entendimento foi mantido pelo então Conselheiro no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79¹¹, instaurado para apurar alegado cartel no mercado de componentes para tubos de raios catódicos e julgado em 9 de novembro de 2016; do Processo Administrativo nº **08012.010744/2008-71**¹², **instaurado para apurar suposto cartel no mercado de leite tipo C produzido na região de Pelotas, no Rio Grande do Sul e julgado em 18 de janeiro de 2017, na 97ª Sessão Ordinária de Julgamento; e do Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90**¹³, **instaurado para apurar suposto cartel em licitação para execução de**

¹⁰ CADE, Processo Administrativo nº **08012.008960/2010-71**, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 11 de novembro de 2015.

¹¹ CADE, Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 14 de setembro de 2016.

¹² CADE, Processo Administrativo nº **08012.010744/2008-71**, Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 18 de janeiro de 2017.

¹³ CADE, **Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90, Conselheiro Relator** Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 7 de junho de 2017.

obras públicas no Paraná e julgado em 7 de junho de 2017, na 106ª Sessão Ordinária de Julgamento.

Em 2016, o CADE pôde se pronunciar sobre o assunto também no âmbito do Processo Administrativo nº **08012.001029/2007-66**¹⁴, **instaurado para averiguar suposto cartel no mercado de perboratos de sódio. O Relator do Processo Administrativo, Conselheiro João Paulo de Resende, destacou que não há uma relação de dependência entre as esferas administrativa e penal no disposto no artigo 1º, §2º da Lei nº 9.873/1999. Nesse sentido, segundo o Conselheiro do CADE, (i) “a legislação administrativa apenas se apropria dos prazos previstos na legislação penal”; ademais, (ii) a interpretação sistemática das normas em questão também levariam à conclusão de independência das esferas. Assim, concluiu que, caso fosse necessária a apuração criminal para que o prazo prescricional penal fosse aplicado aos processos administrativos no CADE, a configuração da prescrição “ficaria a depender de condição futura e incerta, qual seja, a instauração do processo criminal”; além de ressaltar que os prazos prescricionais para pessoas físicas e jurídicas seriam diferentes.**

O Conselheiro, em seu voto, então destacou alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os prazos prescricionais penais só poderiam ser aplicados no âmbito administrativo caso houvesse apuração criminal. Para o Conselheiro, tais entendimentos não poderiam ser aplicados pelos três motivos a seguir indicados:

“(i) tratam-se de decisões de Turmas do STJ, ou seja, não se trata de entendimento firmado no âmbito de Seção tampouco sedimentados no julgamento de recursos repetitivos, de modo que não há, do ponto de vista normativo e também de prestígio à segurança jurídica, uma expectativa que tais precedentes sejam replicados administrativamente; (ii) ainda que façam referência à Lei 9.873/1999, as decisões do STJ não tratam especificamente de processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica e (iii), por fim, a maioria dessas decisões referem-se a processos disciplinares de servidores públicos e, muitas delas, a casos de demissões por crime contra a administração pública, nos termos do inciso I do art. 132 da Lei 8.112/1991, logo, há uma

¹⁴ CADE, Processo Administrativo nº **08012.001029/2007-66**, **Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 24 de fevereiro de 2016.**

diferença entre um fato ser, ao mesmo tempo, infração administrativa e penal e a penalidade administrativa depender/estar condicionada ao cometimento de um crime.”

Assim, João Paulo de Resende entendeu que o prazo prescricional penal de doze anos pode ser aplicado pelo CADE independentemente de apuração criminal.

Mais recentemente, na 124ª Sessão Ordinária de Julgamento, de 23 de maio de 2018, o CADE teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16¹⁵. Especificamente, o Processo Administrativo em questão foi instaurado para apurar suposto cartel no mercado de aparelhos eletrônicos de direcionamento de fluxo de energia elétrica com isolamento a gás (“*gas-insulated switchgears*”). Ao analisar o tema da prescrição, a Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova fez uma transcrição do voto do Conselheiro João Paulo de Resende proferido no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50¹⁶, atestando que o prazo prescricional para apuração da prática de cartel é de doze anos, independentemente de apuração criminal.

3.2. Aplicabilidade do prazo prescricional penal a pessoas jurídicas

Além da questão relativa à necessidade ou não de apuração criminal para a aplicação do prazo prescricional penal, outra questão que se coloca é identificar se o CADE se pronunciou, nos processos administrativos analisados, acerca da aplicabilidade do prazo prescricional penal para pessoas jurídicas, na medida em que estas não poderiam, em tese, ser responsabilizadas penalmente.

O Processo Administrativo identificado, no qual o CADE se pronunciou expressamente acerca do assunto, foi o Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31¹⁷, com julgamento de seu mérito finalizado na 127ª Sessão Ordinária de Julgamento, de 8 de agosto de 2018. O referido Processo Administrativo foi instaurado para apurar suposto cartel entre associações de

¹⁵ CADE, Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16, Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova, julgado em 8 de agosto de 2018.

¹⁶ CADE, Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50, Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 4 de julho de 2018.

¹⁷ CADE, Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31, Conselheira Relatora Paula Azevedo, julgado em 8 de agosto de 2018.

rádio táxi, “no mercado de prestação de serviços de transporte de passageiros de táxi, na cidade de Curitiba, que teria ocorrido entre 2003 e 2009.”

Quanto à questão relativa à prescrição, ficaram vencidos a Conselheira Relatora Paula Azevedo e o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Especificamente em relação à aplicabilidade da prescrição penal para pessoas jurídicas, destaca-se o posicionamento dos três Conselheiros que proferiram voto escrito sobre o tema, em ordem alfabética, Alexandre Barreto de Souza, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt e Paulo Burnier da Silveira.

Inicialmente, o Conselheiro Alexandre Barreto de Souza, Presidente do CADE, entendeu que o prazo prescricional penal se aplica a pessoas jurídicas, também porque não há na lei associação entre a prescrição administrativa estar vinculada ao tipo penal do respectivo acusado, sendo tal “uma interpretação restritiva do texto da lei”.

Por sua vez, a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt fundamentou a aplicabilidade do prazo prescricional penal em duas razões, resumidamente, (i) a inaplicabilidade se trata de interpretação sem “amparo na lei em comento nem em precedentes judiciais” e (ii) a condenação seria pelo “fato, cartel, independentemente se as pessoas são jurídicas ou físicas.”

Por fim, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira fundamentou a aplicabilidade do prazo prescricional penal para as pessoas jurídicas, considerando, resumidamente, que (i) “o elemento central é o *‘fato’*”, sendo “irrelevante o fato das pessoas jurídicas não serem passíveis de responsabilização penal, para fins de contagem de prescrição.” Além disso, o Conselheiro destacou que “as pessoas jurídicas são uma ficção jurídica, atuando, necessariamente, através de seus administradores pessoas físicas”; e que, como “os administradores não representam as pessoas jurídicas, mas as apresentam”, “a aplicação dos mesmos prazos prescricionais para uma empresa e seu respectivo administrador parece consistente com a sistemática legal também sob esse prisma.”

4. Conclusão

Em que pesem os argumentos identificados acima pela aplicação do prazo de prescrição penal em processos administrativos instaurados para averiguar a ocorrência da conduta de cartel, discorda-se, respeitosamente, dos Eminentíssimos Conselheiros que tiveram voto nesse sentido.

Mais coerente e condizente com o instituto da segurança jurídica seria o entendimento esposado pelo Tribunal do CADE no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.003760/2003-91¹⁸, no qual o CADE reconheceu que o prazo de cinco anos era aplicável às investigações do CADE e que “apenas se utiliza o prazo prescricional da ação penal nos processos administrativos, consoante determina o artigo 1º, §2º, da Lei nº 9.873/99, caso haja ou possa existir alguma ação penal no caso em concreto”. Tal entendimento baseou-se no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 10.699/RS¹⁹, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).

No Recurso Especial nº 1.116.477/DF²⁰, a Primeira Turma do STJ proferiu decisão específica com relação à Lei nº 9.873/1999, na qual foi afirmado que a:

“pretensão punitiva da Administração Pública em relação a infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal. Precedentes”.

Nesse mesmo sentido é o acórdão proferido pela Quinta Turma do STJ no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 18.319/SC de relatoria da Ministra Laurita Vaz²¹.

Importante destacar que esse entendimento é seguido à risca por outros órgãos da Administração Pública, como é o caso do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (“CRSFN”), que já pacificou sua jurisprudência nesse sentido. A título de exemplo, cita-se trecho do acórdão do julgamento do Recurso nº 13.946²², de relatoria do Conselheiro Francisco

¹⁸ CADE, Processo Administrativo nº 08012.003760/2003-01, Conselheiro Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 31 de janeiro de 2007.

¹⁹ STJ, RMS 10699/RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 3 de dezembro de 2001, DJ 4 de fevereiro de 2002, p. 544.

²⁰ STJ, REsp 1116477/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16 de agosto de 2012, DJe 22 de agosto de 2012.

²¹ STJ, RMS 18.319/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 5 de setembro de 2006, DJ 30 de outubro de 2006, p. 332.

²² CRSFN, Recurso nº 13.946, Conselheiro-Relator Francisco Satiro de Souza Junior, julgado em 18 de agosto de 2015.

Satiro de Souza Junior, que, fazendo referência justamente ao acórdão de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki mencionado acima, afirmou que

“a atração do prazo prescricional criminal nos termos do § 2º do artigo 1º, da Lei nº 9.873/99 só é cabível nas hipóteses em que tenha havido recebimento de denúncia pelo juízo criminal, com a consequente instauração da ação penal”.

Portanto, de acordo com os precedentes do STJ examinados acima e acórdão do CRSFN, na ausência de uma ação penal correspondente, o prazo prescricional penal não poderia ser aplicado à esfera administrativa.

Decisões similares também foram proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (“TRF-1”) e pelo STJ em relação a leis com dispositivos semelhantes (Lei nº 8.112/1990; Lei Estadual de São Paulo nº 10.261/1968; Lei Suplementar do Estado do Rio Grande do Sul nº 10.098/1994)²³²⁴²⁵.

Analisando-se a questão por outro viés, apenas um juiz criminal pode, após a conclusão de um processo penal (no qual os réus tenham o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal), decidir que um crime foi praticado. Entendemos, portanto, não ser possível afirmar simplesmente que um fato sob investigação em um Processo Administrativo também deve ser considerado, “em tese”, um crime, sob pena de violação ao princípio inculpidado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Destaca-se, nesse sentido, voto proferido pelo então Conselheiro Olavo Chinaglia, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.000751/2008-64²⁶.

²³ STJ, MS 14159/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 24 de agosto de 2011, DJe 10 de fevereiro de 2012.

²⁴ STJ, MS nº 15.462/DF, Relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 14 de março de 2011, DJe 22 de março de 2011.

²⁵ TRF-1, AC 2002.35.00.006731-0/GO, Relator Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Juiz Federal Convocado Klaus Kuschel, Quarta Turma, e-DJF1 21 de novembro de 2008, p.812.

²⁶ Processo Administrativo nº 08012.000751/2008-64 (Representado: McDonald's Comércio de Alimentos). O julgamento do caso teve início em 18.7.2012 e o Conselheiro Relator, Sr. Olavo Chinaglia, proferiu voto pela prescrição. O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo teve a mesma opinião e

Vale mencionar que um crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Portanto, não basta considerar que existe um tipo penal para a conduta de cartel – no sentido de que seria considerado um crime nos termos da Lei nº 8.137/1990 – para afirmar que o cartel é, de fato, um crime. Dois elementos estariam faltando: a antijuridicidade e a culpabilidade (incluindo o estado mental do agente).

As autoridades administrativas não podem simplesmente afirmar que “o fato objeto da ação punitiva da Administração também constitui crime” antes que o Poder Judiciário assim se pronuncie. O Poder Executivo não possui competência nem ferramentas para determinar se um ato constitui um crime. Também é necessário enfatizar que, de acordo com a legislação brasileira, todas as pessoas são inocentes até prova em contrário.

Mencione-se ainda que, como o então Conselheiro Olavo Chinaglia bem apontou, os tipos penais que são considerados crimes sob a Lei nº 8.137/1990 são extremamente amplos. A Lei nº 8.137/1990 não especifica que tipos de ajustes ou acordos podem ser considerados crimes. No limite, toda conduta anticompetitiva (horizontal ou vertical) poderia ser considerada crime e, portanto, o prazo prescricional seria de doze anos. Parece evidente que essa não pode ser a interpretação correta da Lei nº 9.873/1999 (ou da Lei nº 12.529/2011), que estabelece como regra que o prazo prescricional é de cinco anos. Essa interpretação simplesmente retiraria a eficácia desse dispositivo legal.

Portanto, o CADE não detém competência para afirmar que os fatos investigados em um Processo Administrativo constituem crime. Cabe, no entanto, ao Ministério Público determinar se esses fatos constituem crime ou não, assim oferecendo ou deixando de oferecer a denúncia, estando os argumentos levantados pelo Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia em sintonia com o entendimento que vem sendo aplicado pelo Poder Judiciário e em observância ao princípio da segurança jurídica.

suscitou, além disso, que a conduta investigada teria sido descriminalizada. O Conselheiro Alessandro Octaviani Luis pediu vista dos autos. Em 9.6.2014, o julgamento foi concluído após o voto-vista do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis pelo arquivamento do processo, tendo em vista a incidência da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, em razão da descriminalização da conduta investigada nos autos. O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo.

No que diz respeito à aplicabilidade do prazo prescricional penal a pessoas jurídicas, tal medida seria impossível em razão da ausência do elemento “tipicidade” do crime. Um fato é “típico” quando contém todos os elementos do tipo legal. De acordo com Júlio Fabbrini Mirabete, os elementos do fato típico são os seguintes: (a) a conduta (ação ou omissão); (b) o resultado; (c) a relação de causalidade; e (d) a tipicidade²⁷. Damásio E. de Jesus explica que -- “[c]onduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade.”--²⁸ Nesse sentido, -- “[é] um comportamento humano, não estando incluídos, portanto, os fatos naturais (raio, chuva, terremoto), os do mundo animal e os atos praticados pelas pessoas jurídicas”--²⁹.

Para que um fato seja considerado crime contra a ordem econômica, conforme tipificado na Lei nº 8.137/1990, faz-se estritamente necessário que tal fato seja típico e, para esse fim, que a conduta seja realizada por uma pessoa física. Os atos de pessoas jurídicas não são fatos típicos e, portanto, não podem ser considerados crimes³⁰.

Sob essa perspectiva, vale mencionar decisão da Quinta Turma do TRF-1, na qual se afirmou que o artigo 1º, § 2º, da Lei nº 9.873/1999, não é aplicável a pessoas jurídicas, pois pessoas jurídicas não podem ser consideradas agentes de crime³¹.

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 101.

²⁸ JESUS, Damásio E. de, apud MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, p. 104.

²⁹ Idem, p. 104.

³⁰ Luiz Regis Prado indica que: --“Saliente-se que, pelo fato de o Direito Penal ser informado pelos princípios da personalidade da pena e da culpabilidade, serão sujeitos ativos o empresário individual ou os sócios integrantes da empresa comercial; jamais esta, por lhe faltar a consciência e vontade de atuar.”-- (PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado. 3ª ed. Rev. Atual. e Ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.).

³¹ TRF-1, AC nº 2001.34.00.027418-7/DF, Relatora Desembargadora Federal Selene Almeida, Quinta Turma, e- DJF1 8 de julho de 2013.

O mesmo entendimento veio a ser aplicado pelo CRSFN, por exemplo, quando do julgamento do Recurso nº 11.364, de relatoria do Conselheiro Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa.³²

Por todos esses motivos, discorda-se dos supramencionados votos proferidos pelos Eminentes Conselheiros Alexandre Barreto de Souza, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt e Paulo Burnier da Silveira, em razão do entendimento no sentido (i) da impossibilidade de aplicação do prazo prescricional penal pelo CADE ausente ação penal específica para apurar o alegado crime investigado na seara administrativa; e (ii) da impossibilidade de aplicação do prazo prescricional penal a pessoas jurídicas.

Referências bibliográficas

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (Coord.) Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

CADE, Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66, Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 24 de fevereiro de 2016.

_____. Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16, Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova, julgado em 8 de agosto de 2018.

_____. Processo Administrativo nº 08012.003760/2003-01, Conselheiro Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 31 de janeiro de 2007.

_____. Processo Administrativo nº 08012.004430/2002-43, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25 de março de 2015.

_____. Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50, Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 4 de julho de 2018.

_____. Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 14 de setembro de 2016.

_____. Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 14 de julho de 2015.

³² CRSFN, Recurso nº 11.364, Conselheiro-Relator Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, julgado em 21 de janeiro de 2016.

_____. Processo Administrativo nº 08012.008847/2006-17, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 20 de maio de 2015.

_____. Processo Administrativo nº 08012.008960/2010-71, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 11 de novembro de 2015.

_____. Processo Administrativo nº 08012.010744/2008-71, Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 18 de janeiro de 2017.

_____. Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25 de fevereiro de 2015.

_____. Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31, Conselheira Relatora Paula Azevedo, julgado em 8 de agosto de 2018.

_____. Processo Administrativo nº 08700.004627/2015-49, Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, julgado em 22 de novembro de 2017.

_____. Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50, Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 4 de julho de 2018.

_____. Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 7 de junho de 2017.

CRSFN, Recurso nº 11.364, Conselheiro-Relator Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa. Julgado em 21 de janeiro de 2016.

_____. Recurso nº 13.946, Conselheiro-Relator Francisco Satiro de Souza Junior, julgado em 18 de agosto de 2015.

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

FORGIONI, Paula Andréa. Os fundamentos do antitruste. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, Damásio E. de, apud MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal.

[MARRARA, Thiago](#). Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. 496p.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa; MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Direito concorrencial e regulação econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21 ed., São Paulo: Atlas, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3ª ed. Rev. Atual. e Ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo Administrativo de Investigação de Cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016.

STJ, MS 14159/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 24 de agosto de 2011, DJe 10 de fevereiro de 2012.

_____. MS nº 15.462/DF, Relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 14 de março de 2011, DJe 22 de março de 2011.

_____. REsp 1116477/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16 de agosto de 2012, DJe 22 de agosto de 2012.

_____. RMS 10699/RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 3 de dezembro de 2001, DJ 4 de fevereiro de 2002.

_____. RMS 18.319/SC, Relator Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 5 de setembro de 2006, DJ 30 de outubro de 2006.

TRF-1, AC 2002.35.00.006731-0/GO, Relator Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Juiz Federal Convocado Klaus Kuschel, Quarta Turma, e-DJF1 21 de novembro de 2008, p.812.

_____. AC nº 2001.34.00.027418-7/DF, Relatora Desembargadora Federal Selene Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 8 de julho de 2013.

ANÁLISE DO *BIS IN IDEM* NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DO CADE: ELEMENTOS DE SUA VEDAÇÃO A PARTIR DA LEI 12.529/2011

Fernando Amorim Soares de Mello

Resumo: O presente artigo examina a vedação do *bis in idem* na jurisprudência do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Objetivou-se promover uma investigação sobre os julgados do Tribunal nos quais houve discussão específica no tema a partir da vigência da Lei 12.529/2011. O artigo inicia apresentando as categorias dogmáticas para a configuração do *bis in idem* e, em momento posterior, passa a expor e discutir os elementos das decisões prolatadas nos nove julgados encontrados a partir do recorte proposto, esclarecendo os seus fundamentos. Concluiu-se pela ausência de consolidação da jurisprudência do Cade no tema, abrindo discussões acadêmicas e práticas sobre a aplicação do *enforcement* antitruste. Como arremate, o artigo apresenta com uma proposta de aperfeiçoamento institucional no tema.

Palavras-chave: direito concorrencial; princípio *ne bis in idem*; dupla penação; princípio da proporcionalidade; direito sancionador antitruste.

Keywords: antitrust law; *ne bis in idem*; double jeopardy; proportionality principle; competition law sanctioning

1. Introdução e contextualização

O princípio da proibição do *bis in idem* traz ricos debates acadêmicos e práticos. Especialmente no tocante ao Direito Concorrencial, essa discussão ainda é incipiente no Brasil. O presente trabalho busca preencher essa lacuna por meio de uma discussão sobre as atividades do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) à luz das categorias dogmáticas do princípio do *ne bis in idem*.

O ordenamento jurídico concorrencial brasileiro não traçou limites claros para a aplicação do princípio do *ne bis in idem*, uma das preliminares possíveis na defesa técnica de agentes econômicos acusados de condutas anticompetitivas. É por isso que o artigo inicia apresentando as categorias do

princípio como matéria-prima para a atividade “judicante” do Tribunal do Cade no tema.

Ato contínuo, apresenta-se uma pesquisa exploratória elaborada sobre tais discussões atinentes ao tema no âmbito do Tribunal do Cade a partir da vigência da Lei nº 12.529/2011. Foram levantados e discutidos os nove processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica em que o Tribunal se debruçou sobre a aplicação (ou não) do princípio *ne bis in idem*.

Parte-se de uma hipótese singela: é dever da autoridade antitruste tomar medidas para evitar o *bis in idem* em sua análise, justificando-se essa proposta à necessidade de eficiência nas atividades da Administração Pública. Esse dever se justifica pelo fato de que a pena dupla resultaria em esforços passíveis de anulação pelo Poder Judiciário, sendo necessário robustecer o ambiente institucional da defesa da concorrência.

O princípio de *ne bis in idem* (ou *non bis in idem*) é entendido como princípio geral do Direito, “impedindo que a a Administração Pública imponha nova sanção a quem já foi devidamente punido pelo mesmo fato”¹. Trata-se de uma garantia não expressa textualmente no ordenamento jurídico nacional, mas decorrente do valor constitucional da proporcionalidade.² Essa informação, porém, tem uma ressalva: o Brasil acolheu os princípios do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³ e da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁴, de modo que se

¹ Cf. FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência – Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 304. Trata-se de princípio “intimamente ligado aos princípios de legalidade e da tipicidade [...], cujas raízes remontam ao devido processo legal anglo-saxônico” (OSORIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 272).

² Cf. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, vol.16, p. 11-75, jul./set. 2005, p. 57-58.

³ Decreto nº 692, de 6 de julho de 1992 – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: Artigo 14. Parágrafo 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país. (grifos nossos)

⁴ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 – Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Especialmente no tema,

pode considerar que a vedação do *bis in idem* está no ordenamento jurídico brasileiro como *status* supralegal.

Ao falar especialmente sobre o direito administrativo sancionador antitruste, também se parte do fato de que o art. 115 da Lei Antitruste assume a aplicação, de modo subsidiário, da Lei 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal)⁵. De acordo com este diploma, a Administração Pública tem um dever de obedecer, dentre outros, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

De modo a esclarecer base teórica, é pertinente compreender o contexto e limites das sanções administrativas. O direito administrativo sancionador está no contexto punitivo, penal⁶ – o que não significa, necessariamente, criminal. Trata-se, na verdade, de uma manifestação do *ius puniendi*⁷. Uma distinção essencial entre os campos, e que mais salta à mente, diz respeito à responsabilidade dos agentes. Na aplicação da sanção penal no caso de condutas criminosas, vigora a *responsabilidade subjetiva*, que depende da verificação de dolo. Já no direito administrativo sancionador antitruste, a regra é da *responsabilidade objetiva* para as pessoas jurídicas, bastando a culpa para convalidar a infração cometida.

Este trabalho foi dividido em duas grandes seções. No próximo ponto, a leitora ou leitor terá contato direto com as particularidades dos elementos do

assim a Convenção dispõe: Artigo 8. Garantias judiciais [...] Parágrafo 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. (grifos nossos)

⁵ Sobre o tema, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86-90.

⁶ Cf. SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 2, n.2, nov. 2014, p. 16-17. Nas palavras de Fábio Medida Osório, “pensar o *non bis in idem* é, acima de tudo, refletir sobre as delicadas relações entre as esferas penal e administrativa, problema que não é novidade no Brasil ou no exterior” (*Direito administrativo sancionador*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 273).

⁷ Cf. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.154. Em sentido semelhante, cf. TORRADO, María Lourdes Ramírez. *El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador*. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 40, 2013, p. 05.

princípio *ne bis in idem*, especialmente no tocante às categorias analíticas para a configuração da dupla apenação. Em seguida, foram analisadas todas as decisões recentes do Cade em que o Tribunal considerou o princípio no contexto do direito sancionador antitruste. Finalmente, foram apresentadas algumas ponderações a título de considerações finais.

2. O princípio *ne bis in idem* no direito antitruste brasileiro

2.1 Categorias analíticas para a configuração do bis in idem

Neste tópico serão avaliados os cenários em que o *bis in idem* pode ser configurado no ordenamento jurídico antitruste no Brasil.⁸ Antes de tudo, cabe apresentar e justificar as categorias que foram consideradas para a análise. Trata-se da tríplice identidade: i) *identidade subjetiva*, ii) *conduta objetiva já sancionada* e iii) *atos e fundamentos*.

O primeiro critério para a configuração é o *bis*, vocábulo de origem latina incorporado à língua portuguesa com o significado de repetição de ação já tomada. Como estamos falando do direito sancionador, a noção de *bis* se configura na aplicação de uma segunda sanção. Como a configuração do *bis* é incompleta por essência, vez que ainda restariam ocultos os elementos subjacentes dessa segunda sanção, entende-se que esse elemento pode ser entendido como uma espécie de moldura a ser verificada como premissa para aplicar a vedação.

O elemento *idem*, por sua vez, é a substância a ser preenchida pelos elementos pertinentes à moldura do *bis*. Isto é, a materialidade, contexto processual, temporalidade e as demais questões de fato e direito que podem impactar a configuração do *bis in idem*.

Portanto, o *bis in idem* é a configuração de um contexto que depende dos dois componentes há pouco explicados. A sua vedação, por sua vez, sempre dependerá das circunstâncias do caso concreto, considerando os dois

⁸ Para um exame da experiência europeia, cf. ROSANÒ, Alessandro. *Ne bis interpretatio in idem? The two faces of the ne bis in idem principle in the case law of the European Court of Justice*. *German Law Journal*, vol. 18 n. 01, 2017. E mais especialmente no tocante ao Direito da Concorrência europeu, cf. WILS, Wouter P.J. The principle “ne bis in idem” in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis. *World Competition*, vol. 26, n.2, 2003.

requisitos essenciais para a configuração do *idem*: i) a identidade e a ii) comprovação da existência de conduta já sancionada.

A componente da *identidade* é dividida entre duas dimensões: subjetiva e objetiva. A faceta objetiva diz respeito à conduta avaliada no caso concreto, isto é, há uma necessidade de que a nova sanção diga respeito à mesma prática já punida – afinal, não haveria sentido falar em *bis in idem* sem configuração de um *bis*. O âmbito subjetivo, por sua vez, trata da identidade das pessoas (físicas ou jurídicas) envolvidas pela prática analisada. Necessário, assim, verificar se a pessoa punida no segundo processo foi a *mesma*, comprovando-se a sua identidade subjetiva ao cotejar sua identidade com os fatos já sancionados.

Portanto, a análise da existência da conduta já sancionada é uma tarefa que demanda o exame da identidade de *atos e fundamentos*. Em outras palavras, para configurar a identidade (o conteúdo do *idem*) de determinada conduta, será necessário verificar, antes de tudo, a fonte da primeira sanção aplicada. É necessário saber se foi o *mesmo* agente, com os *mesmos fundamentos* e a *mesma interpretação* sobre os *atos* que levaram à sanção aplicada. Com efeito, para configurar o *idem*, é necessário comprovar que a segunda sanção foi fundamentada a partir de uma conduta que lesou o idêntico bem jurídico protegido também na primeira decisão sobre a conduta objetivamente idêntica já sancionada.⁹

Assim, conclui-se que há três fatores cuja identidade é essencial para configurar o *idem*: a) os fatos realizados, b) os resultados da conduta e c) o bem jurídico lesado¹⁰ (neste caso, não se fala, necessariamente, em identidade de vítimas). Portanto, é possível que uma pessoa seja punida em outras instâncias a partir do mesmo fato, considerando os efeitos praticados. É o que passamos a analisar.

⁹ “Com efeito, dada a multiplicidade de interesses resguardados pelas normas que preveem a punição de infrações administrativas, é perfeitamente possível a aplicação de sanções cumulativas por autoridades diferentes para resguardas distintos bens jurídicos.” (FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência – Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 306.)

¹⁰ Cf. TORRADO, María Lourdes Ramírez. El *non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 40, 2013, p. 13.

2.1.1. *Bis in idem com conteúdo material*

A premissa essencial para uma compreensão adequada sobre a vedação do *bis in idem* no direito sancionador antitruste é que, no caso de condutas colusivas (como o cartel), a defesa da concorrência não se encerra no campo administrativo.

Do mesmo modo que o cartel é uma infração administrativa, punível por meio da Lei nº12.529/2011, a mesma prática infrativa pode ser enquadrada também como crime¹¹ – o que ultrapassa as competências da Lei 12.529/2011.

No tocante à intersecção nos âmbitos administrativo e criminal, é forçoso reconhecer que há um poder-dever de persecução balizado pelas respectivas alçadas. Parece-nos que seria inadequado considerar a hipótese de um *bis in idem* transvertido de falso conflito de competência, vez que a incomunicabilidade entre as instâncias está delimitada na lei e pacificada nos Tribunais Superiores.¹²

2.1.2. *Bis in idem com conteúdo processual*

Outra hipótese de *bis in idem* pode ser verificada no âmbito processual. Trata-se da (im)possibilidade de novamente reapreciar o mérito de uma conduta que já foi avaliada pelo Tribunal do Cade. Nesse contexto hipotético, seria possível verificar uma nova investigação a partir de um conjunto probatório distinto daquele que fundamentou a sanção aplicada no outro processo administrativo. Assim, identificando-se identidade *objetiva* e *subjéctiva* enunciada acima, prevalecerá a pena aplicada no contexto do processo administrativo já julgado – ainda que a documentação seja distinta.

¹¹ No caso, crime contra a ordem econômica, conforme art. 4º da Lei 8.137/1990.

¹² No entanto, a discussão ainda é mais complexa. Isso pode ser verificado no caso de análise de *possível* conflito de normas, como cartéis em licitações. Isso envolve condutas tipificada tanto crime contra a ordem econômica quanto o crime tipificado na Lei das Licitações (Lei 8.666/1993, art. 90), o que levaria a conclusões distintas. O debate sobre as suas consequências na seara antitruste, como a polêmica delimitação do prazo prescricional, considerando a existência de prazos distintos nas duas leis mencionadas, foge ao escopo do presente artigo. Para uma percepção possível, cf. MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013, p.195-196.

Para evitá-la, é necessário analisar atentamente essas dimensões do *bis in idem* examinadas há pouco. Isso fica evidente em situações envolvendo conexão e continência¹³. A título de exemplo, é possível que eventual cartel hipotético tenha sido facilitado por atos de corrupção. Aqui, caberá ao juízo competente avaliar os requisitos de conexão (partes, pedido e causa de pedir), promovendo-se a economia processual. Como se poderá verificar pela leitura dos casos analisados da jurisprudência do Cade sobre o tema, a continência é um dos fatores considerados na avaliação do *bis in idem*.

2.1.3. *Bis in idem com conteúdo territorial*

Por fim, ressalta-se que o ordenamento jurídico antitruste acolheu a teoria dos efeitos sobre condutas anticompetitivas. Isso significa, antes de tudo, uma discussão sobre competência. Nos termos da Lei Antitruste, o Cade será autoridade competente para avaliar possíveis efeitos anticompetitivos no Brasil, ainda que os atos tenham sido realizados no exterior.¹⁴ Nessa hipótese, as empresas e pessoas físicas envolvidas na conduta poderão ser investigadas e processadas de acordo com o rito processual devido¹⁵, desde que verificada a possibilidade de efeitos no território brasileiro.

Uma situação hipotética poderia ser verificada no caso de cartéis internacionais, quando agentes econômicos praticam uma conduta cujos efeitos não são apenas percebidos no Brasil, mas também em outras jurisdições.

Em linhas gerais, entende-se que a investigação e a punição no estrangeiro não podem ser entendidas como vinculadas ao processo no Brasil,

¹³ Além dessas discussões materiais, também podem ser constatadas questões de âmbito civil, especialmente no tocante à responsabilidade civil decorrente do ato infrativo. Por exemplo, tomando-se determinada conduta como ponto de partida, ela poderá ser sancionada administrativamente e criminalmente, mas também poderá gerar deveres civis, como no caso de multas específicas. Caberá ao Ministério Público avaliar a existência de eventual lesão aos direitos difusos.

¹⁴ Nos termos da art. 2º da Lei 12.529/2011, “[a]plica-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” (grifos nossos).

¹⁵ No tema, cf. FIGUEIREDO, Natália de Lima. Considerações sobre a aplicação do princípio do *ne bis in idem* em casos de cartéis internacionais no Brasil. *Revista do IBRAC*, vol.18, n.19, jan./jun. 2011.

de modo que eventual pena aplicada por autoridade estrangeira, ainda que diante de caso de identidade objetiva e/ou subjetiva, não surtirá efeitos sobre a decisão do Cade. Em outras palavras, o processo administrativo e eventual condenação no Brasil são soberanas, independendo dos resultados estrangeiros¹⁶, o que afasta a hipótese de *bis in idem*.

3. Discussão da jurisprudência recente do Cade sobre o princípio *ne bis in idem*

A partir da base teórica apresentada nos pontos anteriores, o presente tópico apresenta uma discussão dos julgados do Cade no tema. Após investigação na base pública no sistema SEI, foram encontrados nove julgados decididos pelo Tribunal a partir da vigência da Lei 12.529/2011 em que houve discussão sobre a configuração do *bis in idem* até junho de 2018.

3.1. Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52

O Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52¹⁷, aberto em face de MC 3 Vídeo Produções Ltda. (“MC 3”) e outras, foi emblemático por revelar os desafios encontrados pelo Cade na caracterização do *bis in idem*.

A grande discussão decorreu da caracterização de identidade subjetiva de pessoas jurídicas distintas, mas integrantes ao mesmo grupo econômico. Isso ocorreu porque uma empresa (Box 3) do grupo econômico da MC 3 no processo em comento havia sido condenada, em 2010, pela prática de *sham litigation*.¹⁸

¹⁶ “Especially in the area of criminal liability, many states appear to have traditionally held to the view that they are best placed to protect their own interests through the application of the criminal law; in contrast, the effect of an international *ne bis in idem* principle would be to restrict the application of national criminal law (where a previous trial has taken place abroad).” (CONWAY, Gerard. *Ne Bis in Idem in International Law*. *International Criminal Law Review*, vol. 3, 2003, p.218).

¹⁷ Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52. Representada: MC 3 Vídeo Produções Ltda. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira. Julgado em: 08.06.2016.

¹⁸ Trata-se do Processo Administrativo nº08012.004283/2000-40, de relatoria do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, julgado em 2010.

Após esta condenação, o Cade abriu novo processo para investigar a conduta das outras empresas do grupo econômico, já que, além da Box 3, as empresas do grupo entraram com outras nove ações com pedido de liminar contra concorrentes.

Em sede de preliminares, algumas Representadas alegaram que eventual condenação no presente processo se configuraria o *bis in idem* por ocasião de sentença proferida no PA nº 08012.004283/2000-40.

Em alegações finais apresentadas de forma conjunta, as Representadas aduziram que, ao sancionar a conduta da Box 3, a sanção do PA nº 08012.004283/2000-40 teria englobado todas as integrantes do grupo econômico. Isso foi explicado porque a Box 3 teve sua multa calculada com base no conjunto das nove ações – daí o valor elevado da sanção pecuniária.

Para o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, Relator do PA nº 08012.000778/2011-52, são necessárias duas sentenças condenatórias com base nos mesmos fatos delituosos praticados pela mesma pessoa para caracterizar o *bis in idem*, conforme discutido no ponto anterior. Assim, não se poderia falar em identidade de agente no processo, vez que a sanção anterior teria atingido pessoa jurídica (no caso, a Box 3) distinta da Representada. Ademais, o Relator entendeu que escaparia à razão a tese de que o grupo econômico estaria sendo investigado pela mesma conduta. E por fim, reconheceu que, embora ambos processos tratassem da mesma prática (portando verificando a identidade material), não existiria identidade quanto ao *elemento subjetivo*, dado que o processo em discussão não contava com a Box 3 no seu polo passivo.

O voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro apontou em sentido semelhante. Para ele, a dupla apenação se configuraria quando se condena duas vezes uma mesma pessoa pelo mesmo fato. Segundo o Conselheiro, se o Tribunal pretendesse atingir e penalizar o grupo econômico tê-lo-ia mencionado no outro processo, na pessoa das demais empresas.

Sobre a análise da conduta de *sham litigation* cometida por grupo econômico, o Conselheiro Alexandre Cordeiro afirmou que, dada a pluralidade de ações, a sanção poderia ter sido feita pela condenação do grupo econômico todo na pessoa de uma única pessoa jurídica, mas, para tanto, deveria haver igualmente a menção desta intenção, bem como o cálculo da alíquota deveria refletir esta intenção e ser fundado no faturamento de todo o grupo. O Tribunal, porém, optou por investigar cada CNPJ e aplicar multa com base no faturamento de cada empresa isoladamente.

De outro lado, o Conselheiro Paulo Burnier reiterou a tese de que, ainda que estejam presentes os *elementos objetivos*, dado que há referência ao mesmo conjunto de fatos constitutivos da prática de *sham litigation*, não havia a identidade de sujeitos.

O Conselheiro Burnier ressaltou que o então Conselheiro-Relator do primeiro Caso Box 3 havia excluído estas pessoas expressamente do escopo da condenação ao determinar à SDE investigações específicas. Portanto, o Conselheiro Burnier levou em consideração o entendimento de que não houve a intenção do Cade em aplicar penalidade para as Representadas no PA n° 08012.000778/2011-52 – e nem que pretendesse o poderia fazê-lo, já que as Representadas do segundo caso não figuravam no polo passivo do primeiro processo.

O Voto-Vista do Conselheiro Gilvandro de Araújo puxou o bloco favorável à tese da existência de *bis in idem*. Para ele, além da identidade de fatos investigados (dimensão objetiva), ambos processos administrativos (PA n.º 08012.004283/2000-40 e PA n.º 08012.000778/2011-52) apresentam a identidade de pessoa (dimensão subjetiva), configurando, assim, o *bis in idem*.

Quanto à base de cálculo utilizada, o Conselheiro Gilvandro de Araújo acrescentou que a utilização isolada do faturamento da Box 3 como base para a determinação da multa não afastaria a responsabilização material de todo o grupo econômico, dado que o art. 17 da Lei n° 8.884/94, vigente à época, já fixava a responsabilidade solidária para cobrança de multa aplicada. Assim, o Tribunal deveria se resguardar de aplicar sanção que resultasse em punição a todos os agentes econômicos envolvidos no ilícito, não apenas em termos processuais, mas também materiais. Isso teria ocorrido pela aplicação da alíquota de 5% sobre o faturamento da empresa – o que, segundo o Conselheiro, foi uma reprimenda substancial, tendo, por isso, causado prejuízo fático ao grupo econômico como um todo.

Em síntese, para o Conselheiro Gilvandro de Araújo, seguido pelos Conselheiros Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt e João Paulo de Resende, seria razoável supor que a prática de *sham litigation* por grupo econômico apresenta a identidade de fatos (elemento objetivo), mas também a identidade de pessoa (elemento subjetivo), havendo, portanto, a condenação de todo o grupo na pessoa da Box 3. Assim, o PA n° 08012.000778/2011-52 foi arquivado por maioria, contando com os votos dos Conselheiros Gilvandro Araújo, Cristiane Alkmin, João Paulo Resende e Paulo Burnier, o qual aderiu

ao pedido de arquivamento, ainda que contrário à tese de verificação de *bis in idem*.

3.2. Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41

No julgamento dos Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41¹⁹, o Conselheiro Relator Gilvandro de Araújo assinalou a não ocorrência de *bis in idem* em face da aplicação em dobro da pena, diante de uma aplicação estrita do art. 37, §1º²⁰, da Lei 12.529/2011, que determina que a multa seja dobrada em caso de reincidência.

No caso em tela, a White Martins argumentou que mesmo a pena de reincidência já havia sido aplicada à empresa em processo anterior, o qual tinha por objeto a investigação de um suposto cartel de gases (PA nº 08012.009888/2003-70). O Relator não afastou essa tese, acrescentou que a pena de reincidência aplicada no PA nº 08012.011881/2007-41 pretende penalizar infração de natureza continuada que teria perdurado durante os doze anos de vigência do Consórcio Gemini, que figurava no polo passivo no processo comentado.

Assim, por incluir período posterior à condenação de 2010, a infração deveria receber sanção por reincidência, que se caracteriza por apresentar novo fato e novo valor, e, por isso, não configura o *bis in idem*. Portanto, esse caso considerou especialmente a categoria processual de *bis in idem* combinada com análise dos requisitos materiais e subjetivos.

3.3. Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79

Os embargos de declaração do PA 08012.011142/2006-79²¹ envolveram empresas da indústria do cimento e foram relatados pela

¹⁹ Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41. Companhia de Gás de São Paulo (Comgás) x Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. Relator: Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Julgado em: 08.12.2016.

²⁰ Lei 12.529/2011: art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: [...] §1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro”.

²¹ Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Embargantes: Associação Brasileira das Empresas de Serviços de

Conselheira Ana Frazão. O caso trouxe o tema da ocorrência *parcial de bis in idem* na aplicação de multa fundada no faturamento bruto, especialmente no caso de empresa com participação societária em outra empresa já apenada.

A embargante alegou a existência de *bis in idem* parcial, considerando que, antes do julgamento do processo administrativo em comento, uma empresa que possuía participação societária indireta nos seus quadros já havia sido sancionada pelo Cade. Assim, a pena aplicada à embargante seria uma evidência de identidade subjetiva, uma vez que a pena aplicada tendo por base o faturamento bruto da empresa mencionada com participação indireta.

Em tese, poder-se-ia argumentar que a empresa com participação societária da embargante teria apresentado de modo autônomo em todos os momentos do processo, em termos de defesa e de distinção de práticas empresariais. Porém, considerando que a premissa de individualização e autonomia não foi contestada pelas Representadas durante o curso do processo, considerou-se que não seria cabido levá-la em sede de embargos declaratórios.

Com isso, aderindo às manifestações da ProCade quanto à multa de empresas com participações societárias e a determinação do faturamento bruto como base para a penalidade – conforme exige a lei –, a Conselheira Relatora Ana Frazão descartou a ocorrência de *bis in idem* na aplicação da multa, uma vez que não restou comprovado o comprometimento da autonomia jurídica da Representada para efeito das punições aplicadas pela participação societária da outra empresa.

3.4. Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22

No Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22²², também de relatoria da Conselheira Ana Frazão, ficou evidente a conclusão pela não existência de *bis in idem* quando da ocorrência de processos com objetos diversos.

Concretagem e outros. Relatora para os embargos: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 08/08/2015.

²² Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22. Empresa de Cimentos Liz S.A x Intercement Brasil S/A. Relator: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 24.06.2015.

A Relatora reiterou que, desde que as condutas imputadas já tenham sido julgadas pelo Cade, nada justificaria a dupla penalidade, sob pena de afronta ao princípio do *non bis in idem*. Ela acrescentou que, dada a natureza complexa da infração antitruste – passível mesmo de descobrimento de novos tipos infracionais no curso de um processo em andamento –, é corriqueiro definir apenas no julgamento do processo se as condutas já foram objeto de análise. Nos termos do Voto,

[a] alegação de que os processos, em princípio, tratam de objetos diversos – cartel e conduta unilateral – não pode justificar a aplicação de dupla penalidade à representada, quando se verifica que as condutas imputadas já foram julgadas pelo Cade, sob pena de afronta à vedação ao *bis in idem*.

Portanto, a conclusão foi de que os fatos descritos no nº 08012.010208/2005-22, embora claramente anticompetitivos, já haviam sido objeto de exame pelo Tribunal no Processo Administrativo nº 08012.0011142/2006-79 (vide análise supra). Assim, a condenação da representada representaria uma afronta ao princípio *ne bis in idem*.

3.5. Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51

Outro debate que acompanha a caracterização do *bis in idem* refere-se à instrumentalidade ou autonomia de práticas verticais – como fixação de preços de revenda, exigência de assinatura de acordos de exclusividade, criação de barreiras artificiais à entrada e à recusa de venda a outros distribuidores – em relação à prática de cartel.

No julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51²³, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior defendeu, em voto-vista, que tais condutas citadas no processo foram estratégias para instrumentalizar a prática de cartel. Nas palavras do Conselheiro,

No que se refere à fixação de preços de revenda [...], concordo [...] com a necessidade de punição adequada no caso concreto. Minha divergência reside na separação dessas condutas do contexto do

²³ Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Representadas: SEAE x Liquegás Distribuidora S/A e outras. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em: 07/12/2016.

cartel, uma vez que entendo que tais práticas foram sim ilegais, são altamente reprováveis, mas não foram condutas autônomas. Na verdade, foram estratégias para instrumentalizar o cartel e com ele estabelecem uma relação de continência. Nesses casos, apenas separadamente essas práticas em um mesmo processo pode configurar *bis in idem*.

Desta forma, apenas isoladamente tais práticas em um mesmo processo poderia configurar *bis in idem*, dada a evidente relação de continência com a prática de cartel, tese já apresentada pelo Conselheiro no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22.

3.6. Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11

No Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11²⁴, de relatoria do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, as Representadas alegam que a investigação brasileira comandada pela extinta SDE ou pela Superintendência-Geral, foi mera “cópia das investigações em curso nos Estados Unidos e na Europa”. Assim, a não apresentação de documentos novos e relevantes dados indicando de forma substantiva o potencial ou real efeito da alegada colusão no Brasil, violaria o princípio do *non bis in idem*. Conforme discutido no ponto anterior, trataria da categoria do *bis in idem* com conteúdo territorial.

O Relator pontuou que a investigação brasileira contou com a colaboração de pessoas jurídicas e naturais assumindo participação na conduta investigada, bem como fornecendo novos documentos e elucidando de fatos importantes para a formação da convicção do Cade. Além disso, foi firmado Acordo de Leniência Parcial, o qual contou com intensa colaboração dos seus Beneficiários e esforço de esclarecimento de fatos e efeitos no Brasil.

Assim, o Relator concluiu que, mesmo que fosse plausível a tese de *bis in idem*, caberia aos Representados apresentar os dados sobre o ramo de atividade, base cálculo legal para cálculo de penalidades, conforme art. 37, inciso I, da Lei 12.529/11, necessários para a verificação *in concreto*, pelo Cade, de penalidades aplicadas por outras autoridades, essencial para a

²⁴ Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11. Representadas: Mitsubishi, Elpida e Srs. Kiyotaka Shiromoto, Hiroyuki Ito e Yuji Anzai. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em: 23/11/2016.

verificação do *bis in idem*. Assim, ele não, acatou os argumentos elencados e afastou a preliminar que advogava pela ocorrência de dupla condenação.

3.7. Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11

No Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11²⁵, que teve como relator o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, discutiu-se a caracterização do *bis in idem* em razão de condenação por conduta mais abrangente.

As oito representadas já haviam sido condenadas em outro processo, chamado “cartel do cimento”, sendo que este abarcava a mesma conduta (tipo normativo, mercado, período e condutas anticompetitivas instrumentais). Assim, dada a continência apresentada, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira acolheu o teor do parecer do Ministério Público Federal, no sentido de caracterização de *bis in idem*, dada a presença de aspectos subjetivos (identidade de agente) e objetivos (identidade de fatos).

3.8. Requerimento de TCC nº 08700.004917/2017-54

No Requerimento de TCC nº 08700.004917/2017-54²⁶, de relatoria do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, e voto-vista do Conselheiro João Paulo de Resende, discutiu-se o tema do *bis in idem* em sede de acordo administrativo.

O TCC foi apresentado pela Compromissária no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12, instaurado em 08.12.2009 com o objetivo de investigar a ocorrência de cartel internacional no mercado de painéis de cristal líquido para transistores de película fina - TFT-LCD.

O Requerimento foi homologado em 20 de setembro de 2017 pelo Tribunal do Cade, e o Conselheiro João Paulo Resende apresentou um entendimento divergente da maioria. Para ele, pelo fato de se englobar três produtos que foram objeto de cartéis diferentes sob investigação, não há que

²⁵ Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11. Representadas: Intercement Brasil S.A. e outras. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Julgado em: 07/12/2016.

²⁶ Requerimento de TCC nº 08700.004917/2017-54 no Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12. Voto-Vista: Conselheiro João Paulo Resende. Voto de 20.09.2017.

se falar em flexibilização do ramo de atividade. Segundo o Conselheiro, o limite disposto no inciso I do art. 37 da Lei 12.529/2011 é por infração à ordem econômica, e não um limite para uma ou diversas infrações cometidas pela empresa que tenham o mesmo ano de instauração do processo administrativo.

Assim, não haveria que se falar também em *bis in idem*, pois este princípio impede que alguém seja punido mais de uma vez pelo mesmo fato, ou seja, exige a dimensão objetiva (identidade de fato) e a dimensão subjetiva (identidade de agente).

3.9. Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16

Por fim, em 08 de agosto de 2018 o Tribunal do Cade julgou o Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16²⁷, referente a um caso de cartel internacional de aparelhos eletroeletrônicos de direcionamento de fluxo de energia elétrica com isolamento a gás (*gas-insulated switchgear*, ou “GIS”), com relatoria da Conselheira Polyanna Vilanova.

A Conselheira Relatora propôs uma discussão de *bis in idem* a partir da provocação de parte das Representadas a título de preliminar. O argumento central das Representadas era que eventual punição imposta pelo Cade “pelos mesmos fatos” já punidos em diversas jurisdições incorreria em *bis in idem*. Trata-se, portanto, de alegação de *bis in idem* com conteúdo territorial. A Conselheira Polyana afastou a preliminar, ressaltando que:

Esta tese levantada não pode prosperar por uma razão muito simples. A configuração do *bis in idem* deve analisar os fatores *subjetivos* e *objetivos*. A tese apresentada somente considerou o suporte subjetivo para a análise do *bis in idem*, ignorando a necessária análise objetiva sobre o contexto da conduta e os fundamentos do sancionamento.

O fato de a empresa já ter sido punida por um determinado suporte fático não afasta a possibilidade da análise por outras jurisdições. Por exemplo, a análise promovida pela Comissão Europeia não teve como escopo, como não poderia (por ausência de competência sobre o território brasileiro), um juízo da probabilidade de efeitos sobre a conduta investigada pelo Cade. Não se poderia falar em uma suposta

²⁷ Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16. Relatora: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Julgado em: 08/08/2018.

“prevenção” internacional que afaste a competência do Cade sobre condutas praticadas no estrangeiro.

Portanto, o Tribunal do Cade afastou, expressamente, a hipótese de “prevenção” no caso de cartéis internacionais, em sintonia com a teoria dos efeitos preconizada pela lei antitruste brasileira. Em outras palavras, ficou expressamente consolidado que eventuais punições no contexto internacional de condutas anticompetitivas não impedem investigações (e eventual sanção) por parte do Cade.

4. Conclusões

Neste trabalho, ressaltou-se a tríplice identidade que fundamenta os requisitos para a verificação do *bis in idem*: i) subjetiva, ii) conduta objetiva já sancionada e iii) fatos e fundamentos. No último, cabe avaliar os bens jurídicos que podem ter sido lesada na conduta, para além da materialidade do fato.

Após a análise e discussão dos nove julgados, concluiu-se que a jurisprudência do Tribunal do Cade ainda padece de elementos suficientes para eventual consolidação institucional no *enforcement* antitruste no tema. Isso pode ser explicado por se tratar de uma discussão ainda incipiente nos casos brasileiros.

Uma proposta possível seria um desenho institucional que permita identificar a existência de *bis in idem* por meio de uma análise *ex ante*, preferencialmente ainda na fase inquisitorial do processo administrativo. Entende-se que, remeter ao Tribunal como questão prejudicial, isto é, sem valoração das provas, eliminaria o risco de uma instrução inútil diante de um arquivamento pela verificação de *bis in idem* na fase de julgamento do processo administrativo. Considerando os recursos escassos da autoridade antitruste brasileira, seria uma forma de garantir maior eficiência nas atividades da Administração Pública.

Ademais, salienta-se a necessidade de articulação e cooperação entre os órgãos persecução de condutas plurifacetada (como o cartel com indícios de corrupção ou improbidade administrativa), isto é, práticas cuja tipicidade tem fronteiras para além do antitruste – atraindo, assim, a competência de outros órgãos de persecução. Essa necessidade se justifica pela avaliação pela preferência do órgão mais adequado para restaurar os bens jurídicos lesados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52. Representada: MC 3 Vídeo Produções Ltda. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira. Julgado em: 08/06/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41. Companhia de Gás de São Paulo (Comgás) x Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. Relator: Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Julgado em: 08/12/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Embargantes: Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem e outros. Relatora para os embargos: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 08/08/2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22. Empresa de Cimentos Liz S.A x Intercement Brasil S/A. Relator: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 24/06/2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Representadas: SEAE x Liquegás Distribuidora S/A e outras. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em: 07/12/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11. Representadas: Mitsubishi, Elpida e Srs. Kiyotaka Shiromoto, Hiroyuki Ito e Yuji Anzai. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em: 23/11/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11. Representadas: Intercement Brasil S.A. e outras. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Julgado em: 07/12/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Requerimento de TCC nº 08700.004917/2017-54 no Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12. Voto-Vista: Conselheiro João Paulo Resende. Voto de 20/09/2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16. Relatora: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Julgado em: 08/08/2018.

CONWAY, Gerard. *Ne Bis in Idem* in International Law. *International Criminal Law Review*, vol. 3, p.217-233, 2003.

FIGUEIREDO, Natália de Lima. Considerações sobre a aplicação do princípio do *ne bis in idem* em casos de cartéis internacionais no Brasil. *Revista do IBRAC*, vol.18, n.19, jan./jun. 2011.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência – Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, vol.16, p. 11-75, jul./set. 2005.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013.

OSORIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSANÒ, Alessandro. *Ne bis interpretatio in idem? The two faces of the ne bis in idem principle in the case law of the European Court of Justice*. *German Law Journal*, vol. 18 n. 01, 2017.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência (RDC)*, vol. 2, n.2, nov. 2014.

TORRADO, María Lourdes Ramírez. El *non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 40, 2013.

WILS, Wouter P.J. The principle “ne bis in idem” in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis. *World Competition*, vol. 26, n.2, 2003.

ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A ARBITRAGEM COMO MÉTODO PARA A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PRIVADAS QUE ENVOLVAM MATÉRIA CONCORRENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Danilo Brum de Magalhães Júnior

Resumo: Este trabalho visa analisar o uso da arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial, tendo como pano de fundo a legislação brasileira. Defende-se que, de modo geral, procedimentos arbitrais envolvendo matéria concorrencial se inserem em um contexto de *private enforcement* do Direito Concorrencial, embora haja excepcionalmente um apertado espaço para utilização no *public enforcement*. Assim, a esfera de competência do árbitro seria adstrita à determinação de consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial, o que não se confunde com a atuação administrativa do CADE na proteção da concorrência como direito difuso.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito Concorrencial. Arbitrabilidade. Litígios. Private Enforcement.

Introdução

Nas palavras de James Bridgeman, “*arbitration of competition law is the meeting of two black arts*”¹. Significa dizer que o Direito Antitruste e o instituto da arbitragem são assuntos aparentemente contraditórios e incompatíveis, isto porque “a natureza pública do direito da concorrência e a especial importância dos seus princípios e finalidades tornam a sua arbitrabilidade questionável”². Mais especificamente, a fim de cumprir com

¹ Tradução nossa: “Arbitrabilidade de leis concorrenciais é um encontro de duas artes negras”. (BRIDGEMAN, JAMES. *The Arbitrability of Competition Law Disputes*. In: **European Business Law Review**, nº 19, pp. 147–174, 2008, p. 147).

² TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. **A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts**. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Volume I. Organizadores: Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, p. 445.

seu objetivo de proteção ao mercado (livre iniciativa e livre concorrência), diz-se que o Direito concorrencial brasileiro tem caráter eminentemente público e é comumente associado à noção de ordem pública³ sendo as normas de direito Concorrencial consideradas como normas imperativas.

Nessa esteira, a arbitragem, de um lado, é um método de solução de disputas oriundo de uma criação da autonomia privada, pois sua base é um acordo de vontade das partes para submeter um futuro ou atual litígio a um julgador privado, o árbitro, retirando os poderes do âmbito do juízo estatal⁴. De outro lado, o Direito Concorrencial, também chamado de Direito Antitruste⁵, pode ser entendido como um conjunto de normas que tem por

³ Calixto Salomão Filho identifica a ordem concorrencial com o que chama de "Constituição Econômica" de um Estado, ou seja, o conjunto de direitos fundamentais e garantias institucionais que conformam o sistema econômico de um dado país. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, 1ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 37-38). Eros Grau, por sua vez, traz o conceito de "ordem pública econômica", a qual compreenderia o conjunto de medidas, empreendidas pelo poder público, tendentes a organizar as relações econômicas. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed., Malheiros, 2012, p. 60). Cita também mais gente nesse sentido como Paula Forgioni e algumas decisões do CADE

⁴ KOMMINOS, Assimakis. *Arbitration and EU Competition Law*. University College London, Department of Law. London, 2009. p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105>. Acessado em: 30 dez. 2017.

⁵ Em que pese a multiplicidade de expressões aplicadas à matéria de defesa da concorrência (tais como: Direito Antitruste, Direito Concorrencial e Direito da Concorrência, por exemplo), houve preferência de utilização da expressão "Direito Concorrencial" no presente trabalho. Ressalta-se, contudo, que algumas será possível encontrar algumas citações diretas onde os autores utilizaram outras formas de expressão para designar o Direito Concorrencial. Registra-se que a expressão "Direito Antitruste" é derivada do que os norte-americanos chamam de *antitrust law*. Essa identificação ocorreu, acima de tudo, devido ao fato de que as mais repudiadas concentrações econômicas estavam estabelecidas na forma de truste, como, a exemplo, a *Standard Oil*. Então, como direta consequência da aversão a esses trustes, ocorreu a generalização do termo truste para qualquer tipo de concentração, surgindo a denominação *antitrust*. Apesar dessa generalização, esse tipo de concentração não era predominante, sendo que somente um menor número de concentrações ocorria na modalidade de truste. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 70).

objetivo corrigir eventuais falhas de mercado por meio da restrição de atos e práticas que cerceiem o processo concorrencial⁶. Ou seja, a autonomia privada, que cria a arbitragem, também pode estar sujeita ao controle do Estado por meio do Direito Antitruste⁷.

Os sistemas tradicionais de controle antitruste são públicos (*public enforcement*) e privados (*private enforcement*)⁸. A aplicação privada contribui para proteger a concorrência sadia de forma eficaz e eficiente, juntamente com a execução pública. Este meio de combate a ilícitos concorrenciais é bastante significativo nos Estados Unidos, mas é pouco utilizado no Brasil. Na prática, assim, o direito concorrencial é principalmente imposto pelas autoridades da concorrência, no caso do Brasil, nos termos da Lei 12.529/11, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e sujeitas à revisão do Poder Judiciário.

Apesar disso, controvérsias envolvendo Direito concorrencial podem surgir em relações jurídicas privadas, que tenham como matéria de fundo Direitos patrimoniais disponíveis, aptas a serem resolvidas pela arbitragem. É nessa intersecção entre o interesse público (concorrência) e o interesse privado (arbitragem) que reside a problemática do presente trabalho.

Uma das hipóteses para a intersecção entre o Direito concorrencial e a arbitragem é a identidade dos *players* que utilizam tal mecanismo de solução de controvérsias e que estão sob a supervisão dos órgãos de controle da concorrência. Explica-se: em razão dos elevados custos financeiros⁹ que a

⁶ WILLIAMSON, Oliver E. Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations. In: **Harvard Law Review**, Vol. 85, No. 8, 1972, p. 1512-1531.

⁷ KOMMINOS, Assimakis. *Arbitration and EU Competition Law*. University College London, Department of Law. London, 2009. p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105>. Acessado em: 30 dez. 2017, p. 3.

⁸ Devido as origens e a influência do direito antitruste norte americano, costuma-se utilizar a palavra do inglês, *enforcement*, em referência a aplicação coercitiva do direito. Neste texto, utilizaremos como sinônimos as expressões *enforcement* e aplicação, no sentido de aplicação coercitiva do direito, ao longo do presente trabalho.

⁹ Neste ponto, cabe fazer ressalva que estudos mais recentes utilizando ferramentas analíticas para dimensionar corretamente a problemática dos custos da Arbitragem demonstram que as diversas características do instituto da arbitragem devem ser analisadas de um ponto de vista da ciência econômica,

arbitragem pode demandar, verifica-se na prática¹⁰ que ela vem sendo mais utilizada para resolução de negócios jurídicos de maior importância e de ampla complexidade técnica. Em razão destas características dos contratos que são levados à arbitragem, é comum que, por vezes, estes conflitos tenham como partes empresas de grande porte que possuam posição de destaque nas suas respectivas áreas de atuação (leia-se, poder de mercado ou operações econômicas sujeitas à supervisão concorrencial). Estas empresas, por seu turno, são exatamente os agentes econômicos cuja atuação, muito em razão de seu poder de mercado, é mais sensível aos olhos do Direito Concorrencial.

Estudos anteriores sobre a relação entre Arbitragem e Concorrência se restringiram a analisar, de regra, a arbitrabilidade de litígios que envolvam direito concorrencial¹¹. Neste contexto, existe um entendimento doutrinário que permite a arbitrabilidade de conflitos privados que esbarrem na matéria concorrencial, uma vez que o direito de ação previsto no artigo 47 da lei

levando em conta os custos de transação e oportunidade. Desta forma, as empresas e agentes econômicos não devem restringir-se apenas em considerar os talvez elevados custos diretos e financeiros da arbitragem, mas fazer sempre uma avaliação para verificar se as suas características mencionadas irão de fato reduzir os custos de transação e oportunidade. Neste sentido: TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem A Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁰ Neste sentido, à título exemplificativo, em março de 2017 foi publicado na imprensa que valor médio em disputas no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) cresceu 62% no ano de 2016. O valor médio saltou de R\$ 83 milhões em 2015 para R\$ 136 milhões em 2016. VALOR médio em disputas de arbitragens no CAM-CCBC cresce 62%. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 mar. 2017. Brasil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-25/valor-medio-disputas-arbitragens-cam-ccbc-cresce-62>>. Acessado em: 17 fev. 2018.

¹¹ Muito embora exista hoje um início de debate acadêmico sobre utilização da arbitragem em matéria concorrencial, é fato que inexistem dados no Brasil sobre a suscitação de matéria concorrencial em procedimentos arbitrais domésticos, muito provavelmente pelo sigilo dos procedimentos arbitrais. Além disso, no desenvolvimento do presente trabalho, não foi encontrado nenhum registro de discussão como sobre o tema nos bancos de dados de acórdãos dos tribunais brasileiros (STJ, STF, TRF's e Tribunais Estaduais). Identificamos apenas os casos do CADE que serão tratados no presente trabalho.

12.529/11, nada mais é do que um direito que pode ser livremente transacionado entre as partes, cabendo, portanto, no requisito objetivo de arbitrabilidade previsto no art. 1º da lei nº 9.307/96¹².

Tanto é assim que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além de já vir estimulando o debate sobre o tema em eventos científicos¹³, também vem utilizando o mecanismo arbitragem como remédio para solucionar os problemas concorrenciais identificados em alguns importantes atos de concentração¹⁴.

E justamente por estar se proliferando a ideia de utilização de outros métodos de resolução de disputas para solucionar controvérsias concorrenciais é que existe a necessidade de se estudar as situações em que a utilização do instituto da arbitragem seria juridicamente possível para solucionar disputas privadas que envolvam matéria concorrential no Direito brasileiro, evitando, inclusive, uma possível inversão da lógica de incentivos das normas de defesa da concorrência¹⁵.

¹² Esta, inclusive, foi nossa conclusão em trabalho de conclusão defendido nesta Escola de Direito em 2014. (MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. **ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A Arbitrabilidade dos Direitos Protegidos pela Lei 12.529/11 e o Instituto da Arbitragem no Contexto do Direito Brasileiro**. 2014. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014).

¹³ Neste sentido: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE debate arbitragem em seminário**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>>. Acessado em: 17 fev. 2018.

¹⁴ O CADE utilizou a arbitragem em pelo menos quatro oportunidades como forma de remédios antitruste em atos de concentração. A saber: 1) Caso "ICL-Bromisa" (Processo nº 08700.000344/2014-47); 2) Caso "ALL-Rumo" (Processo nº 08700.005719/2014-65); 3) Caso "BM&FBovespa-Cetip" (Processo nº 08700.004860/2016-11); e 4) Caso "AT&T-TimeWarner" (Processo nº 08700.001390/2017-14). Os 4 casos serão abordados ao longo do presente trabalho. O inteiro teor das decisões pode ser acessado em <<http://www.cade.gov.br>>.

¹⁵ Alexandre Cordeiro Macedo, neste sentido, destaca que "as normas de defesa da concorrência possuem uma estrutura de incentivos montada para estimular a concorrência e desestimular os agentes a praticarem atos anticompetitivos, de maneira que ao se julgar um caso concreto cujo resultado seja um *enforcement* imperfeito o operador da norma antitruste inverte sua estrutura de incentivos

Dentro deste contexto, o presente ensaio traz como problemática a utilização da arbitragem em questões relativas ao Direito Concorrencial. Mais especificamente, busca-se responder duas perguntas: (i) há possibilidade jurídica da utilização da arbitragem como meio de resolução de disputas privadas, em alguma medida, esbarrem em questões concorrenciais? e (ii) qual é o limite da atuação do árbitro frente às autoridades estatais de defesa da concorrência?

2. A arbitralidade do direito concorrenciais brasileiro

O emprego da arbitragem somente será possível se a relação jurídica estiver revestida de certos requisitos que autorizam a sua utilização. Assim, não é qualquer litígio que está apto a ser resolvido por esse mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, mas somente aqueles que satisfaçam os requisitos de admissibilidade impostos pela lei.

De acordo com o artigo 1º da Lei de Arbitragem, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹⁶. Desta forma, para que as partes possam submeter um litígio à arbitragem, é necessário que estejam presentes as condições¹⁷ para a arbitralidade subjetiva e para a arbitralidade objetiva¹⁸.

fornecendo um 'prêmio' ao suposto infrator e punindo aquele agente que pautou suas condutas pelos princípios da ordem econômica. Não é demais ressaltar que, intrínseco as situações de *enforcement* imperfeito, existe um alto custo social " (MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Restrições Verticais no Direito Antitruste Brasileiro à Luz da Análise Econômica do Direito**. Dissertação de Mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Brasília, 2014).

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁷ LEMES, Selma Maria Ferreira. **A Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitralidade Objetiva**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acessado em 02 fev. 2018.

¹⁸ Sobre o tema, cabe destacar uma crítica tecida por Cândido Rangel Dinamarco: “Pensando bem, e vendo esses conceitos fora da cultura dos arbitralistas, a arbitralidade não é objetiva nem subjetiva. Falar em arbitralidade é falar na suscetibilidade de dado conflito à solução arbitral, e nada mais. O que há de objetivo e de subjetivo são as causas excludentes da arbitralidade, de modo que, ocorrendo uma delas, o conflito deixa de ser arbitrável ainda quando a outra não

Nesse contexto, indaga-se como deverá um árbitro (ou mesmo as partes e advogados no desenho de suas cláusulas ou compromissos ou os centros de arbitragem), sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, portar-se em uma disputa na qual os litigantes tenham arguido, ainda que incidentalmente, questões relativas ao Direito Concorrencial, levando-se em consideração as características peculiares que distinguem esse ramo do Direito.

A arbitrabilidade subjetiva tem relação direta com a capacidade das partes de contratar, de assumir direitos e obrigações no universo jurídico¹⁹. Significa dizer que, a arbitrabilidade subjetiva de um litígio depende da análise se as partes que pretendem utilizar a arbitragem: (i) firmaram convenção arbitral; (ii) podem ser atingidos pelos efeitos do compromisso arbitral; e (iii) se tais efeitos podem lhes ser opostos coercitivamente²⁰.

ocorra. Se a falta da chamada arbitrabilidade objetiva, isso basta para que o conflito não seja arbitrável. Se faltar a arbitrabilidade subjetiva dá-se o mesmo. Só a arbitrabilidade objetiva, sem a subjetiva, não basta para que haja uma concreta arbitrabilidade. O mesmo quando só está presente a arbitrabilidade subjetiva e não a objetiva. Vendo as coisas dessa maneira, o que se percebe é uma delimitação objetiva e uma delimitação subjetiva da arbitrabilidade, de modo que um conflito só será arbitrável quando estiver cumulativamente contido no âmbito de uma e de outra. Mas essa linguagem conta com absoluta aceitação e é pacificamente praticada na teoria da arbitragem, não havendo razão para afastá-la. Vale somente a observação aqui dirigida por um não arbitralista ao espírito dos não arbitralistas em geral, como contribuição ao melhor entendimento daqueles conceitos segundo uma boa lógica verbal” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 76). No mesmo sentido é a crítica de Diego Franzoni, o qual destaca que: “[...] em nossa opinião, a primeira parte do art. 1º da Lei de Arbitragem é absolutamente inútil. Seu efeito prático consiste em repetição desnecessária de regras sobre capacidade, representação e assistência do Código Civil. É evidente que aqueles que são capazes de contratar podem se valer da arbitragem, seria um contrassenso se não pudessem. Ademais, mesmo por um ângulo objetivo, essa disposição não tem qualquer relevância, porque a transacionabilidade de um direito (capacidade de contratar sobre ele) também não é critério para arbitrabilidade objetiva.” (FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.77-78).

¹⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30-31.

²⁰ FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 78

Neste ponto, quando estamos diante de entes privados, a questão é saber se, em primeiro lugar, as partes que pretendem utilizar a arbitragem para resolver alguma disputa que envolva matéria concorrencial firmaram convenção arbitral. Ela pode ser uma cláusula compromissória contida em instrumento contratual existente entre as partes ou em acordo firmado com o CADE ou, ainda, um compromisso arbitral, por exemplo.

Por fim, deve-se analisar se os efeitos do compromisso arbitral podem ser opostos às partes coercitivamente, caso uma delas se recuse a se submeter à arbitragem. No caso, deve-se analisar se as partes tinham aptidão para o exercício do direito de contratar no momento da pactuação do compromisso arbitral e se inexistiam quaisquer hipóteses de incapacidades relativas ou absolutas.

Já com relação à arbitrabilidade objetiva, diferentemente de outros países, a legislação brasileira não previu de forma expressa a vedação *per se* de arbitragem envolvendo temas de ordem pública²¹. Neste sentido, Ricardo de Carvalho Aprigliano ressalta que é um equívoco afirmar que a matéria de ordem pública não seja arbitrável. Para o autor, a origem da confusão que existe está na mistura de conceitos como a indisponibilidade de direitos e o controle da ordem pública, como se fossem fenômenos idênticos, ou umbilicalmente associados. Segundo o autor, "Se é fato que tudo que é indisponível é de ordem pública, o inverso não é verdadeiro. Nem todas as matérias que se inserem na conceituação de ordem pública envolvem direitos

²¹ São 3 as referências à "ordem pública" na Lei nº 9.307/96, mas nenhum desses dispositivos diz respeito à arbitrabilidade:

I. O artigo 2º, §1º, o qual limita-se a impedir a escolha de regras que violem a ordem pública;

II. O inciso II do artigo 39, o qual, por sua vez, dispõe não ser passível de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça uma sentença arbitral estrangeira proferida em ofensa à ordem pública nacional; e

III. O parágrafo único do mesmo artigo 39, o qual afasta a possibilidade de alegação de ofensa à ordem pública em matéria de citação. Nenhum desses dispositivos diz respeito à arbitrabilidade.

Assim, a ordem pública no critério adotado pelo direito brasileiro serve como "um limite ao poder decisório dos árbitros e não como um critério de arbitrabilidade do litígio. Ou seja, a imperatividade *per se* não é um óbice à submissão do litígio à arbitragem, já que o árbitro poderá aplicar tais normas durante o transcurso do procedimento.

indisponíveis"²². Pedro Batista Martins, no mesmo sentido, adverte que é um engano considerar que a matéria de ordem pública não seja arbitrável, pois “ao árbitro não é vedado decidir questões que contemplem ordem pública, mas, tão-somente, conflitos que tenham por objeto direito indisponível”²³.

Desta forma, não há, *per se*, uma exclusão de matérias que interessem à ordem pública do litígio arbitral.²⁴ Nessa esteira, nos termos do artigo 1º da LBA, o campo da arbitrabilidade é definido no direito brasileiro em função da patrimonialidade e da disponibilidade dos direitos em discussão.

O problema reside no fato de que: (i) o Direito Concorrencial brasileiro, é regulado pela Lei 12.529/11, considerada imperativa e de ordem pública com o objetivo de tutelar direitos difusos, pertencentes à coletividade, extrapolando, portanto, a órbita individual. Em outras palavras, trata-se de um direito de todos, mas de ninguém individualizadamente; e (ii) o conteúdo imediato do Direito Antitruste não é de natureza patrimonial, de maneira que, além de ultrapassar a esfera individual, não podem os litigantes transigir sobre os direitos.

Assim, tendo-se em vista que o legislador brasileiro optou que só podem ser objeto de arbitragem no Brasil os “direitos patrimoniais disponíveis”, poder-se-ia chegar à conclusão lógica de que foge aos domínios de uma arbitragem substituir-se às autoridades, administrativas ou judiciais, na aplicação do Direito da Concorrência, uma vez que o Estado reservou o papel de guardião de uma determinada ordem econômica ao Tribunal Administrativo do CADE ou ao Poder Judiciário.

No entanto, como vimos, não se pode ignorar que os agentes econômicos sempre devem ser vistos como responsáveis pelas consequências

²² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A Ordem Pública no Direito Processual Civil**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 53.

²³ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4.

²⁴ Ressalta-se que, no mesmo sentido da autora, Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney destacam que “a lei brasileira não exclui as ‘matérias de ordem pública’ do objeto possível de um procedimento arbitral”. (CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. **Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral**. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. (org.). *Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003)

prováveis e previsíveis da atividade na qual se envolvem, inclusive quando ilícitas à luz do Direito Antitruste. Ou seja, embora o Direito Antitruste, em sua essência, proteja a coletividade contra desvios (abusos) no mercado, seria inaceitável imaginar que o prejuízo individual (cliente, concorrente, consumidor) pudesse ser inteiramente subsumido, em termos privados, à sanção administrativa.

Desta forma, evidente que a defesa da concorrência não se faz apenas no âmbito do CADE²⁵. Por este motivo, o artigo 47 da lei 12.529/11 legitima que os sujeitos prejudicados, com efeitos na esfera privada, por infração à ordem econômica possam pleitear na esfera judicial, visando o ressarcimento da indenização por perdas e danos sofridos pela prática da infração.

Assim, nos termos da Lei 12.529/11, portanto, tem-se que a tutela administrativa do Direito Antitruste não esgota as ações em face dos infratores da legislação concorrencial, especialmente para o ressarcimento de cada indivíduo lesado, ou seja, enquanto o Processo Administrativo perante o CADE tem como objeto a imposição de multa por infração administrativa, a ação judicial visa à reparação dos danos causados ou a cessação da conduta.

Enquanto a aplicação direta do Direito Antitruste perante o CADE visa a proteção de direitos da coletividade, o prejudicado que busca reparação de seus prejuízos, com fundamento no artigo 47 da lei 12.529/11, está em defesa de um direito individual ou individual homogêneo²⁶.

No que tange aos direitos individuais buscados pelo prejudicado, portanto, à luz do artigo 47 da Lei Antitruste brasileira, observa-se que não há vedação legal para aplicação das normas de Direito Antitruste no juízo arbitral, uma vez que o direito de ação previsto no artigo 47 da lei 12.529/11, nada mais é do que um direito que pode ser livremente transacionado entre as partes, cabendo, portanto, no requisito objetivo de arbitrabilidade previsto no art. 1º da lei nº 9.307/96. A indisponibilidade do Direito Concorrencial, portanto, “encontra-se no âmbito coletivo e não no âmbito individual”²⁷.

²⁵ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 155.

²⁶ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, novembro 2013, pp. 11-31.

²⁷ ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Org.). **Arbitragem**

Tanto é assim que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica vem utilizando o mecanismo arbitragem como remédio solucionar os problemas concorrenciais identificados em alguns importantes atos de concentração²⁸.

No âmbito acadêmico, encontrou-se pelo menos 9 publicações discutindo arbitrabilidade objetiva do Direito concorrencial brasileiro, sendo que todos os autores foram enfáticos a confirmarem a arbitrabilidade. O quadro abaixo resume o posicionamento dos autores.

Figura 3 – Arbitrabilidade Objetiva do Direito Concorrencial Brasileiro

AUTOR / ANO PUBLICAÇÃO	ARBITRABILIDADE OBJETIVA DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO
Pedro Paulo Salles Cristofaro, e Rafael de Moura Rangel Ney (2003)	"há uma forte inclinação em atribuir-se aos árbitros a competência para decidir controvérsias que envolvam a aplicação de normas de Direito da Concorrência"
José Gabriel Assis de Almeida (2008)	"o tribunal arbitral não pode se escusar de aplicar o direito da concorrência em um determinado litígio. Essa inescusabilidade (...) tem a ver com o caráter dispositivo, ou não, de determinadas normas da ordem pública brasileira"
Isabel Vaz (2009)	"Não existem, ao que se sabe, precedentes no Direito Brasileiro, embora, <i>en passant</i> , alguns arbitralistas, ao discorrerem sobre a arbitragem, se refiram à possibilidade do recurso a essa jurisdição para solucionar questões antitruste"
Daniela Gabbay, e Ricardo Pastore (2014)	No que diz respeito à violação à ordem econômica, poder-se-ia pensar à primeira vista que tal matéria seria indisponível, o que também não é verdade, especialmente quando se está tratando de demandas reparatórias ajuizadas pelas partes prejudicadas para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, o que pode ocorrer independentemente do inquérito ou processo administrativo (tal como previsto no art. 47 da Lei n. 12.529/2011)
Danilo Brum de Magalhães Júnior (2014)	Ocorre, no entanto, que o Direito da Concorrencial brasileiro, embora público na sua natureza, gera direitos cujos titulares são particulares ou situações jurídicas que podem ser tuteladas ou exercidas por privados, havendo, nestas hipóteses, grandes indícios acerca da possibilidade jurídica de aplicação de normas de Direito antitruste pelo juízo arbitral no contexto brasileiro, desde que haja um compromisso arbitral entre as partes.
Bruno Bastos Becker (2015)	A questão da arbitrabilidade de questões concorrenciais parece já ter sido superada em âmbito internacional e nacional, admitindo-se, no Brasil, que árbitros decidam a respeito de questões concorrenciais (...)
Rodrigo Camargo Cavalcanti (2015)	A ausência de previsão legal sobre a utilização da arbitragem pelo CADE não se mostra, enfim, nenhum obstáculo, já que nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional o impede de fazê-lo
Yane Dantas (2017)	A conclusão a que se chega é a de que a arbitragem pode ser utilizada por empresas e indivíduos, uma vez que a lei antitruste permite que os prejudicados busquem indenização perante o Judiciário, mas não os força a fazê-lo, o que demonstra que esse direito pode ser livremente disposto e, portanto, podem também ser sujeitos a negociação e resolução pela via arbitral
Lucas Moreira Jimenez (2017)	Em vista disso, a doutrina brasileira é praticamente uníssona em reconhecer que, por maioria de razão, aqueles legitimados a pleitear reparação por infração à ordem econômica na esfera judicial estão igualmente legitimados a recorrer à esfera arbitral.

Fonte: Elaborado pelo autor²⁹.

Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 203

²⁸ O CADE utilizou a arbitragem em pelo menos quatro oportunidades como forma de remédios antitruste em atos de concentração. A saber: 1) Caso "ICL-Bromisa" (Processo nº 08700.000344/2014-47); 2) Caso "ALL-Rumo" (Processo nº 08700.005719/2014-65); 3) Caso "BM&FBovespa-Cetip" (Processo nº 08700.004860/2016-11); e 4) Caso "AT&T-TimeWarner" (Processo nº 08700.001390/2017-14). Os 4 casos serão abordados ao longo do presente trabalho. O inteiro teor das decisões pode ser acessado em <<http://www.cade.gov.br>>.

²⁹ Os posicionamentos foram retirados das obras a seguir listadas: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo

Verifica-se, portanto, que apesar da questão da arbitrabilidade do Direito Concorrencial não ter sido objeto de intenso debate no Judiciário brasileiro, muito possivelmente porque o contencioso envolvendo matéria concorrencial ainda é incipiente no Brasil³⁰, há um claro sinal por parte da

Ramalho. (org.). **Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Org.). **Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008; VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. vol. 16. São Paulo, 2009, p. 353-385; 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; MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. **ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A Arbitrabilidade dos Direitos Protegidos pela Lei 12.529/11 e o Instituto da Arbitragem no Contexto do Direito Brasileiro**. 2014. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014; BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>. Acessado em: 03 fev. 2018; CAVALCANTI, Rodrigo Camargo. Acordos em Controle de Concentrações e o instituto da Arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**. vol. 3, nº 2. Brasília, 2015; DANTAS, Yane Pitangueira. 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**, vol. 5, pp. 231-246, 2017; JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

³⁰ Esta foi a conclusão alcançada no relatório sobre o Brasil que integrou outro estudo da OCDE sobre o *enforcement* privado do Direito Concorrencial – *Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement*. Uma das razões apontadas pelo relatório é a falta de familiaridade de juízes com a matéria em questão, que ainda impera no judiciário brasileiro: “Also, on the side of the judiciary itself, the prolonged time that appeals can take within the Brazilian judiciary and judges’ lack of familiarity with antitrust strongly contribute to discourage actions for damages.” (ORGANIZAÇÃO

doutrina e da autoridade concorrencial do Brasil no sentido de ser possível a utilização do procedimento arbitral no direito antitruste³¹, sendo até recomendável por parte da autoridade concorrencial o fomento de tal prática, em razão dos benefícios dela advindos³². Caso tal matéria simplesmente fosse considerada como não arbitrável, “haveria um enorme potencial para manobras táticas objetivando interferir nos efeitos apropriados de uma convenção de arbitragem”³³.

Portanto, no atual panorama da legislação brasileira, é possível concluir pela possibilidade jurídica de utilização da arbitragem (arbitrabilidade) para resolução de conflitos privados, que em alguma medida esbarram em questões concorrenciais, cabendo ao árbitro, na análise do caso em concreto, analisar, ainda, se a disputa travada entre as partes está no escopo da convenção de arbitragem por elas firmada.

2.1 Os limites da atuação do árbitro em face das autoridades estatais de defesa da concorrência

Verificada a possibilidade jurídica de utilização da arbitragem (arbitrabilidade) para resolução de conflitos privados, que em alguma medida esbarram em questões concorrenciais, questiona-se qual é o limite entre as esferas de competência do árbitro e das autoridades de defesa da concorrência? Definir a linha demarcatória entre a jurisdição exclusiva das

PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee on Co-operation and Enforcement. **Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil**. Paris, 2015, p. 3. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Acesso em 30 jan. 2018).

³¹ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 242.

³² Neste sentido: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE debate arbitragem em seminário**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>>. Acessado em: 17 fev. 2018.

³³ DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010, p.162.

autoridades estatais e a esfera de competência do árbitro nem sempre é tão evidente.

A OCDE, nas conclusões do relatório da pesquisa sobre Arbitragem e Concorrência concluiu que “um árbitro não pode impedir autoridades de concorrência de exercerem seus próprios poderes para fazer cumprir o direito da concorrência”³⁴. Para a OCDE, o árbitro “só pode intervir para determinar as consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial”³⁵.

Significa dizer que, na prática, de maneira geral, o árbitro pode determinar consequências de direito civil pela violação do direito concorrencial por uma das partes³⁶ (*ex post allocation* ou controle de condutas), excluindo do escopo do árbitro matérias de *public enforcement*³⁷. Ou seja: o árbitro não pode investigar e punir uma conduta de cartel e impor aos seus participantes multas em benefício da sociedade, mas somente determinar o ressarcimento de uma parte lesada pelos danos sofridos em razão da prática anticompetitiva³⁸.

³⁴ No original: “[...] an arbitrator cannot prevent competition authorities from exercising their own powers to enforce competition law.” (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11).

³⁵ No original: “[...] arbitrator can only intervene to determine the overarching civil law consequences relevant to the application of competition law.” (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11).

³⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11

³⁷ PINTO, Débora. *The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process*. Tese de Mestrado, Maastricht University, 2016, p. 7.

³⁸ Neste sentido: “o árbitro pode decretar a nulidade de um acordo contrário às regras de ordem pública da concorrência, mas ele não pode determinar a aplicação de multas em razão da violação da legislação antitruste” (GONÇALVES, Eduardo

Existe a discussão acerca da possibilidade do árbitro de, além de aplicar as sanções pecuniárias de ordem civil, reconhecer a contrariedade de determinada conduta com o Direito Concorrencial, determinando a invalidade/nulidade de contrato ou cláusula com base neste julgamento. Aqui, a solução parece ser largamente positiva, na medida em que é permitido às cortes estatais reconhecer em ilicitude de condutas em caráter incidental, não havendo razão para se entender em sentido diverso com relação ao juízo arbitral.³⁹

Os árbitros ainda detêm um espaço, embora muito limitado, para aplicação *ex ante allocation* do Direito Concorrencial⁴⁰ (controle de estruturas). A competência exclusiva do CADE no âmbito de um sistema de notificação prévia de operações afasta a possibilidade de envolvimento da arbitragem para o controle preventivo⁴¹. Mas isso não impede que haja um espaço para aplicação do instituto da arbitragem no controle de condutas, especificamente atribuído e delineado pelo CADE para cumprimento de obrigações contidas em Acordos de Atos de Concentração ou Termo de Cessação de Condutas.

Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 153). No mesmo sentido é o entendimento de JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 229.

³⁹ IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Arbitration and Competition (Hearings)*. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 fev. 2018, p. 59.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Arbitration and Competition (Hearings)*. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11

⁴¹ IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Arbitration and Competition (Hearings)*. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 fev. 2018, p. 58.

De modo geral, portanto, procedimentos arbitrais envolvendo matéria concorrencial se inserem em um contexto de *enforcement* privado do Direito Concorrencial, embora haja um apertado espaço para utilização no *enforcement* público, o que é normalmente incentivado pelo SBDC⁴². De fato, entende-se que uma cultura disseminada de “litígio concorrencial” funciona como um importante desestímulo à prática ou tolerância de condutas anticompetitivas, colaborando para o fortalecimento da ordem concorrencial como um todo, com os conhecidos benefícios resultantes para a sociedade.

Dentro deste contexto, entende-se que o árbitro pode reconhecer e aplicar as consequências civis de uma violação ao Direito Concorrencial, sem tratar de leis e matérias que resvalam na esfera administrativa ou criminal da disciplina, isto porque, o árbitro só pode atuar naquilo que não interfira com a jurisdição exclusiva da autoridade de defesa da concorrência.⁴³

⁴² Este entendimento foi expressado pelo CADE no âmbito do Processo Administrativo nº 08012009888/2003-70, de relatoria do Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, que apurou a existência de um cartel no setor de gases medicinais e condenou as empresas envolvidas ao pagamento de multas que totalizaram R\$ 2,3 bilhões: “Merece destaque ainda a ação privada, ajuizada pela vítima do cartel em busca de reparação pelos danos causados. A utilidade de ações privadas para a promoção da concorrência já foi comprovada em jurisdição estrangeiras. Nos Estados Unidos, onde a lei estabelece que os prejudicados por um cartel têm [sic] direito a um valor equivalente a três vezes a indenização ordinariamente cabível, a litigância privada já se transformou em peça chave de política de defesa da concorrência no país. Trata-se de mais um desestímulo à infração da lei. No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio. E os prejudicados também deixam de ser ressarcidos pelos danos causados.” (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70**. Relator Conselheiro Fernando Magalhães Furlan. Julgado em 01 set. 2010. p. 126. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K_OXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIFRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9ATHgax0yiv91mB1jun9BCIYIAj4O_hzzvf9_Dn> Acesso em 13 jan. 2018.).

⁴³ IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Arbitration and Competition (Hearings)*. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 fev. 2018, p. 58.

Assim, um árbitro não pode impedir autoridades do SBDC (ou do Ministério Público e Poder Judiciário em caso de crime) de exercerem seus próprios poderes sancionatórios para fazer cumprir o direito da concorrência em relação às práticas que constituem infração à ordem econômica (esfera administrativa ou criminal). A esfera de competência do árbitro seria adstrita à determinação de consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial, o que não se confunde com a atuação administrativa do CADE. Além disso, os árbitros devem observar que a decisão deve se restringir às partes envolvidas e àqueles direitos disponíveis objeto do litígio, nos termos do art. 47 da lei 12.529/11, sob pena de anulação nos termos do art. 32, IV da Lei de Arbitragem.

Conclui-se parcialmente, portanto, que há uma complementaridade entre o poder do SBDC e o poder do árbitro. O primeiro (SBDC) possui monopólio da aplicação de sanções administrativas por violação à ordem econômica, mas não com relação às consequências civis, que são exercidas pelos “prejudicados” perante o Poder Judiciário ou arbitragem.

3. Conclusão

O presente trabalho voltou-se a investigar a adequação da arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial de acordo com a legislação brasileira.

Mais especificamente, buscou-se responder duas perguntas: (i) há possibilidade jurídica da utilização da arbitragem como meio de resolução de disputas privadas que, em alguma medida, esbarrem em questões concorrenciais? e (ii) qual é o limite da atuação do árbitro frente às autoridades estatais de defesa da concorrência?

Viu-se que, apesar de o Direito concorrencial brasileiro ter caráter eminentemente público e ser comumente associado à noção de ordem pública - vez que as normas de direito Concorrencial são consideradas como normas imperativas -, controvérsias envolvendo Direito concorrencial podem surgir em relações jurídicas que possuam convenção de arbitragem. Tanto é assim que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além de já vir estimulando o debate sobre o tema em eventos científicos, também vem utilizando o mecanismo arbitragem como remédio para solucionar os problemas concorrenciais identificados em alguns importantes atos de concentração.

Analisando o trabalho como um todo, pôde-se concluir que:

1. Para análise da arbitrabilidade subjetiva do direito concorrencial no direito brasileiro:

1.1 Em primeiro lugar, é necessário verificar se as partes que pretendem utilizar a arbitragem para resolver alguma disputa que envolva matéria concorrencial firmaram convenção arbitral. Ela pode ser uma cláusula compromissória contida em instrumento contratual existente entre as partes ou em acordo firmado com o CADE ou, ainda, um compromisso arbitral, por exemplo.

1.2 Em segundo lugar, deve-se analisar se as partes tinham aptidão para o exercício do direito de contratar no momento da pactuação do compromisso arbitral e se inexistiam quaisquer hipóteses de incapacidades relativas ou absolutas.

2. Com relação à arbitrabilidade objetiva do direito concorrencial no direito brasileiro:

2.1 A experiência do Direito comparado demonstra que litígios relativos a direitos com regimes de ordem pública são inarbitráveis *per se*.

2.2 No que tange aos direitos individuais buscados pelo prejudicado, à luz do artigo 47 da Lei Antitruste brasileira, não há vedação legal para aplicação das normas de Direito Antitruste no juízo arbitral, uma vez que o direito de ação previsto no artigo 47 da lei 12.529/11, nada mais é do que um direito que pode ser livremente transacionado entre as partes, cabendo, portanto, no requisito objetivo de arbitrabilidade previsto no art. 1º da lei nº 9.307/96. A indisponibilidade do Direito Concorrencial, portanto, encontra-se no âmbito coletivo e não no âmbito individual.

De modo geral, procedimentos arbitrais envolvendo matéria concorrencial se inserem em um contexto de *private enforcement* do Direito Concorrencial, embora haja um apertado espaço para utilização no *public enforcement*, o que vem sendo incentivado pelo CADE. Dentro deste contexto, a esfera de competência do árbitro seria adstrita à determinação de consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial, o que não se confunde com a atuação administrativa do CADE. Além disso, os árbitros devem observar que a decisão deve se restringir às partes envolvidas e àqueles direitos disponíveis objeto do litígio, nos termos do art. 47 da lei

12.529/11, sob pena de anulação nos termos do art. 32, IV da Lei de Arbitragem; e

O limite do poder dos Tribunais arbitrais, neste contexto, está exatamente nas esferas de competência constitucional e legal das autoridades do SBDC (ou do Ministério Público e Poder Judiciário em caso de crime) de exercerem seus próprios poderes sancionatórios para fazer cumprir o direito da concorrência em relação às práticas que constituem infração à ordem econômica (esfera administrativa ou criminal).

A finalidade da arbitragem, portanto, não é a substituição dos reguladores ou da intervenção do CADE para preservação da livre concorrência, porquanto a arbitragem presta-se a trazer ao árbitro - terceiro independente - uma discussão parametrizada por premissas privadas e que, apenas em última instância podem vir a impactar a concorrência como um todo. Em outras palavras, a arbitragem é uma ferramenta para dar efetividade às decisões da autoridade antitruste e desestimular práticas anticompetitiva que possam ser geradas pela concentração. As decisões arbitrais, nesse contexto, são para questões privadas, sendo que eventual análise sobre atos de concentração ou infração à ordem econômica não substituem a possibilidade de análise e sanção pela autoridade antitruste na defesa dos interesses difusos.

3. Referências bibliográficas

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Org.). **Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A Ordem Pública no Direito Processual Civil**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>. Acessado em: 03 set. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE debate arbitragem em seminário**. Brasília, 2017. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>>. Acessado em: 17 set. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE debate arbitragem em seminário**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>>. Acessado em: 17 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRIDGEMAN, JAMES. *The Arbitrability of Competition Law Disputes*. In: **European Business Law Review**, nº 19, pp. 147–174, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo - um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

CAVALCANTI, Rodrigo Camargo. Acordos em Controle de Concentrações e o instituto da Arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**. vol. 3, nº 2. Brasília, 2015;

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. (org.). **Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, Yane Pitangueira. 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**, vol. 5, pp. 231-246, 2017;

DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals Second Circuit. American Safety Equipment Corp. vs. J.P. Maguire & Co.* 391 F.2d 821. Disponível em: <<http://openjurist.org/391/f2d/821/american-safety-equipment-corp-v-j-p-maguire-and-co-american-safety-equipment-corp>>. Acessado em: 18 jan. 2018

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Supreme Court. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>>. Acessado em: 17 jan 2018.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, n° 2, novembro 2013, pp. 11-31.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, n° 2, Novembro 2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração. In **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Vol. 4, n° 6, p. 87-89, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência – Origem Histórica e Base Constitucional, in: **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n. 2, pp. 65-74.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: *Kluwer Law International*, 1999.

FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE; Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158.

FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das Estruturas. In: ULHOA COELHO, Fábio. Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

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.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2006.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed., Malheiros, 2012.

HOVENKAMP, Hebert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. 3º ed. West Group, 2005.

IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível

em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 set. 2018, p. 58.

JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

KOMMINOS, Assimakis. *Arbitration and EU Competition Law*. University College London, Department of Law. London, 2009. p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105>. Acessado em: 30 set. 2017.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **A Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acessado em 02 set. 2018.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Restrições Verticais no Direito Antitruste Brasileiro à Luz da Análise Econômica do Direito**. Dissertação de Mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Brasília, 2014.

MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. **ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A Arbitrabilidade dos Direitos Protegidos pela Lei 12.529/11 e o Instituto da Arbitragem no Contexto do Direito Brasileiro**. 2014. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis – Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 set. 2018.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016

PINTO, Débora. *The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process*. Tese de Mestrado, Maastricht University, 2016.

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

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem A Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. vol. 16. São Paulo, 2009, p. 353-385.

WILLIAMSON, Oliver E. Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations. In: **Harvard Law Review**, Vol. 85, No. 8, 1972, p. 1512-1531.

ARBITRAGEM E DIREITO DA CONCORRÊNCIA: A CONTRIBUIÇÃO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS *ANTITRUST*

André Luís Quintas Monteiro

Resumo: Este artigo tem como objetivo explorar, sob o ponto de vista teórico, as possíveis inter-relações entre Direito da Concorrência e Arbitragem. Sob o ângulo prático, busca-se saber se é possível submeter à arbitragem um conflito de interesses envolvendo a aplicação do Direito da Concorrência. A partir da experiência estrangeira, o ensaio pretende demonstrar que a arbitragem é uma via adequada também para resolução de litígios *antitrust*. Pretende-se, ademais, debater como as normas da Lei nº 12.529/2011 poderiam ser aplicadas ao caso concreto e como a atuação do CADE poderia se relacionar com os processos arbitrais.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. Arbitragem. Normas cogentes. Patrimonialidade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Keywords: Competition Law. Arbitration. Mandatory rules. Financial interest. Administrative Council for Economic Defence.

1. Introdução

Uma das mais relevantes questões relacionadas à arbitragem consiste em saber que tipos de conflitos podem ser submetidos a esse método de resolução de disputas. É o que se denomina arbitrabilidade.

A arbitrabilidade pode ser conceituada como a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem em razão das características subjetivas e objetivas da disputa¹. Procura-se, por meio da arbitrabilidade, entender, basicamente, *quem* pode se submeter à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*) e *o que* pode ser submetido ao

¹ Eduardo Damião Gonçalves conceitua a arbitrabilidade da seguinte forma: “A faculdade de um litígio ser resolvido por arbitragem ou a aptidão de um litígio ser objeto de uma arbitragem é o que se chama arbitrabilidade” (GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade objetiva. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 08).

processo arbitral (arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*). O foco deste trabalho é a arbitrabilidade objetiva.

A arbitrabilidade é uma noção utilizada pelos Estados soberanos para definirem aquilo que têm interesse em julgar (Poder Judiciário) e aquilo que admitem, via consenso das partes, delegar à jurisdição aos árbitros. Há, portanto, um inegável componente público na ideia de arbitrabilidade². Na doutrina brasileira, Eduardo Damião Gonçalves afirma, corretamente, que o conceito de arbitrabilidade “deriva da definição de uma política estatal de privilegiar a solução de conflitos por um método privado e paralelo que, em alguns casos, pode ser mais apropriado que a justiça estatal para a pacificação social, escopo social da jurisdição”³.

Normalmente, as limitações impostas pelos Estados soberanos à arbitrabilidade dizem respeito (i) a questões intrínsecas do Estado (v.g.: *acta iure imperii*), (ii) a questões que afetem a coletividade como um todo (p. ex.: direitos transindividuais), (iii) a questões ligados a aspectos sensíveis da vida pessoal do cidadão que são tutelados pelo Estado (isto é, filiação, poder familiar, ordem de vocação hereditária etc.) e (iv) a questões que, em tese, poderiam expor uma parcela específica da sociedade, considerada fragilizada em certas relações jurídicas (ou seja, consumidores, empregados, locatários etc.).

De maneira geral, pode-se dizer que a área de abrangência da arbitrabilidade vem crescendo nas últimas décadas, contando cada vez mais com o apoio dos Estados soberanos, seja por meio da edição de leis abrangentes a este respeito, seja pela formação de uma jurisprudência

² FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. International commercial arbitration. GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John (edited by). The Hague: 1999, p. 330.

³ GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade objetiva. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 32.

favorável à via arbitral⁴. Isso já levou alguns autores a propugnarem, inclusive, por uma suposta *death of inarbitrability*⁵.

É neste contexto de expansão da seara arbitral para outras áreas do Direito que surge a interessante pergunta: as matérias relacionadas ao Direito da Concorrência podem ser submetidas à arbitragem? E, em caso positivo, quais seriam os seus desdobramentos?

2. Arbitrabilidade objetiva no Brasil: adoção do critério da mera patrimonialidade

A extensão do conceito de arbitrabilidade objetiva depende do critério que cada país adota em sua legislação. A doutrina internacional faz menção a diversos critérios, como, por exemplo, a ordem pública, a transacionabilidade, a livre disponibilidade e a patrimonialidade⁶.

A Lei de Arbitragem brasileira dispõe, no art. 1º, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*”. Esta última expressão poderia sugerir que o Brasil adotasse o critério misto da livre disponibilidade somada à patrimonialidade para fins de definição da arbitrabilidade objetiva. Entendemos, porém, que o Brasil adota exclusivamente o critério da patrimonialidade⁷. Isso porque o art. 852 do Código Civil – lei posterior – alterou a realidade exposta na redação original da Lei de Arbitragem.

O mencionado dispositivo legal dispõe que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras

⁴ BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. I, p. 972. Idem: FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. *International commercial arbitration*. GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John (edited by). The Hague: 1999, p. 330-331 e CAMELO, António Sampaio. *Crítérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema*. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 03.09.2018.

⁵ YOUSSEF, Karim. *The death of inarbitrability. Arbitrability: international & comparative perspectives*. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros (Edited by). The Netherlands: Kluwer, 2009, p. 47-67.

⁶ GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 177.

⁷ Trata-se de critério adotado no item 1 do art. 177 da Loi Fédérale sur le Droit International Privé suíça, na segunda parte do item 1 do §1.030 da Zivilprozessordnung alemã, no parágrafo primeiro do art. 1.676 do Code Judiciaire belga e no item 1 do art. 1º Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa.

que não tenham *caráter estritamente patrimonial*". Observe-se pela parte final do dispositivo que não se repete a fórmula dos "direitos patrimoniais disponíveis", presente na Lei de Arbitragem, mas fala-se apenas e tão-somente de questões que "não tenham caráter estritamente patrimonial". O Código Civil, portanto, adotou o critério da patrimonialidade⁸. O que o art. 852 do Código Civil de 2002 fez foi alterar o próprio critério de arbitrabilidade objetiva no Direito brasileiro⁹.

Em nosso entendimento, portanto, o Direito brasileiro adota exclusivamente, como regra geral, o critério da patrimonialidade para fins de definição da arbitrabilidade objetiva.

3. Arbitrabilidade objetiva de litígios envolvendo Direito da Concorrência

O Direito Concorrencial é ramo do chamado Direito Econômico e tem como função principal coibir os abusos do poder econômico e promover um ambiente competitivo nos mercados internos e externos por ele tutelados. Busca, assim, implementar uma política de concorrência que proteja interesses individuais e coletivos da sociedade¹⁰. Segundo descrito logo no *caput* do art. 1º da Lei do CADE (Lei nº 12.529/2011), a defesa da concorrência no Brasil

⁸ Nesse sentido, cite-se: FRANZONI, Diego. DAVIDOFF, Fernanda. Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: RT, a. 11, v. 41, abr./jun. de 2014. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 03.09.2018. Também admitindo a adoção do critério da patrimonialidade, mas apenas em relação ao compromisso arbitral (e não em relação à cláusula compromissória), confira-se: RICCI, Edoardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 411 e GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade objetiva. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 174.

⁹ Como se não bastasse, cumpre trazer a lembrança que a Convenção do Panamá de 1975 (Decreto nº 1.902/1996) estatui, literalmente, na primeira parte do art. 1º que "é válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil". A utilização, na parte final do dispositivo, da expressão "negócio de natureza mercantil" representa nada mais nada menos do que a adoção, também por esta fonte convencional, do critério da patrimonialidade para definição da arbitrabilidade objetiva.

¹⁰ 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. The Hague: Kluwer, a. 11, v. 43, 2014, p. 08. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acessado em: 03.09.2018.

é “orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Trata-se, com efeito, de ramo do Direito predominantemente público, em que incidem normas de natureza cogente (ou imperativa ou de ordem pública). Conforme afirma o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.529/2011, “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. Não se trata, pois, de um conjunto normativo que pretende tutelar o concorrente, mas sim resguardar a própria concorrência, o que, ao final, reflete no mercado, no consumidor e nos concorrentes. O viés público e a vocação para tutelar direitos da coletividade do Direito Concorrencial criam, normalmente, uma certa dificuldade em compreender a possibilidade de submissão à arbitragem de conflitos surgidos nesta área.

Não é comum, ademais, que as leis de arbitragem dos países tragam disposição explícita afirmando que matérias relacionadas ao Direito da Concorrência possam ser submetidas à arbitragem¹¹. Não obstante a ausência de previsão legal na grande maioria dos países, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência construíram um sólido entendimento no sentido de que é possível, em regra, submeter matérias afetas ao Direito da Concorrência à via arbitral.

Luca Radicati Di Brozolo explica que “não há conflito entre os mundos da arbitragem e do direito da concorrência e que os dois podem interagir sem a necessidade de sacrificar os fundamentos de um ou de outro”¹². Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman registram que “a large number of arbitral awards have recognized the arbitrability of disputes involving issues of antitrust law”¹³. Alan Redfern e Martin Hunter, por sua vez, anotam que “it is now widely accepted that antitrust issues are

¹¹ Excepcionalmente, a Lei de Arbitragem sueca de 1999 dispõe, na terceira parte do art. 1º, que “arbitrators may rule on the civil law effects of competition law as between the parties”.

¹² BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 03.09.2018.

¹³ FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. International commercial arbitration. GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John (edited by). The Hague: 1999, p. 348.

arbitrable”¹⁴. A doutrina estrangeira mostra-se consolidada quanto à arbitrabilidade objetiva de matérias envolvendo Direito Concorrencial.

Boa parte deste avanço deveu-se ao precedente da *U.S. Supreme Court* de 1985 no caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc*¹⁵. No caso, a *Mitsubishi* havia firmado contrato de distribuição de automóveis com a empresa *Soler de Porto Rico* contendo cláusula compromissória. O conflito entre as empresas surgiu em função de restrições territoriais definidas no contrato de distribuição, pois a distribuidora portorriquenha tentou cancelar pedidos que havia recebido e transferir a venda dos veículos para uma área externa àquela designada no contrato, o que, na visão da *Mitsubishi*, representava inadimplemento contratual.

A *Mitsubishi*, então, iniciou arbitragem pleiteando perdas e danos pelo descumprimento do contrato, bem como acionou a justiça norte-americana para obter uma ordem judicial compelindo a *Soler* a submeter o conflito à arbitragem. No que tange à questão ora discutida, a *Soler* alegou em sua defesa, perante as cortes judiciais norte-americanas, que a *Mitsubishi* havia violado a legislação antitruste daquele país (*Sherman Act*) e que esta matéria não era suscetível de ser submetida à arbitragem.

A Suprema Corte, depois de decisões divergentes nas instâncias inferiores, decidiu que o litígio era arbitrável pois “the strong presumption in favor of freely negotiated contractual choice-of-forum provisions is reinforced here by the federal policy in favor of arbitral dispute resolution, a policy that applies with special force in the field of international commerce”. A decisão destaca que “the mere appearance of an antitrust dispute does not alone warrant invalidation of the selected forum on the undemonstrated assumption that the arbitration clause is tainted”. Por fim, a *Supreme Court* consignou que “the potential complexity of antitrust matters does not suffice to ward off

¹⁴ BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, Martin. Redfern and Hunter on international arbitration. 6th. ed. The Hague: Oxford University Press, 2015, p. 114. Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll também deixam claro que “it is generally recognised that most other issues in relation to competition law are considered to be arbitrable”, sendo certo que “this has been decided in a number of cases where a party trying to resist contractual claims invoked the illegality of the agreement for alleged infringements of competition law” (LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 200).

¹⁵ BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 03.09.2018.

arbitration; nor does an arbitration panel pose too great a danger of innate hostility to the constraints on business conduct that antitrust law imposes”¹⁶.

Pouco menos de 15 (quinze) anos depois, a *European Court of Justice*, no caso *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton Int’l NV*, também admitiu que matérias relacionadas ao Direito Concorrencial fossem submetidas à arbitragem. A *ECJ*, porém, ressaltou que eventuais decisões arbitrais que violassem a legislação *antitrust* poderiam ser controladas pelo Poder Judiciário, ou seja, os órgãos judiciais poderiam examinar o mérito da decisão arbitral e, eventualmente, anulá-la¹⁷.

No Reino Unido, a *High Court of Justice*, no caso *ET Plus SA v. Jean-Paul Welter*, teve oportunidade de considerar que “there is no realistic doubt that such ‘competition’ or ‘anti-trust’ claims are arbitrable”¹⁸. Conforme constata Gary Born, “national court decisions in France, Switzerland, Germany, Italy, Sweden and England have repeatedly held that EU and Member State competition law claims may validly and enforceably be the subject of an international arbitration agreement”¹⁹.

Ademais, em relatório preparado em 2010 pela *Organisation de Coopération et de Développement Economiques* (OCDE), a cargo de Luca Radicati Di Brozolo e Laurence Idot, concluiu-se que “following the US Supreme Court decision in Mitsubishi, courts should verify that arbitrators have addressed competition law issues with reasonable diligence and have not reached a result which is a serious contradiction of public policy (for example enforcing a price fixing cartel)”²⁰. Como se vê, também na jurisprudência estrangeira não há dúvida de que os árbitros podem levar em consideração o Direito Concorrencial para fins de decidir o caso concreto, não havendo que se falar, portanto, em inarbitrabilidade objetiva nessas hipóteses.

De nossa parte, não temos dúvida em afirmar que também no Brasil, em regra, questões relacionadas ao Direito da Concorrência são arbitráveis, especialmente quando surgem em decorrência de uma relação jurídica comercial submetida à arbitragem, exigindo dos árbitros a aplicação das

¹⁶ 473 U.S. 614 (1985).

¹⁷ *Eco Swiss v. Benetton* [1999] EUECJ C-126/97 (01 June 1999).

¹⁸ *ET Plus SA & Ors v Welter & Ors* [2005] EWHC 2115 (Comm) (07 November 2005).

¹⁹ BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. II, p. 977.

²⁰ Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>. Acessado em: 03.09.2018.

disposições da Lei do CADE²¹. As disputas surgidas neste ambiente possuem natureza patrimonial, de sorte que nada impede que os árbitros, ao julgarem o conflito, apliquem as normas congêntes previstas na legislação antitruste.

4. Litígios *antitrust* que podem ser submetidos à arbitragem

Imagine-se que um determinado grupo de empresas inicia uma arbitragem em face de outra pleiteando o cumprimento de um contrato que estabelecesse a obrigação de todos os contratantes praticarem os mesmos preços pelo mesmo produto na mesma área, ou seja, no mesmo mercado relevante. Tratar-se-ia, como se vê, de claro exemplo de cartel, sob a modalidade de preço combinado. Neste caso, os árbitros devem aplicar a legislação antitruste para julgar a causa, ainda que as partes não tenham arguido esta matéria (questão que ainda será examinada em mais detalhes mais adiante).

Neste exemplo, incidiria a alínea “a” do inciso I do parágrafo terceiro do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, segunda o qual “as seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica (...) acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma (...) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente”. Incidiria, ademais, o inciso II do art. 166 do Código Civil, conforme o qual “é nulo o negócio jurídico quando (...) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”. Nesta hipótese, portanto, o contrato é nulo porque seu objeto é ilícito, já que viola flagrantemente a Lei do CADE, de modo que os árbitros deveriam julgar improcedente o pedido e declarar a nulidade do ajuste.

Daniela Monteiro Gabbay e Ricardo Ferreira Pastore trazem outro exemplo bastante interessante. Imagine-se uma relação contratual entre determinada empresa e um de seus fornecedores por 20 (vinte) anos, sendo renovada periodicamente, apenas com ajuste de preço. Uma das partes descobre, posteriormente, que a outra parte atuou, durante 5 (cinco) anos, em cartel com os demais concorrentes, cobrando-lhe preço, na verdade, acima do valor ideal de mercado (sobrep preço). Caso houvesse cláusula compromissória nesse contrato, parece razoável admitir-se que a parte interessada pudesse iniciar uma arbitragem para cobrar os prejuízos decorrentes da prática

²¹ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação das normas do Direito Antitruste pelo juízo arbitral. Arbitragem interna e internacional. ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

*antitrust*²². Tudo dependeria, evidentemente, da redação da convenção de arbitragem, mas não parece lícito excluir esta possibilidade *a priori*.

Acrescente-se, de nossa parte, que os árbitros poderiam, inclusive, investigar os fatos e as provas do caso para determinar se houve ou não formação de cartel, determinando em seguida a extensão dos danos a serem reparados (aspecto meramente indenizatório). Isso tudo na hipótese de a autoridade antitruste ainda não ter sido provocada e, por conseguinte, ainda não ter aberto investigação e, muito menos, ter julgado o processo administrativo a respeito do caso. Isso porque, como se detalhará mais adiante, os árbitros não podem substituir o CADE na aplicação de sanções administrativas e criminais.

5. Relação entre arbitragens e processos administrativos perante o CADE

Na hipótese de a autoridade *antitrust* já estar investigando o assunto e eventual arbitragem envolvendo a mesma relação jurídica ser iniciada, questiona-se se os árbitros devem suspender ou não a arbitragem.

Corretamente, Julian D. M. Lew ensina que “there is no clear answer to the question whether a tribunal should stay the arbitration until the Commission has reported”, pois “much will depend on the circumstances of the case, the alleged breach of the competition law and the timings of the parallel proceedings”²³. O autor afirma, em seguida, que “as a general rule, with respect to the first case above, there is a prevailing opinion that the tribunal should continue with its determination”²⁴.

²² 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. The Hague: Kluwer, a. 11, v. 43, 2014, p. 25. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acessado em: 03.09.2018.

²³ LEW, Julian D. M. Competition laws: limits to arbitrators’ authority. Arbitrability: international and comparative perspectives. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros L. (eds). The Hague: Kluwer, 2009, p. 259.

²⁴ LEW, Julian D. M. Competition laws: limits to arbitrators’ authority. Arbitrability: international and comparative perspectives. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros L. (eds). The Hague: Kluwer, 2009, p. 259. Julian D. M. Lew explica sua conclusão da seguinte forma: “This means that arbitration proceedings need not be stayed if the Commission is in a process of investigation. The tribunal has to fulfil its obligation and complete the mandate and has no obligation (or right for that matter) to seek advice from the Commission on the issue of competition law. Where an investigation is pending, even where started subsequent to the arbitration, the tribunal would need to decide whether to proceed with its mandate or await the

Evidentemente que, caso os árbitros decidissem prosseguir com o processo arbitral, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, a decisão do tribunal arbitral em nada afetaria o julgamento do CADE, tanto no caso de reconhecerem a existência do cartel quanto na hipótese de entenderem pela inexistência da suposta infração à ordem econômica. No que diz respeito às partes, porém, a decisão dos árbitros é vinculante, pouco importando o que, posteriormente, fosse decidido pelo órgão antitruste. Ressalva-se, entretanto, a possibilidade de a parte sucumbente intentar uma ação de anulação da sentença arbitral com base na decisão tomada em sentido contrário no futuro pelo CADE.

Cumpra também examinar a hipótese inversa, isto é, se os árbitros estariam vinculados à decisão da autoridade antitruste (pressupondo-se, claro, que a decisão do processo administrativo fosse tomada antes do fim da arbitragem). Ou seja, teriam os árbitros o dever de aplicar a decisão da autoridade concorrencial ao caso concreto? Julian D. M. Lew, depois de registrar que as cortes judiciais da União Europeia não podem contrariar as decisões da *European Commission*, considera que “as an arbitration tribunal does not perform an adjudicative function on behalf of the State it falls outside the jurisdiction of Article 249 and has no direct obligation to follow the Commission’s decision”²⁵. O tema é realmente polêmico e ainda não foi maduramente enfrentado no Brasil, nem pela doutrina, nem pela jurisprudência.

Há, ainda, outra hipótese de aplicação nas normas *antitrust* na arbitragem, decorrente do art. da Lei nº 47 da Lei nº 12.529/2011. O mencionado dispositivo de lei estatui que “os prejudicados (...) poderão ingressar em juízo para (...) 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”. Imagine-se, pois, que o CADE reconhecesse a prática de infração à ordem econômica de determinado *player* do mercado, determinando-lhe a cessação de conduta e/ou impondo-lhe

outcome of the Commission’s investigation. Ultimately, whatever the timing, and despite the risk of conflicting decisions a tribunal will have to decide whether to determine the issues before it or wait and take into account the conclusions of the Commission” (LEW, Julian D. M. Competition laws: limits to arbitrators’ authority. Arbitrability: international and comparative perspectives. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros L. (eds). The Hague: Kluwer, 2009, p. 259).

²⁵ LEW, Julian D. M. Competition laws: limits to arbitrators’ authority. Arbitrability: international and comparative perspectives. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros L. (eds). The Hague: Kluwer, 2009, p. 259.

multa administrativa. Esta decisão poderá ser objeto de execução, na forma do art. 93 da Lei Antitruste, conforme o qual “a decisão do Plenário do Tribunal, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial”.

Os eventuais terceiros que tenham sido individualmente lesados pelas práticas anticompetitivas – cujos efeitos não tenham sido considerados na decisão da autoridade antitruste – poderão, evidentemente, ingressar em juízo com demandas indenizatórias, amparando-se no já mencionado art. 47 da Lei do CADE. Muito embora este dispositivo de lei utilize a expressão “ingressar em *juízo*”, dando a entender que as demandas indenizatórias devessem ser ajuizadas perante o Poder Judiciário, consideramos que nada obsta que, sendo o direito patrimonial, as partes possam submeter o litígio à arbitragem²⁶.

Não nos parece que tenha sido a finalidade do art. 47 da Lei nº 12.529/2011, ao usar a mencionada expressão, criar um empecilho à via arbitral. A norma diz menos do que gostaria, isto é, *lex minus dixit quam voluit*. Assim, as partes poderão celebrar compromisso arbitral, submetendo aos árbitros demanda indenizatória tendente a apurar o prejuízo individualmente sofrido por uma delas em razão da prática de infração contra a ordem econômica. Onde a lei diz “poderão ingressar em juízo”, entenda-se “poderão ingressar em juízo, arbitral ou judicial”.

6. Litígios *antitrust* que não podem ser submetidos à arbitragem

Bernard Hanotiau destaca aspecto interessante, afirmando que “the generally accepted conclusion is that competition law issues are arbitrable, the only limit being the existence of a provision reserving exclusive jurisdiction to the EU Commission, for example to grant an individual exemption under Art. 85(3) or to impose fines”²⁷.

²⁶ 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. The Hague: Kluwer, a. 11, v. 43, 2014, p. 24. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acessado em: 03.09.2018..

²⁷ HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. ICCA Congress Series. VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). The Hague: Kluwer, 1999, v. 9, p. 161. Examinando também este último aspecto, Eduardo Damião Gonçalves traz um excelente resumo daquilo que poderia ser considerado inarbitrável em relação ao Direito Concorrencial: “(...) litígios referentes, por exemplo, à aplicação de penalidade e sanções penais e administrativas e sua revisão, ao estabelecimento de compromissos de desempenho, à determinação de práticas de atos no

Como se vê, não obstante se possa dizer que as matérias relacionadas ao Direito Concorrencial são arbitráveis, evidentemente que não é possível submeter à arbitragem um ato de concentração, pleiteando que os árbitros o aprovelem. Igualmente não é possível que uma parte peça ao tribunal arbitral para aplicar uma sanção administrativa – mesmo que uma multa – à outra parte por violação da ordem econômica. Isso somente seria possível caso houvesse previsão contratual estipulando uma multa privada pela prática de infração de ordem *antitrust*. Esta multa privada teria natureza jurídica diversa daquela sanção administrativa a ser aplicada pelo CADE, não ficando a autoridade concorrencial adstrita a ela e vice-versa.

Também não é possível, por óbvio, que as partes submetam à arbitragem um pleito de anulação de uma decisão do CADE, impondo, por exemplo, multa administrativa por prática de infração à ordem econômica²⁸. Estas matérias são da competência exclusiva do órgão *antitrust* ou, no caso do último exemplo, do Poder Judiciário, inarbitráveis por força de lei. Os árbitros, em resumo, não podem substituir a autoridade antitruste na defesa da concorrência²⁹.

7. Controle da sentença arbitral que aplica o Direito Concorrencial: *second look doctrine*?

Também interessante é a discussão doutrinária a respeito da extensão do controle da sentença arbitral que aplica o Direito Concorrencial, especialmente considerando-se a denominada *second look doctrine*, criada a partir do caso *Mitsubishi*.

exercício da análise dos atos de concentração e nos procedimentos investigatórios conduzidos pelas autoridades antitruste, inclusive no tocante ao desfazimento de operação” (GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade objetiva. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 192-193).

²⁸ BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. II, p. 976. No mesmo sentido: LEW, Julian D. M. MARSDEN, Oliver. *Arbitrability*. LEW, Julian D. M. BOR, Harris et al (eds). *Arbitration in England*. The Hague: Kluwer, 2013, p. 406.

²⁹ No mesmo sentido: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação das normas do Direito Antitruste pelo juízo arbitral. *Arbitragem interna e internacional*. ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 345 e 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. The Hague: Kluwer, a. 11, v. 43, 2014, p. 19. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acessado em: 03.09.2018..

Consoante explica didaticamente William Park, “most people probably feel more comfortable in forgoing an opportunity to express themselves if they believe that at some future time they will have another opportunity to speak their minds if they foresee a ‘second chance’ to make their statement”. Com base nessa consideração, o autor afirma que “it is not surprising that the end of the majority opinion in Mitsubishi contains three sentences of dicta predicting that American courts will have a second bite at the arbitration apple when the time comes to enforce the award”³⁰.

A *second look doctrine*³¹ nasceu da possibilidade de o Poder Judiciário, ao admitir a arbitrabilidade objetiva de conflitos envolvendo a incidência de normas *antitrust*, reservar para si a oportunidade de revisar a sentença arbitral para checar se o Direito Concorrencial não foi violado pelo tribunal arbitral e, assim, se não houve infringência à ordem pública do local em que se pretende a execução da sentença arbitral³².

Como visto, a *Supreme Court* norte-americana, ao julgar o caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, acabou por admitir a arbitrabilidade de litígios envolvendo Direito Concorrencial. Deixou claro na decisão, porém, que “having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed”³³. Este entendimento foi em grande parte adotado pela

³⁰ PARK, William W. Park. Private adjudicators and the public Interest. Arbitration of International Business Disputes: Studies in law and practice. 2nd. ed. Oxford: Oxford, 2012, p. 216.

³¹ A doutrina do “second look” recebe este nome porque a “first look” seria exercida pelo Poder Judiciário quando da análise da existência, validade, eficácia e escopo da convenção de arbitragem. Nesse sentido, William Park esclarece que “the ‘first look’ having been when the court examined the parties’ agreement to arbitrate for the purpose of deciding whether to compel arbitration” (PARK, William W. Park. Private adjudicators and the public Interest. Arbitration of International Business Disputes: Studies in law and practice. 2nd. ed. Oxford: Oxford, 2012, p. 216).

³² Segundo Karin Hlavnicka Skitnevsky, a “doutrina do segundo olhar” tem por objetivo “garantir que as decisões arbitrais não sejam contrárias à ordem pública do local em que serão executadas, pois após a sentença arbitral, esta será submetida ao judiciário do local da execução” (SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. A doutrina do segundo olhar (second look doctrine). Arbitragem internacional. FINKELSTEIN. VITA, Jonathan B. CASADO FILHO, Napoleão (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 107).

³³ 473 U.S. 614 (1985).

European Court of Justice no caso *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton Int'l NV*³⁴.

Interpretando a decisão norte-americana, Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll lecionam que “the Supreme Court decision in *Mitsubishi v. Soler* considered the control at post-award stage to be sufficient to safeguard the national interests underlying the antitrust legislation”³⁵.

Esta concepção, porém, foi bastante criticada. Primeiramente, porque não se definiu a extensão exata do controle judicial e, em segundo lugar, porque permitiu uma interpretação ampliativa do controle sobre o mérito das decisões arbitrais. Alan Redfern e Martin Hunter registram que “some uncertainty remains as to how serious the alleged violation of competition law must be in order to justify the annulment of an award”³⁶. Ademais, como bem explicam Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll, essa construção pode se mostrar sem efeito no caso de a decisão arbitral ser executada em um país diverso daquele a que pertence a legislação antitruste aplicada e, possivelmente, violada³⁷.

³⁴ *European Court of Justice* considerou o seguinte: “Deve, em primeiro lugar, chamar-se a atenção para o facto de, no caso de uma arbitragem convencional levantar questões de direito comunitário, os órgãos jurisdicionais poderem ser levados a examinar essas questões, nomeadamente no quadro do controlo da decisão arbitral, mais ou menos extenso consoante o caso, que lhes cabe em consequência de interposição de recurso, de dedução de oposição, de pedido de *exequatur*, ou de qualquer outra via de impugnação ou forma de controlo prevista na legislação nacional aplicável” [*Eco Swiss v. Benetton* [1999] EUECJ C-126/97 (01 June 1999)].

³⁵ LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 201. Na visão de Gary Born, “at the same time they have recognized the arbitrability of antitrust/competition law claims, national courts have emphasized that arbitral awards dealing with antitrust or competition law issues will be subject to subsequent judicial review” (BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. I, p. 979).

³⁶ BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 6th. ed. The Hague: Oxford University Press, 2015, p. 115-116. Também com este olhar crítico, Gary Born anota que “the nature and extent of this subsequent judicial review is unsettled: in particular, it is unclear to what extent national courts can (or must) reexamine the substantive merits of the arbitrator’s decisions on competition law matters” (BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. I, p. 980).

³⁷ Nesse sentido, os autores lecionam que “if the losing party has assets in another country the award may be enforced there without US courts having a chance to intervene to safeguard the public interest protected by the Sherman Act” (LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 202).

As interpretações doutrinárias a respeito da *second look doctrine* se dividiram em corrente maximalista e em corrente minimalista. William Park afirma, em relação à primeira corrente, que “such a broad interpretation of the ‘second look’ may open the door to a judicial review of the substantive legal merits of an arbitrated dispute, doing little for the advancement of the arbitral process”. Levando em consideração a segunda corrente, o autor explica que “if, however, the ‘second look’ doctrine contemplates a more limited judicial role, (...) one may wonder whether the ‘second look’ will provide an effective mechanism for judicial control”³⁸.

Entendemos, primeiramente, que a existência de mecanismos de controle da sentença arbitral não é algo prejudicial à arbitragem, muito pelo contrário. Sentenças arbitrais violadoras da ordem pública ou arbitragens conduzidas para fraudar disposições cogentes (ou imperativas ou de ordem pública) devem mesmo ser anuladas, de modo a preservar a arbitragem como mecanismo sério de resolução de conflitos. Esta perspectiva se apresenta verdadeira também em relação às arbitragens em que se debatem infrações à ordem econômica³⁹.

³⁸ PARK, William W. Park. Private adjudicators and the public Interest. Arbitration of International Business Disputes: Studies in law and practice. 2nd. ed. Oxford: Oxford, 2012, p. 216-217. Luca Radicati Di Brozolo traz uma explicação bastante completa da corrente maximalista e da corrente minimalista da *second look doctrine*: “A posição maximalista é alegadamente pautada por uma maior ênfase na necessidade de aplicar o direito da concorrência efetivamente. Na essência, aquela se funda no axioma de que somente um standard muito rigoroso de revisão de sentenças arbitrais em que tenham surgido questões de direito da concorrência é capaz de evitar a negligência do direito da concorrência e uma interferência na colocação em prática da política concorrencial. Portanto, os maximalistas defendem uma revisão irrestrita, pelos tribunais, das conclusões de fato e de direito da sentença a fim de verificar sua perfeita observância ao direito da concorrência mesmo à vista de meras alegações de sua violação. (...). Sem menosprezar o papel fundamental da defesa do direito da concorrência, a posição minimalista postula que esse objetivo é alcançável de uma maneira que é mais consentânea com os princípios gerais relativos à arbitragem e ao papel dos tribunais na revisão de sentenças arbitrais. Esta visão defende que, também quando deparado com sentenças em que tenham surgido questões de direito da concorrência, o tribunal revisor deveria restringir-se a verificar se os árbitros enfrentaram estas questões (quando elas tenham surgido diante de si ou, em todo caso, quando era incontroverso que estas questões eram pertinentes ou foram-lhe intencionalmente ocultadas) e se elas foram decididas de maneira competente. O tribunal deveria abster-se de rever as conclusões de fato e de direito dos árbitros e não deveria pretender aferir se o direito da concorrência foi aplicado ‘corretamente’” (BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 03.09.2018).

³⁹ Consoante afirma Luca Radicati Di Brozolo, “há um consenso de que a revisão judicial de sentenças em procedimentos de anulação e de execução é essencial para garantir que a

No Brasil, há dois mecanismos de controle da sentença arbitral que eventualmente tenha violado a ordem pública por aplicar incorretamente o Direito Concorrencial. No que diz respeito às sentenças arbitrais domésticas, pode-se ingressar com a ação de anulação do *decisum*, na forma dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem, cuja ofensa à ordem pública é a única causa de pedir implícita dessa demanda anulatória. Em relação às sentenças arbitrais estrangeiras, pode-se denegar o seu reconhecimento em território brasileiro, valendo-se das disposições constantes no inciso II do art. 39 da Lei de Arbitragem e na alínea “b” do item 2 do art. V da Convenção de Nova York de 1958 (Decreto nº 4.311/2002).

É preciso dizer, porém, que o controle da sentença arbitral que disponha sobre matéria concorrencial não deve ser diferente daquele que em relação a qualquer outra sentença arbitral. Isso significa que o Poder Judiciário, seja no âmbito da ação de anulação, seja na esfera da ação de homologação, não pode, em regra, ingressar no mérito da sentença arbitral para averiguar se a decisão está ou não correta ou se a decisão é justa ou injusta⁴⁰.

O controle do mérito da sentença arbitral, doméstica ou estrangeira, só é admitido quando a decisão importar numa grave ofensa à ordem pública. No caso de sentenças arbitrais que tenham aplicado a legislação antitruste, o controle do mérito não deve ser admitido quando a decisão tenha aplicado mal algum dispositivo de lei, pois isso não será suficiente para caracterizar ofensa à ordem pública. O controle da sentença arbitral nesses casos será admitido apenas quando a repercussão prática da decisão arbitral ocasionar, de fato, um prejuízo ao mercado, à competição e, enfim, à coletividade.

Atualmente, pode-se dizer que a corrente minimalista possui maior aceitação, como, por exemplo, nos Estados Unidos, França, Itália, Alemanha,

arbitragem não seja usada como uma ferramenta para evitar o direito da concorrência, dada a premissa de que os árbitros são obrigados a aplicá-lo” (BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br. Acessado em: 03.09.2018).

⁴⁰ Luca Radicati Di Brozolo explica que “a jurisprudência segue a abordagem segundo a qual sentenças que abarquem questões de direito da concorrência não deveriam ser sujeitas a uma revisão judicial mais intrusiva do que outras decisões e a revisão ordinária à luz da ordem pública é suficiente” (BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br. Acessado em: 03.09.2018).

Suécia e Bélgica⁴¹. Consideramos adequado, pois, neste contexto, seguir as conclusões contidas no relatório preparado em 2010 pela *Organisation de Coopération et de Développement Economiques* (OCDE). A entidade internacional entendeu que “recourse to arbitration does not threaten or jeopardise the application of competition laws and there is no need to change the basic approach of arbitration and the review of arbitral awards to accommodate the increase of competition law disputes”, razão pela qual “courts should verify that arbitrators have addressed competition law issues with reasonable diligence and have not reached a result which is a serious contradiction of public policy (for example enforcing a price fixing cartel)”⁴².

8. Contribuição da arbitragem para o Direito da Concorrência

Como se observou acima, as matérias relacionadas ao Direito da Concorrência podem ser submetidas à arbitragem, respeitados certos limites e a competência do CADE. Esta possibilidade representa, na verdade, uma grande contribuição da arbitragem ao Direito da Concorrência, pois a arbitragem possui dentre as suas qualidades a celeridade, a especialidade dos árbitros e a flexibilidade procedimental.

A arbitragem é um procedimento mais célere se comparado ao Poder Judiciário. Selma Ferreira Lemes, coautora do projeto original da Lei de Arbitragem, afirma que “é possível ter uma arbitragem processada de oito meses a um ano e meio”⁴³. No âmbito do Poder Judiciário, em que um juiz de uma vara cível da Comarca da Capital dos Estados de São Paulo ou do Rio de Janeiro são responsáveis por cerca de 10.000 processos judiciais, o tempo de duração muitas vezes chega a 10 (dez) anos. A arbitragem, portanto, pode trazer soluções mais velozes a conflitos envolvendo a legislação antitruste, naqueles exemplos mencionados acima.

Ademais, na arbitragem as partes possuem liberdade para escolher árbitros especialistas na matéria que compõe o litígio, o que garante a prolação de decisões mais corretas sob o ponto de vista técnico. Este aspecto é

⁴¹ BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 03.09.2018.

⁴² Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>. Acessado em: 03.09.2018.

⁴³ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>. Acessado em: 03.09.2018.

especialmente importante no que diz respeito a litígios envolvendo Direito Concorrencial, pois a aplicação da legislação *antitrust* exige formação técnica multidisciplinar, incompatível, muitas vezes, com a formação generalista da maioria dos integrantes do Poder Judiciário. É possível, pois, na arbitragem eleger como árbitro um jurista renomado, um economista renomado, um ex-conselheiro do CADE, um advogado com larga experiência no setor concorrencial. Enfim, profissionais que possuem expertise no tema.

É possível, ainda nesta linha, formar um tribunal arbitral composto por três árbitros com diferentes *backgrounds* técnicos, como, por exemplo, um advogado, um economista e um profissional especializado no setor objeto da disputa (por exemplo, um produtor de soja numa disputa concorrencial envolvendo o mercado de soja). Ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário, em que todos os integrantes possuem exclusiva formação jurídica, na arbitragem é possível a formação de um tribunal arbitral plural, o que neste segmento do Direito da Concorrência é fundamental, como deixa clara a própria composição do CADE.

Por fim, a arbitragem é marcada pela flexibilidade procedimental, em que os árbitros podem moldar o procedimento arbitral às particularidades do caso concreto. Assim, por exemplo, é possível estabelecer uma audiência arbitral que consuma 5 (cinco) dias, onde as partes terão tempo para preparar apresentações e ouvir testemunhas fáticas e técnicas. No âmbito do Poder Judiciário, a audiência de instrução de julgamento não costuma consumir mais do que 3 (três) horas – caso haja muitas testemunhas – e o juiz ainda terá que dividir sua atenção com outras audiências designadas para aquela mesma data.

Todos estes aspectos, na verdade, geram eficiência à defesa da concorrência e à aplicação das normas *antitrust*, contribuindo para o incremento de um ambiente competitivo saudável. A arbitragem, em resumo, pode exercer um papel de grande parceiro do CADE no controle da legislação concorrencial.

9. Conclusão

O objetivo deste trabalho foi o de provocar o debate sobre as contribuições que a arbitragem pode dar ao Direito da Concorrência. Enquanto o assunto é bastante desenvolvido no exterior, esta relação entre Arbitragem e Direito da Concorrência é muito incipiente no Brasil. A nossa conclusão é a de que a arbitragem pode contribuir bastante para a resolução de conflitos envolvendo a aplicação do Direito da Concorrência, desde que observados os

rigorosos limites legais e, especialmente, a competência do CADE. Espera-se que este ensaio possa estimular outros estudos a respeito deste novo e intrincado assunto.

10. Bibliografia

BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, Martin. Redfern and Hunter on international arbitration. 6th. ed. The Hague: Oxford University Press, 2015.

BORN, Gary B. International commercial arbitration. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. I e II.

BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 03.09.2018.

CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 03.09.2018.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação das normas do Direito Antitruste pelo juízo arbitral. Arbitragem interna e internacional. ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. International commercial arbitration. GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John (edited by). The Hague: 1999.

FRANZONI, Diego. DAVIDOFF, Fernanda. Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: RT, a. 11, v. 41, abr./jun. de 2014. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 03.09.2018.

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. The Hague:

Kluwer, a. 11, v. 43, 2014, p. 08. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acessado em: 03.09.2018.

GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade objetiva. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008.

HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. ICCA Congress Series. VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). The Hague: Kluwer, 1999, v. 9.

LEW, Julian D. M. Competition laws: limits to arbitrators' authority. Arbitrability: international and comparative perspectives. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros L. (eds). The Hague: Kluwer, 2009.

LEW, Julian D. M. MARSDEN, Oliver. Arbitrability. LEW, Julian D. M. BOR, Harris et al (eds). Arbitration in England. The Hague: Kluwer, 2013.

LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

PARK, William W. Park. Private adjudicators and the public Interest. Arbitration of International Business Disputes: Studies in law and practice. 2nd. ed. Oxford: Oxford, 2012.

RICCI, Edoardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. A doutrina do segundo olhar (second look doctrine). Arbitragem internacional. FINKELSTEIN. VITA, Jonathan B. CASADO FILHO, Napoleão (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

YOUSSEF, Karim. The death of inarbitrability. *Arbitrability: international & comparative perspectives*. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros (Edited by). The Netherlands: Kluwer, 2009.

CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE MEIOS DE PAGAMENTO APÓS OHIO V. AMERICAN EXPRESS

*Bruno Polonio Renzetti
Gabriel de Carvalho Fernandes*

Resumo: Este artigo avalia o posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento de *Ohio v. American Express*. Especificamente, avalia-se quais são as contribuições da decisão para a doutrina antitruste e teoria econômica, destacadamente no que toca à análise do mercado de meios de pagamentos. Após uma breve introdução, expõe-se o funcionamento do mercado de meios de pagamentos no Brasil. Em seguida, relata-se o Caso Amex e a forma como que a decisão da Suprema Corte foi construída. A terceira seção avalia os mercados de dois lados a partir dos pressupostos da decisão. A quinta e última seção conclui.

Palavras-chave: Antitruste; Mercado de Dois Lados; Meios de Pagamento; Plataformas; American Express.

1. Introdução

Erik Hovenkamp lembra que há quase duas décadas economistas começaram a reconhecer que muitas empresas enfrentam o dilema do “ovo ou galinha”¹ que não era explicado por teorias convencionais de concorrência e preço². Atuando como intermediárias, firmas atendiam dois ou mais lados de clientes que obtinham valor desta integração, e justamente por isso somente buscavam os serviços de tais empresas quando clientes da outra ponta também estivessem presentes. O desafio, portanto, era o de viabilizar uma plataforma suficientemente atrativa para reunir uma massa crítica de clientes em todas

¹ De acordo com Caillaud & Jullien, o mercado de dois lados “gera um problema do ovo ou galinha: para atrair compradores, [a plataforma] deve ter uma larga base de vendedores registrados, mas estes só estarão dispostos a se registrar se tiverem a expectativa de muitos compradores aparecerem” (2003: pp. 310).

² Cf. Hovenkamp, 2019. Sobre a limitação de modelos econômicos convencionais, Rochet & Tirole afirmam que “tanto da perspectiva positiva quanto da normativa, mercados de dois lados diferem do tratamento acadêmico de oligopólios ou monopólios de multiprodutos” (2003: p. 990-991).

suas pontas, potencializando os efeitos de rede (“*network effects*”) da plataforma.

Diversos negócios são organizados dessa forma - basta pensar nas atividades de um shopping center (uma plataforma que deve atrair tanto lojistas quanto consumidores) ou de um jornal (uma plataforma que deve atrair tanto leitores quanto anunciantes). Hoje está claro que tais empresas estão amplamente difundidas na economia moderna em razão dos avanços de tecnologia digital e interconectividade. O modelo de negócios de Amazon, Facebook, Google e Uber (entre outras firmas) é organizado através desta infraestrutura de mercado de dois lados, o que vem gerando interesse e renovando a literatura acadêmica sobre o tema³.

Contudo, foi em uma disputa no mercado de meios de pagamento que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América estabeleceu parâmetros de análise antitruste e teoria econômica de mercados de dois lados no que já é considerado “o caso antitruste do século”⁴. No caso, foi avaliada a legalidade de práticas contratuais (“*anti-steering provisions*”) da bandeira de cartões American Express que vedava estabelecimentos comerciais de oferecerem descontos aos consumidores que utilizassem cartões emitidos por outras bandeiras com taxas mais baratas. Trata-se de um precedente importante à luz do mercado brasileiro de meios de pagamento, progressivamente liberalizado através da intervenção regulatória do Banco Central (“Bacen”) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”).

Neste contexto, este artigo expõe o posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no julgamento de *Ohio v. American Express* (“Caso Amex”). Mais especificamente, avaliamos quais são as contribuições da decisão para a doutrina antitruste e teoria econômica no que

³ Não somente a Academia tem se debruçado sobre o tema, mas como também importantes organizações internacionais. Exemplo disso é o recente relatório intitulado *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, editado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), abordando temas como definição e poder de mercado em mercados multi-lados. Disponível em:<http://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em 24/08/2018.

⁴ As palavras são de John Newman (cf. *Ohio v. American Express in the antitrust case of the century - so why isn't anyone talking about it?* In: *Revue Concurrentialiste*, postado em 26/02/2018. Acessível em <https://leconcurrentialiste.com/2018/02/26/ohio-v-american-express/>. Acessado pela última vez em 23/08/2018).

toca à análise do mercado de meios de pagamentos. Após uma breve introdução, expomos o estado da arte da teoria econômica no direito da concorrência referente a mercados duas pontas (*two-sided markets*). Na seção seguinte, descrevemos a evolução do mercado de meios de pagamento no Brasil. Por fim, descrevemos o Caso Amex e exploramos suas possíveis implicações.

2. O Mercado de Meios de Pagamentos no Brasil

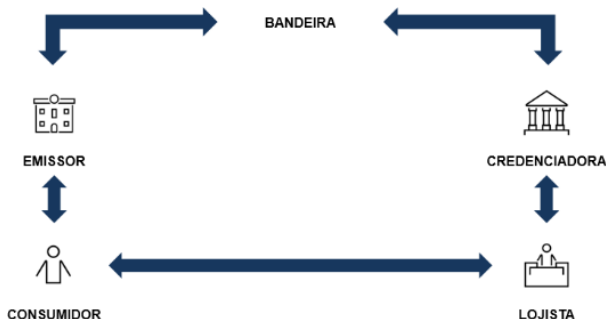
O mercado brasileiro de meios de pagamento foi reestruturado por intervenções relevantes do CADE e do Bacen nos últimos anos⁵. O mercado de meios de pagamento é organizado em uma plataforma de geralmente quatro partes. Este modelo de funcionamento é formado por diferentes segmentos de atuação que se relacionam verticalmente (Emissores de Cartões⁶; Bandeiras⁷;

⁵ “Considera-se que o sistema de pagamentos ‘compreende as entidades, os sistemas e os procedimentos relacionados com a transferência de fundos e de outros ativos financeiros, ou com o processo, a compensação e a liquidação de pagamentos em qualquer de suas formas’ (art. 2º da Lei 10.214/2001), variando desde práticas hodiernas de toda população, como compensação de ordens eletrônicas de débito e crédito, até movimentos no mercado de títulos realizado por investidores, como a compensação de negociações realizadas com valores mobiliários, derivativos e fundos”. (Mattos: 2015, p. 113).

⁶ Geralmente bancos, que fornecem cartões de pagamento de determinada bandeira para uso por seus clientes portadores de cartão.

⁷ Empresas que atuam na especificação de regras gerais de organização e funcionamento do sistema de cartões e meios de pagamento, sendo contratadas tanto por emissores quanto por credenciadores.

Credenciadores⁸; Lojistas⁹; e Consumidores¹⁰)¹¹. A imagem abaixo ilustra a cadeia de valor do mercado:



Esta estrutura, entretanto, é recente. O mercado brasileiro de meios de pagamento era historicamente dividido por dois grandes grupos verticalmente integrados. De um lado, a bandeira Visa contratava com exclusividade a credenciadora Visanet. De outro, a bandeira Mastercard detinha como credenciadora exclusiva a Redecard¹². Nesse sentido, transações com cartões de bandeira Visa só podiam ser capturadas pela Visanet, e transações com cartões de bandeira Mastercard só podiam ser capturadas pela Redecard.

⁸ Empresas contratadas por Lojistas interessados em capturar transações por meio de cartões, fornecendo aos lojistas os aparelhos de captura de transação (as “maquininhas”) para pagamento por cartões, devendo contratar as bandeiras para serem capazes de capturar transações realizadas por seus aparelhos.

⁹ Empresas que contratam credenciadores para serem capazes de oferecer meios de pagamento por cartão a seus clientes portadores de cartão.

¹⁰ Consumidores que contratam emissores de cartão, recebendo um cartão de pagamento de determinada bandeira para uso em estabelecimentos comerciais que contratam credenciadores aptos a captar transações realizadas por meio da bandeira do portador.

¹¹ O mercado pode também ser estruturado em um arranjo de três partes. Neste cenário específico, uma única entidade presta os serviços de emissão e credenciamento. Os cartões Diners e American Express são exemplos deste esquema.

¹² Ressalta-se que, diferentemente da exclusividade contratual entre Visa e Visanet, Mastercard e Redecard detinham um relacionamento exclusivo de fato, e não de direito.

Assim organizado, havia pouco ou quase nenhum espaço para a entrada de players que não fossem verticalmente integrados à bandeiras no mercado de credenciamento. Além disso, a existência virtual de dois duopólios verticalizados em relações de exclusividade rivais criava um cenário em que bandeiras e credenciadores se confundiam aos olhos do consumidor.

Em julho de 2006, o Banco Central do Brasil (BCB), a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), firmaram convênio de cooperação técnica com o objetivo de realizar estudos conjuntos na área de sistema de pagamentos. A partir deste convênio, estas instituições passaram a refletir sobre as falhas de mercado existentes no setor e as medidas disponíveis para promover e ampliar o bem-estar do consumidor, além de como trazer mais concorrência ao setor¹³.

A cooperação entre as então secretarias responsáveis pela defesa da concorrência e o Banco Central originou o Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos em 2010 ("Relatório Conjunto"). Neste relatório, foi identificado que a verticalização do setor, embora tenha sido um primeiro passo para a consolidação do mercado de cartões de pagamentos, "gera ineficiência por minimizar possíveis ganhos de escala e introduzir barreiras à entrada no mercado"¹⁴. Entre outras constatações, o Relatório Conjunto avaliou que a rentabilidade das credenciadoras estava "há longo período de tempo, bem acima daquela verificada em atividades com características de risco empresarial assemelhadas" e "foi verificado que o negócio de aluguel de terminal POS tem extraído lucro significativo ao longo do tempo", inexistindo repasse de ganhos de escala aos estabelecimentos comerciais¹⁵.

O Relatório Conjunto concluiu à época pela existência de graves falhas de mercado no setor. Destas conclusões, ressalta-se, notadamente, (i) "a falta de contestabilidade na atividade de credenciamento e o significativo poder de mercado das credenciadoras Visanet e Redecard"¹⁶, (ii) a existência de barreiras à entrada contratuais e econômicas, (iii) a inexistência de

¹³ Neste mesmo período também é possível constatar uma reflexão legislativa sobre o tema. Foi elaborado um estudo no âmbito do Senado Federal com propostas de medidas para a eliminação de falhas de mercado. Cf. Freitas, 2007.

¹⁴ BACEN et al., 2010: p. 140

¹⁵ BACEN et al., 2010: p. 149

¹⁶ BACEN et al., 2010: p. 150

incentivos para o desenvolvimento da interoperabilidade de rede, e (iv) a assimetria de informações quanto à precificação de serviços¹⁷.

É no contexto deste diagnóstico que a SDE instaurou em 2009 o Processo Administrativo nº 08012.005328/2009-31. O processo investigou a relação contratual de exclusividade entre Visa e Visanet. Estas empresas assinaram Termos de Compromisso de Cessação com o CADE, comprometendo-se a cessar sua relação de exclusividade, passando a Visa a contratar outras credenciadoras e a Visanet a capturar transações realizadas por cartões de outras bandeiras¹⁸. Simultaneamente, foi instaurado o Processo Administrativo nº 08012.004089/2009-01 em face da Redecard. Este processo apurou a existência de abuso da credenciadora no fornecimento de informações de clientes de facilitadores à Redecard. Neste processo também foi celebrado Termo de Compromisso de Cessação com o CADE, encerrando-se a investigação com o pagamento de multa pecuniária.

O Bacen passou a exigir que as bandeiras publicassem as regras e dessem transparência aos seus arranjos de pagamento. As bandeiras deveriam, ainda, contratar credenciadores interessados após negociações não discriminatórias. Como resultado destas iniciativas regulatórias, iniciou-se a abertura do mercado de credenciamento para novos entrantes em 2010, com a disponibilização de captura de transações realizadas por cartões de bandeira Visa pela Rede, que sucedeu a Redecard, e de bandeira Mastercard pela Cielo, que sucedeu a Visanet. A partir deste momento, agentes econômicos entenderam que se sinalizava a efetiva abertura do mercado de credenciamento, onde a concorrência no mérito seria estruturante das relações econômicas.

O Bacen prosseguiu na regulação do mercado que então se abria a novos entrantes. Em 2013 foram publicadas a Lei nº 12.865/2013 e a Resolução CMN nº 4.282/2013, que estabeleceram princípios norteadores para a regulação e supervisão do setor. Estes objetivos estipulam que as instituições públicas responsáveis pela estruturação do mercado devem buscar em sua atuação (i) a interoperabilidade entre arranjos de pagamentos distintos, (ii) a diversidade de modelos de negócios e inovação nos arranjos de pagamento, (iii) o acesso não discriminatório aos serviços e às infraestruturas necessários ao funcionamento dos arranjos de pagamento, e (iv) a livre

¹⁷ BACEN et al., 2010: p. 150.

¹⁸ Requerimentos nº 08700.003240/2009-27 e 08700.003900/2009-27.

concorrência, promovendo-se a competição entre participantes de um mesmo arranjo de pagamento.

Porém, as demandas levadas à agência antitruste brasileira indicaram que o mercado de credenciamento continuou marcado por arranjos e condutas que potencialmente poderiam constituir infrações à ordem econômica. Tendo identificado uma série de indícios de obstáculos à entrada de entrantes e condutas unilaterais anticompetitivas, o CADE instaurou procedimento de ofício para investigar condutas no mercado de credenciamento em janeiro de 2015. Em razão da série de questões concorrenciais identificadas neste procedimento em sede de instrução preliminar, a Superintendência-Geral decidiu instaurar três Inquéritos Administrativos em março de 2016¹⁹.

O Inquérito Administrativo nº 08700.000018/2015-11 foi instaurado em face de Banco do Brasil S.A., Bradesco S.A., Banco Itaú Unibanco S.A., Hipercard S.A., Elo Serviços S.A., Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (Alelo), e Ticket Serviços S.A. O Inquérito buscava investigar práticas de exclusividade entre a bandeira Hipercard e a credenciadora Rede e entre a bandeira Elo e a credenciadora Cielo. O inquérito foi suspenso em julho de 2017 devido à assinatura de TCCs pelas representadas²⁰. Por sua vez, o Inquérito Administrativo nº 08700.001861/2016-03 foi instaurado em face de Cielo S.A. e Rede S.A. Este procedimento buscava investigar práticas discriminatórias pela não inclusão de chaves criptográficas de credenciadores independentes em *pinpads* encomendados a fabricantes pelas credenciadoras Cielo e Rede. O inquérito também foi suspenso em junho de 2017 devido à assinatura de TCCs pelas representadas²¹. Finalmente, o Inquérito Administrativo nº 08700.001860/2016-51 foi instaurado em face de Banco do Brasil, Banco Itaú-Unibanco e Banco Bradesco. Trata-se do inquérito que investiga uma série de práticas potencialmente anticompetitivas no mercado de credenciamento realizadas pelos agentes dos grupos econômicos destes bancos.

¹⁹ Cf. Nota Técnica nº 10/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE no bojo do Procedimento Preparatório 08700.000018/2015-11.

²⁰ Requerimentos nºs 08700.001844/2017-49 (Hipercard) e 08700.003614/2017-14 (Elo).

²¹ Requerimentos nºs 08700.001845/2017-93 (Rede) e 08700.003613/2017-70 (Cielo).

Desta breve retomada do passado recente do mercado de meios de pagamento, nota-se que as intervenções públicas foram direcionadas à verticalização do setor e os potenciais problemas de acesso que acompanham esta forma de estruturação de mercado. Não somente, ao se analisar os segmentos específicos do mercado, a concorrência entre credenciadoras parece ser um outro foco de atuação relevante.

3. O Caso Ohio v. American Express

Em outubro de 2017, o Departamento de Justiça dos EUA (“DoJ”) e os Procuradores de dezessete estados americanos ajuizaram ação civil antitruste (*civil antitrust lawsuit*) perante a Corte Distrital de Nova York, em face das bandeiras de cartão de crédito Visa, Mastercard e American Express (Amex). A ação contestava as regras *anti-steering* que as bandeiras impunham aos comerciantes que aceitavam as bandeiras como meio de pagamento. Tais regras dispunham que os lojistas não poderiam promover ofertas para que seus clientes utilizassem uma ou outra bandeira de cartão de crédito para pagamento, devido ao valor das taxas retidas por cada bandeira. Especificamente no caso do Amex, as regras *anti-steering* em seus contratos com lojistas eram chamadas de *non-discrimination provisions* (NDPs) e possuíam maior relevância, dado que as taxas cobradas pelo Amex eram maiores que seus concorrentes Visa e Mastercard.

No decorrer da investigação de primeira instância, as representadas Visa e Mastercard celebraram acordo com o Departamento de Justiça, pelo qual as bandeiras voluntariamente se comprometeram a revisar ou excluir as disposições contratuais objeto de discussão na ação civil antitruste. A American Express, por outro lado, optou por não celebrar qualquer acordo, dando continuidade, assim, ao processo movido contra si.

A decisão de primeira instância, exarada pelo Eastern District of New York, em fevereiro de 2015, entendeu procedente as alegações feitas pelos autores: as NDPs do Amex de fato violavam a Seção 1 do Sherman Act, de forma que o Juiz Nicholas Garaufis ordenou o Amex a parar imediatamente de executar tais cláusulas²². Em seu arrazoado, o juiz Garaufis

²² De acordo com o disposto na sentença, as NDPs traziam disposições que, por exemplo, proibiam os comerciantes de indicar preferência por qualquer outro meio de pagamento, dissuadir os portadores do cartão Amex de utilizá-lo, criticar

definiu o mercado relevante em questão como o mercado geral para as redes de serviços de cartões de crédito, em âmbito nacional²³.

A American Express recorreu da decisão ao Second Circuit e, em setembro de 2016, o tribunal de apelação reverteu a decisão, ao entender que a corte distrital havia definido o mercado relevante de maneira errada, de forma que sua decisão deveria ser revertida em favor do Amex. De acordo com a decisão de segunda instância, o District Court se equivocou ao focar sua análise de mercado relevante somente na ponta dos comerciantes da cadeia, não levando em consideração os efeitos sobre os portadores dos cartões de crédito (consumidores). Assim, não houve a correta avaliação da interdependência necessária entre os dois lados do mercado: comerciantes e consumidores²⁴. O Departamento de Justiça recorreu ao Tribunal Pleno (*en banc*) do Second Circuit, mas seu pedido de reconsideração foi rejeitado e encaminhado para a Suprema Corte.

Ao apreciar o caso, a Suprema Corte decidiu de forma apertada - 5 votos a 4 - a isentar a American Express de qualquer responsabilidade antitruste, não reconhecendo violação da primeira seção do Sherman Act. Mais uma vez, os argumentos principais orbitaram em torno de qual seria a mais adequada definição de mercado relevante no caso de mercados de dois lados.

O Justice Clarence Thomas foi o responsável por relatar a opinião da Corte²⁵. De acordo com Thomas, o modo mais correto de avaliar os

os serviços do cartão, impor qualquer diferenciação ao uso do cartão Amex e promover qualquer outra bandeira de cartão mais do que o Amex.

²³ *"For the reasons set forth below, the court adopts the general market definition advanced by Plaintiffs' economics expert, Dr. Michael Katz, and accordingly finds that the relevant market for the purpose of the court's antitrust analysis in this case is the market for general purpose credit and charge card network services. Importantly, notwithstanding Defendants' vigorous arguments to the contrary, the court declines to conclude that debit network services should be included in the relevant market"*.

²⁴ *"The District Court held Amex liable for violating §1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. §1, and enjoined Amex from enforcing its NDPs. We find that without evidence of the NDP's net effect on both merchants and cardholders, the District Court could not have properly concluded that NDPs unreasonably restrain trade in violation of §1. We therefore REVERSE"*.

²⁵ A maioria foi formada pelos Justices Clarence Thomas, John Roberts, Anthony Kennedy, Samuel Alito e Neil Gorsuch. A opinião da minoria foi redigida por

possíveis impactos anticoncorrenciais das NDPs seria avaliando o modelo de negócio singular desenvolvido pela Amex, com especial atenção a seu programa de pontos e recompensas oferecidas aos portadores do cartão. Dessa forma, a análise deveria levar em consideração não somente o lado do comerciante, mas também o lado do consumidor.

A decisão da Suprema Corte, expressa no relatório de Thomas, deixa claro que os cartões de crédito se caracterizam como plataformas de dois lados, se diferenciado de mercado tradicionais em diversas formas e, além de se caracterizar como um mercado de dois lados, o mercado de cartões de crédito também é caracterizado como uma "*transactional platform*"²⁶. Uma das principais características de *transactional platforms* é a existências de efeitos de rede indiretos: o valor de uma plataforma para os participantes de um de seus lados aumenta à medida que o número de participantes do outro lado também aumenta. O valor global da plataforma de dois lados, portanto, é diretamente proporcional ao número ao de participantes em ambos os lados. Assim, uma bandeira de cartão de crédito se torna mais atraente para os consumidores à medida que o número de estabelecimentos credenciados sobe, da mesma forma que o comerciante possui incentivos para se credenciar à bandeira caso o número de portadores do cartão aumente.

A dinâmica das plataformas de dois lados faz com que ambos os lados sejam sensíveis a qualquer alteração de preço em algum de seus lados. No caso dos cartões de crédito, as taxas cobradas pelas bandeiras dos comerciantes é usualmente maior do que a anuidade cobrada dos usuários, por ser este último grupo mais sensível a aumentos de preço. Dessa forma, ao cobrar mais de um lado e menos de outro, a plataforma consegue manter sua estrutura de preço.

No caso específico do American Express, é sabido que a taxa cobrada dos comerciantes é maior que a de seus concorrentes²⁷. Isso ocorre

Stephen Breyer, na qual foi acompanhado por Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor e Elena Kagan.

²⁶ Nas palavras do Justice Clarence Thomas: "*Credit card networks are a special type of two-sided platform known as 'transaction' platform. The key feature of transaction platforms is that they cannot make a sale to one side of the platform without simultaneously making a sale to the other.*"

²⁷ "*Given the costs of accepting Amex, why don't more merchants refuse to accept it? The answer presumably is that merchants believe there is a distinct group of customers who shop at the store because it accepts the American Express card. If they didn't believe that, they would stopping accepting the card, as otherwise they*

porque a estrutura do negócio do Amex para atrair usuários do cartão está baseada em seu programa de fidelidade e recompensas, de forma que para compensar os investimentos em seu programa de fidelidade (e atrair mais clientes para um dos lados do mercado), o Amex acaba cobrando taxas maiores dos comerciantes²⁸. De acordo com a decisão da Suprema Corte: "*Amex's business model sometimes causes friction with merchants. To maintain the loyalty of its cardholders, Amex must continually invest in its rewards program. But, to fund those investments, Amex must charge merchants higher fees than its rivals*". Os comerciantes, por sua vez, utilizam práticas conhecidas por *steering*, com o objetivo de "driblar" as altas taxas cobradas pelo Amex. A fim de combater tais práticas, a Amex passou a incluir cláusulas "*anti-steering*" em seus contratos, proibindo os comerciantes de adotarem práticas que incentivassem o uso de outros cartões de crédito pelos clientes.

É exatamente a legalidade ou não das cláusulas *anti-steering* o cerne da questão que foi levada à Suprema Corte. Para decidir se as cláusulas de fato representavam uma violação ao Sherman Act, os *Justices* empregaram um teste de três passos: (i) o Requerente deve provar que a conduta contestada de fato teve efeitos anticompetitivos e deletérios ao consumidor no mercado relevante²⁹; (ii) caso o primeiro critério seja provado, deve o Representado provar o racional pró-competitivo de sua conduta; por fim, (iii) caso o item (ii) seja provado, deve novamente o Requerente demonstrar que as eficiências pró-competitivas poderiam ser alcançadas de formas menos anticompetitivas.

could get the same customers at a lower price. American Express is providing a service to merchants by creating a group of customers with very attractive characteristics who are willing to shop at a store because it takes Amex". (PICKER, Randy. With Amex Ruling, Modern IO Theory Makes Important Inroads with SCOTUS. Disponível em: <<https://promarket.org/amex-ruling-modern-io-theory-makes-important-inroads-scotus/>>).

²⁸ O American Express possui também uma particularidade interessante e que deve ser notada: a atuação simultânea como emissor do cartão e também como bandeira.

²⁹ "*The plaintiffs can make this showing directly or indirectly. Direct evidence of anticompetitive effects would 'proof of actual detrimental effects [on competition]', such as reduces output, increased prices, or decreased quality in the relevant market. Indirect evidence would be proof of market power plus some evidence that the challenged restraint harms competition*".

A Suprema Corte, antes de adentrar ao primeiro passo de seu teste, se viu frente ao desafio de definir o mercado relevante para o caso³⁰, pois "*without a definition of the market there is no way to measure the defendant's ability to lessen or destroy competition*"³¹. Nesse sentido, a Corte faz extensa explicação sobre os mercados de dois lados e os efeitos de rede indiretos de suas plataformas, concluindo que a cobrança abaixo dos custos em um dos lados do mercado não prova, por si só, condutas anticompetitivas como poder de mercado ou preços predatórios. Da mesma forma, um aumento na cobrança de um lado da plataforma não é capaz de atestar o aumento global do custo da plataforma. Nos mercados de cartões de crédito, caracterizados como *two-sided transactions platforms*, ambos os lados da plataforma (usuários e comerciantes) devem ser considerados ao se definir o mercado relevante, pois para se atingir o ponto ótimo de vendas, a plataforma deve encontrar o balanço de custos que proporcione o maior número de usuários (*cardholders*) e comerciantes credenciados (*merchants*). Assim, o mercado relevante foi definido como o mercado de dois lados para transações efetuadas com cartão de crédito. Como resultado desta definição de mercado relevante, a análise concorrencial passou a ter que levar em consideração os efeitos sobre o bem-estar das duas categorias de consumidores: os portadores do cartão de crédito e também dos comerciantes credenciados.

Uma vez definido o mercado, a Suprema Corte passou a apreciar as alegações da Requerente e não aceitou os argumentos de que as *anti-steering provisions* impostas pelo Amex em seus contratos caracterizavam conduta

³⁰ Sobre a definição prévia de mercado relevante, David Evans explica que "*if the relevant market included both customer groups, the anticompetitive effects analysis in the first step would focus on both. If the relevant antitrust market only included the merchants, one could argue that the effects on cardholders should be considered as a possible procompetitive efficiency, or not at all*" (Evans: 2018, p. 26)

³¹ O próprio fato da Suprema Corte conduzir a análise e definição de mercado relevante gerou diversas celeumas durante o caso. Isso ocorreu porque os Requerentes defendiam que não havia necessidade de se definir o mercado relevante, pois já existiam provas suficientes da conduta anticompetitiva. A Corte discordou, pois, ao contrário de restrições horizontais, que a jurisprudência da Corte já entendeu pela prescindibilidade de definição do mercado relevante para atestar seus efeitos anticompetitivos, restrições verticais normalmente não representam riscos à competição, salvo nos casos em que a empresa que impõe tais restrições possui poder de mercado, o qual somente pode ser provado a partir da definição do mercado relevante no caso.

anticompetitiva por aumentar as taxas dos comerciantes, não superando, assim, o primeiro passo de seu teste. De acordo com a decisão da Corte, os elementos trazidos pelos Representantes não conseguiram provar que o preço cobrado pelo Amex nas transações era maior do que se teria em um mercado competitivo, não provaram que as *anti-steering provisions* concediam ao Amex o poder de cobrar preços anticompetitivos e também não provaram que as cláusulas impostas pelo Amex foram capazes de arrefecer a competição entre cartões de crédito³². Assim, a Suprema Corte manteve a decisão anterior do Second Circuit Court of Appeals e absolveu o Amex das acusações de práticas anticompetitivas³³.

4. Avaliando mercados de dois lados: insights analíticos do caso Amex

O mercado de meios de pagamento é um exemplo clássico de mercado de dois lados. Na literatura econômica, é o artigo seminal de Jean-Charles Rochet e Jean Tirole que estipulou as premissas que fundamentam a operação econômica de tais mercados. Em *Platform Competition in Two-Sided Markets*³⁴, os economistas franceses elencam as características necessárias para se configurar tal mercado, especialmente a ocorrência de efeitos de rede, os quais são especialmente importantes para o mercado de meios de pagamento, pois “quanto mais cresce a quantidade de portadores de cartões, mais lojas se mostram dispostas a aceitar esse meio de pagamento. Da

³² “*Evidence of a price increase on one side of a two-sided transaction platform cannot by itself demonstrate an anticompetitive exercise of market power. To demonstrate anticompetitive effects on the two-sided credit-card market as a whole, the plaintiffs must prove that Amex’s antisteering provisions increased the cost of credit-card transactions above a competitive level, reduced the number of credit-card transactions, or otherwise stifled competition in the credit-card market [...] The plaintiffs did not offer any evidence that the price of credit-card transactions was higher than the price one would expect to find in a competitive market. As the District Court found, the plaintiffs failed to offer any reliable measure of Amex’s transaction price or profit margins*”.

³³ “*In sum, the plaintiffs have not satisfied the first step of the rule of reason. They have not carried their burden of proving that Amex’s antisteering provisions have anticompetitive effects. Amex’s business model has spurred robust interbrand competition and has increased the quality and quantity of credit-card transactions*”.

³⁴ Cf. Rochet & Tirole, 2003. Os autores atualizaram suas conclusões poucos anos depois - ver Rochet & Tirole, 2006.

mesma forma, quanto mais lojas aceitam cartões de pagamento, mais portadores se interessam em possuí-los”.³⁵

Como no caso do mercado de meios de pagamento, mercados de dois lados geralmente envolvem uma (ou mais de uma) plataforma³⁶ que faz o "meio-campo" - captura transações ou exibe anúncios, por exemplo - entre dois ou mais grupos (os "lados" do mercado) envolvidos em uma operação econômica³⁷. Esta polaridade torna mais complexa a análise econômica de tais mercados à medida em que sua organização é marcada pela necessidade dos intermediadores de reunir uma massa crítica de usuários em ambos os lados do mercado. Credenciadoras e emissores de cartões dependem de estabelecimentos comerciais aptos a capturar transações e de consumidores dispostos a utilizar cartões como meios de pagamento - sem ambos, a atividade é inviável.

Isto denota como a característica principal dos mercados de dois lados a interdependência substancial entre a demanda dos dois grupos de usuários no sistema. A demanda de cada lado do mercado depende não apenas no preço cobrado pela plataforma intermediária, mas no número de usuários participantes no outro lado do mercado. Anunciantes são dependentes do preço que pagam pela exibição do anúncio e do número de leitores que atingirão; leitores são dependentes do preço que pagam pelo jornal e qualidade e variedade de anúncios que terão acesso.

Esta interdependência ocasionalmente pode gerar incentivos que vão de encontro à postulados tradicionais do direito antitruste. Para

³⁵ Cf. Ribeiro, Biselli & Pelussi, 2017: p. 32. Ressalta-se que se trata aqui de efeitos de rede *indiretos*, no sentido de que o valor de bens relacionados (aparelhos de captura de transações e cartões) aumenta para grupos diferentes de agentes econômicos (lojistas e consumidores portadores de cartões). Em contraste, efeitos de rede *diretos* ocorrem quando há impacto no valor de bens em um mesmo grupo de agentes econômicos. Por exemplo, uma rede telefônica é tanto mais valiosa para seus usuários quanto mais usuários esta tiver. Cf. Evans, 2003: p. 332. Ver também Evans & Schmalensee, 2016: p. 25.

³⁶ Para os fins deste artigo, seguimos Hovenkamp (2019: p. 10) ao definir plataforma como uma empresa que (i) lida com dois grupos distintos de consumidores e (ii) cujas demandas sejam dependentes não apenas dos preços cobrados, mas do volume de usuários na outra ponta da plataforma. Cf. também Katz & Sallet (2018: p. 2.150) para uma discussão sobre as diferentes definições de plataformas e a inexistência de um consenso quanto ao conceito.

³⁷ Cf. Evans e Schmalensee, 2016.

plataformas, pode ser racional a coordenação de transações entre ambos os lados do mercado e a imposição de determinadas restrições para que o negócio se torne viável³⁸. O jornal pode praticar preços inferiores aos de seus concorrentes como forma de amealhar um volume de leitores atrativo o suficiente para a venda de espaço publicitário nas páginas de sua publicação. Esta ilustração indica como apenas um lado do mercado não conta toda a história: o jornal necessita de ambas as fontes de renda para sobreviver, da mesma forma como outras plataformas em outros mercados podem concentrar sua rentabilidade em um nível e alavancar o volume de usuários do outro segmento através da oferta de condições comerciais mais vantajosas³⁹.

Outra questão relevante a ser levada em conta em mercados de dois lados é o princípio da gangorra (“*seesaw principle*”). Este postulado afirma que a precificação ótima de uma plataforma provoca efeitos antagônicos em cada lado do mercado: se em uma ponta determinado modelo de precificação induzir maior participação de usuários (por exemplo, oferecendo preços mais baratos), este ganho será balanceado por um sacrifício de participação na outra ponta⁴⁰. Este princípio em tese justifica porque preços são desiguais em pontas diferentes de uma plataforma. Por exemplo, um shopping center pode oferecer um ambiente atrativo e gratuito para consumidores enquanto cobra aluguel dos lojistas a partir do volume de potenciais compradores. Do mesmo modo, o princípio da gangorra pode ser perfeitamente ilustrado pela situação fática do Caso *Amex*: tarifas maiores são cobradas dos lojistas pela transação para

³⁸ Cf. Armstrong, 2006.

³⁹ Isso mostra como a noção de preço ganha complexidade em mercados de dois lados. Isso porque a plataforma operando no mercado poderá distribuir a precificação de seu custo marginal de diferentes maneiras pelos diferentes lados do mercado. Assim, plataformas podem distribuir preços de maneira distinta em diferentes momentos para ajustar e balancear a participação de usuários nos diferentes lados do mercado. Esta distribuição, no limite, pode se assemelhar a um mercado tradicional. Por exemplo, quando preços são cobrados por interação, as condições de maximização de lucros para uma plataforma monopolista são idênticas àquelas para um monopólio tradicional. Cf. Rochet & Tirole, 2003: pp. 997.

⁴⁰ Cf. Rochet & Tirole (2006: p. 659): “um fator que é condutivo a um preço maior em um lado, na extensão que ele aumenta a margem da plataforma neste lado, tende também a chamar preços menores do outro lado, dado que atrair membros neste outro lado se torna mais rentável”. Cf. também Weyl, 2010: p. 1664.

que benefícios sejam direcionados aos consumidores portadores de cartões Amex.

Isto sugere que a precificação em plataformas é pautada pela maximização do volume total de transações entre os dois lados existentes. Isto sugere que mesmo se o nível do preço for competitivo – i.e., próximo à margem de custo da plataforma – haverá certa distribuição de preço entre os polos da plataforma⁴¹. É nesse sentido que se alerta para a possibilidade de falsos positivos na análise antitruste ao se ignorar um dos lados da plataforma. Se, por exemplo, o preço de um lado da plataforma está abaixo de custo, a análise que se restrinja a uma ponta do mercado pode erroneamente diagnosticar a ocorrência de preços predatórios; inversamente, se o preço estiver significativamente acima do custo marginal, isto não necessariamente indica poder de mercado refletido na precificação do serviço.

Levando isso em conta, condutas de mercado que em uma primeira análise possam aparentar potenciais infrações à ordem econômica em um mercado de dois lados podem contar com justificativas comerciais legítimas em razão dos efeitos de rede necessários para a viabilidade da plataforma. Nesse sentido, "quando uma restrição de plataforma é pró-competitiva (por razões relacionadas especificamente ao comércio de plataforma), é quase sempre porque ela ajuda a estabelecer participação intra-plataforma, ou previne esta participação de minguar"⁴². A literatura econômica já foi capaz de testar hipóteses neste sentido. Por exemplo, Robin Lee, em estudo da indústria de videogames, argumenta que a vedação de exclusividade no mercado teria beneficiado as empresas incumbentes e gerado efeitos negativos para empresas entrantes. Ao seu ver, softwares exclusivos parecem ter sido alavancados por entrantes com o intuito de se adquirir viabilidade no mercado⁴³.

No mesmo sentido, restrições verticais que são comumente consideradas como anticompetitivas (basta-se lembrar o caso das credenciadoras de cartões de crédito), foram abordadas na decisão da Suprema Corte como possíveis arranjos pró-competitivos. Isso ocorre devido ao fato de

⁴¹ Rochet & Tirole, 2006: pp. 996-998.

⁴² Cf. Hovenkamp, 2019: p. 9.

⁴³ Cf. Lee, 2013: p. 2962 ("sem arranjos exclusivos, softwares de alta qualidade seriam primariamente lançados aos incumbentes devido à suas bases já instaladas, e somente depois, se possível, à algum entrante; conseqüentemente, nenhum entrante seria capaz de se diferenciar significativamente dos incumbentes").

que modelos de negócios verticalizados são capazes de gerar maiores efeitos rede, balanceando os *inputs* e *outputs* em cada uma das pontas do mercado de dois-lados. Dessa forma, utilizando-se novamente do “postulado da gangorra”, tem-se que a verticalização das atividades produz eficiências competitivas, à medida em que é capaz de gerar uma massa crítica de usuários em uma de suas pontas, a depender da estratégia de precificação.

A decisão da Suprema Corte também inova ao estabelecer que os meios de pagamento não concorrem somente pelos pontos de venda, mas também concorrem em seus planos de negócios, desenvolvendo modelos que atraem diferentes categorias de consumidores. Isto fica claro nas passagens da opinião do Justice Clarence Thomas, ao apontar as diferenças do modelo de negócios entre Visa, Mastercard e o Amex⁴⁴. Os diferentes modelos de negócios, portanto, contribuem para o ambiente competitivo dos meios de pagamento, propiciando ao consumidor mais um fator para levar em consideração ao fazer a escolha por qual meio de pagamento utilizar no ponto de venda.

5. Conclusão

A decisão exarada pela Suprema Corte americana despertou diversas reações, muitas delas críticas ao raciocínio empregado pela maioria da corte. Tim Wu sentenciou o fim do direito antitruste com a decisão⁴⁵. O *Open Markets Institute*, organização que participou do julgamento como *amicus curiae* e tem em seus quadros a acadêmica Lina Khan⁴⁶, divulgou extensa nota criticando a decisão. De acordo com a manifestação da organização, a decisão do caso Amex representa um obstáculo injustificável para o *enforcement* da legislação antitruste, elevando para as Requerentes o ônus da prova do dano

⁴⁴ “*Visa and MasterCard - two of the major players in the credit-card market - have significant structural advantages over Amex. Amex competes with them by using a different business model, which focuses on cardholder spending rather than on cardholder lending. To encourage cardholder spending, Amex provides better rewards than the other credit-card companies*”.

⁴⁵ THE NEW YORK TIMES. *The Supreme Court Devastates Antitrust Law*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/06/26/opinion/supreme-court-american-express.html>>.

⁴⁶ Lina Khan ganhou notoriedade após publicar artigo sobre a dificuldade do atual direito antitruste em lidar com a nova dinâmica econômica e plataformas, notadamente, a Amazon. Cf. KHAN, 2017.

concorrencial. Além disso, a definição do mercado relevante como um mercado de dois-lados estabelece um padrão que gerará efeitos para novos casos envolvendo as mais diversas plataformas e atividades econômicas⁴⁷.

Esta última crítica possui especial relevância, pois instalou-se um grande receio de que a decisão da Suprema Corte poderia ter o caráter de "salvo-conduto" para os gigantes da internet, como Amazon, Google e Facebook. Esta preocupação recai sobre o fato de tais plataformas também buscaram a classificação como *transactional platforms*, para que o racional da Suprema Corte se aplique em potenciais casos as envolvendo, beneficiando-se da forma como os mercados relevantes passaram a ser definidos⁴⁸.

No caso específico dos meios de pagamento, a decisão da Suprema Corte americana inaugura uma nova forma de se compreender os arranjos verticais presentes nos meios de pagamento. De acordo com a decisão, integrações verticais representam um menor risco concorrencial, de forma que somente efeitos relacionados a preços no mercado não são suficientes para provar o dano. Além disso, a definição mais ampla de mercado relevante, oferecida pela maioria da Corte, impõe maiores desafios para que se prove o poder de mercado de *players* de meios de pagamento. Isso ocorre porque as plataformas de meios de pagamento geram efeitos de rede para as duas pontas, dificultando também a definição de mercados relevantes.

Não há dúvidas que a decisão exarada no Caso Amex certamente oxigena as discussões não somente sobre o mercado de meios de pagamento, mas também aos crescentes mercados digitais. Todavia, deve-se ter em mente que o racional da Suprema Corte para os meios de pagamento somente foi possível de ser aplicado porque se tratam de *transactional markets*. No caso

⁴⁷ "Worse, the specious reasoning of the majority means that even such corporations as airlines and chicken processors can now reasonably claim their markets are "two-sided," and thereby win themselves more favorable review in many antitrust cases." Disponível em: <<https://openmarketsinstitute.org/releases/open-markets-statement-ohio-v-american-express/>>.

⁴⁸ Google e Facebook poderiam ser caracterizados como *transactional platforms* à medida em que o valor cobrado dos anunciantes propicia que as plataformas mantenham serviços a baixos custos para seus usuários. A caracterização de *transactional platform* parece ser mais clara no caso da Amazon, principalmente quando o produto é fornecido por um vendedor independente, de forma que a plataforma da Amazon apenas funciona como intermediário.

dos mercados digitais, ainda não é possível afirmar com segurança se eles também assim se caracterizam (não se pode dizer que há interdependência entre os dois lados do mercado), de forma que a definição de mercado relevante oferecida pela Corte deve ainda ser tratada com parcimônia nestes casos.

Bibliografia

AFFELDT, Pauline; FILISTRUCCHI, Lapo; KLEIN, Tobias. *Upward Pricing Pressure in Two-Sided Markets*. In: *Economic Journal*, vol. 123, 2013: pp. 505 e ss.

ARMSTRONG, Mark. *Competition in two-sided markets*. In: *RAND Journal of Economics*, vol. 37, nº. 3, 2006: pp. 668-691.

BANCO CENTRAL; SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos*. 2010. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/htms/novaPaginaSPB/Relatorio_Cartoes.pdf>. Último acesso em 17/09/2018.

CAILLAUD, Bernard; JULLIEN, Bruno. *Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers*. In: *RAND Journal of Economics*, vol. 34, 2003: p. 309 e ss.

EVANS, David. *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*. In: *Yale Journal of Regulation*, vol. 20, 2003: pp. 325 e ss.

_____. *Governing Bad Behavior by Users of Multi-Sided Platforms*. In: *Berkeley Technology. Law Journal*, vol. 27, 2012: pp. 1201 e ss.

_____. *Essential Principles for the Design of Antitrust Analysis for Multisided Platforms*. October, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3261812>>.

EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2016.

FREITAS, Paulo. *Mercado de Cartões de Crédito no Brasil: problemas de regulação e oportunidades de aperfeiçoamento da legislação*. In: *Textos para Discussão nº 37*, Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília, 2007.

HAGIU, Andrei; WRIGHT, Julian. *Multi-Sided Platforms*. In: *International Journal of Industrial Organization*, vol. 43, 2015: pp. 162 e ss.

HOVENKAMP, Erik. *Platform Antitrust*. In: *Journal of Corporation Law*, 2019 (no prelo): pp. 1-49. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3219396>. Último acesso em 19/09/2018.

KATZ, Michael Katz; SALLET, Jonathan. *Multi-Sided Platforms and Antitrust Enforcement*. In: *Yale Law Review*, vol. 127, n.º. 7, 2018: pp. 2142-2175.

KHAN, Lina. *Amazon's Antitrust Paradox*. In: *The Yale Law Journal*, vol. 126, n. 3, 2017.

LEE, Robin. *Vertical Integration and Exclusivity in Platform and Two-Sided Markets*. In: *American Economic Review*, vol. 103, 2013: pp. 2960 e ss.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OECD. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Último acesso em 20/09/2018.

MATTOS, Eduardo da Silva. *Concorrência no Sistema de Pagamentos: Condutas Anticompetitivas e Acesso a Câmaras de Compensação como Essential Facility*. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 67/2015, p. 111-129, jan-mar/2015.

PAIXÃO, Ricardo; D'Alvarenga, Marcelo; SILVEIRA, José Augusto. *Mercados de Dois Lados*. In: *Revista GV-executivo*, vol. 5, n. 1, 2006: pp. 25-29.

RIBEIRO, Amadeu; BISELLI, Esther; PELUSSI, Felipe. *Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre a indústria de meios eletrônicos de pagamento*. In: *Bancos e Serviços Financeiro: visões atuais*. MELO, Renato (Coord.). São Paulo: Bluchet, 2017: pp. 32 e ss.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Cooperation among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations*. In: *RAND Journal of Economics*, vol. 33, 2002: pp. 549 e ss.

_____. *Platform Competition in Two-Sided Markets*. In: *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, 2003: pp. 990 e ss.

_____. *Two-Sided Markets: A Progress Report*. In: *RAND Journal of Economics*, vol. 37, 2006: pp. 645 e ss.

SCHMALENSEE, Richard. *Payment Systems and Interchange Fees*. In: *Journal of Industrial Economics*, vol. 50, 2003: pp. 103 e ss.

SCHWARTZ, Marius; VINCENT, Daniel. *The No Surcharge Rule and Credit User Rebates*. In: *Review of Network Economics*, vol. 5, 2006: pp. 72 e ss.

SIDAK, J. Gregory; WILLIG, Robert. *Two-sided market definition and competitive effects for credit cards after United States v. American Express*. In: *Criterion Journal on Innovation*, vol. 1, 2016: pp. 1301-1311.

WEYL, Glen. *A Price Theory of Multi-Sided Platforms*. In: *American Economic Review*, vol. 100, 2010: pp. 1642 e ss.

WRIGHT, Julian. *Optimal Card Payment Systems*. In: *European Economic Review*, vol. 47, 2003: pp. 587.

_____. *Why Payment Card Fees are Biased Against Retailers*. In: *RAND Journal of Economics*, vol.43, 2012: pp. 761 e ss.

DANOS EM CARTEL, EFEITO REPASSE E AS AÇÕES DE REPARAÇÃO: UMA ABORDAGEM ECONÔMICA.

Fabiana Tito

Resumo: O presente estudo visa contribuir no esclarecimento de conceitos econômicos e práticos para repaldar o cálculo de danos no âmbito de ações reparatórias em casos de cartéis. Aspectos econômicos da literatura antitruste e de organização industrial relacionados a danos de cartel são expostos, considerando os três principais itens: (i) sobrepreço ou aumento de custo (preço adicional cobrado pelo insumo/serviço cartelizado), (ii) repasse de parcela do sobrepreço aos consumidores indiretos (pass-on effect), e (iii) perda de quantidade vendida (output effect) e de que forma tais fatores devem ser considerados para um adequado cômputo do dano.

Palavras-Chave: Antitruste, Cartel, Cálculo de Danos, Sobrepreço, Efeito Repasse e Ação de Reparação.

Antitrust, Cartel, Damage Quantification, Overcharge, Pass-on Effect and Class Actions.

1. Introdução

Ao suprimir a pressão competitiva, o cartel distorce a alocação produtiva, impondo custos adicionais significativos a todos aqueles envolvidos, direta e indiretamente, na aquisição dos produtos e/ou serviços cartelizados. A ausência de concorrência também acarreta perda de bem-estar, à medida que a eficiência econômica não é alcançada, não apenas pela menor produção, mas também pelo desestímulo à redução de custos e promoção de inovações que aprimorem os processos produtivos das empresas. Isso resulta, no longo prazo, em perda da competitividade da economia como um todo.

Quando um cartel tem sucesso no aumento de preço, o montante cobrado em excesso é o chamado sobrepreço e os lucros exorbitantes dessa diferença, multiplicada pela quantidade vendida durante a conduta, são apropriados pelo cartel em forma de vantagem auferida. Já a parcela de vendas que alguns consumidores deixam de adquirir é considerada “peso morto” ou perda para a sociedade. Ou seja, os lucros das empresas aumentam, enquanto o excedente do consumidor diminui em relação ao mercado competitivo.

Sendo assim, práticas de cartel são consideradas infrações à ordem econômica previstas no art. 36, incisos I, II, III e X da Lei nº 12.529/11, bem como no art. 4º da Lei nº 8137/90.

Diante ao grande caráter lesivo à concorrência, à sociedade e ao bem-estar, a necessidade de aumentar os esforços para dissuadir a prática de cartel e restituir os montantes ilegalmente extraídos (danos), objetiva-se esclarecer e expor os principais tópicos referentes aos danos do cartel, em especial três aspectos inter-relacionados: **o sobrepço e sua relevância como principal referência de dano; o impacto do efeito repasse (*pass-on*) no cálculo do dano privado, principalmente, em ações reparatórias, além da perda de vendas (*output effect*).**

A estimativa de danos serve tanto como medida de reparação de danos aos consumidores diretos e indiretos em processos privados, quanto para balizar o cálculo das penalidades ótimas, na busca da efetividade de dissuasão da conduta pela Autoridade da Concorrência. O presente artigo aborda, economicamente, o primeiro tema: fatores econômicos que influenciam a mensuração dos danos em ações de reparação de danos.

Feita esta introdução, o estudo expõe na **seção 2**, de maneira sucinta, as implicações econômicas do cartel, enquanto a **seção 3** introduz os danos relacionados ao cartel e a **seção 4** foca no dano vinculado ao sobrepreço. A **seção 5** apresenta discussões de demais elementos relevantes na mensuração de danos de cartel: o efeito-repasse (*pass-on effect*) e a perda de vendas (*output effect*), aspectos que não podem ser negligenciados na mensuração do cálculo de danos total, especialmente em casos de reparação de danos. A **seção 6** traz uma discussão prática de possíveis cenários de como abordar a mensuração de danos, em especial com relação ao tema repasse e a depender do consumidor atingido pela prática do cartel e seu elo na cadeia. Por fim, a **seção 7**, tece as considerações finais.

2. Implicações Econômicas do Cartel

Em um mercado competitivo, cada firma toma decisões autônomas em relação a preços e quantidades, visando obter o melhor resultado. No entanto, pode ser lucrativo para as empresas entrarem em um acordo para reduzir a pressão competitiva. Tal acordo, quando orquestrado deliberadamente por empresas que, de outra forma, seriam concorrentes, é denominado cartel.

O cartel, portanto, se caracteriza pela troca, de maneira coordenada, de informações sensíveis entre duas ou mais empresas de um segmento de atividade, com vistas à definição de condições quanto ao estabelecimento de preços, nível de produção, quantidade ofertada, ou qualquer outro aspecto que influencie a livre formação de preços no mercado de seus produtos. Sendo assim, práticas de cartel são consideradas infrações à ordem econômica previstas no art. 36, incisos I, II, III e X da Lei nº 12.529/11, bem como no art. 4º da Lei nº 8137/90¹, uma vez que afeta o bem-estar social, prejudicando economicamente os agentes do mercado que não fazem parte da coordenação, além da concorrência e dos consumidores.

O impacto de tal conduta em termos de preços e bem-estar social pode se dar em diferentes graus, sendo a extensão do comportamento colusivo importante para a verificação e mensuração dos danos decorrentes dessa prática. A ocorrência e extensão desse comportamento decorre da presença de fatores facilitadores à coordenação entre seus integrantes, entre os quais se pode citar o nível de concentração do mercado, a simetria entre seus participantes, a ausência de produtos substitutos, a frequência de vendas, a (in)eficiência de mecanismos de detecção de uma ação colusiva, entre outros fatores que permitem que a ação coordenada se dê sob baixo custo de monitoramento.

Sob a perspectiva econômica, denomina-se colusão a situação em que um grupo de competidores aumenta ou tenta aumentar preços, por meio de comunicações diretas ou indiretas entre si, com a finalidade de acertar preços acima de um nível que ocorreria na ausência da troca de informação (Motta, 2004). Uma definição similar seria a de que firmas determinam preços próximos aos de um monopólio. A motivação de formar um cartel advém do fato de os participantes do cartel poderem aumentar lucros conjunta e, conseqüentemente, individualmente em relação ao cenário concorrencial.

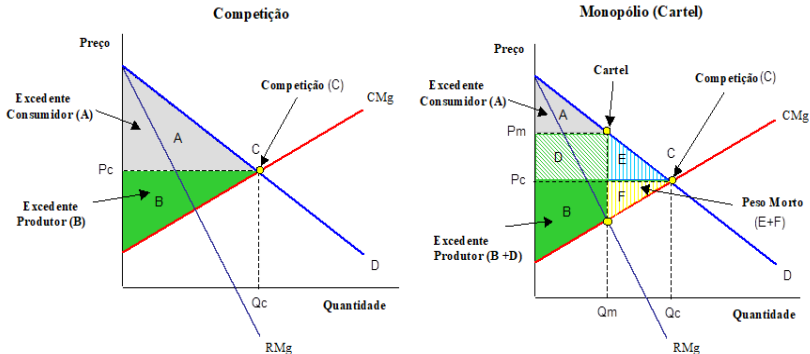
O cartel simula o comportamento de um monopolista e, para obter esse resultado, o cartelista deve ter o controle da oferta. Por essa razão, o acordo entre empresas em geral envolve fixação de preços, divisão do mercado e, em alguns casos, imposição de tetos ou quotas de produção para cada participante.

¹ Tem-se a mesma interpretação em outras jurisdições, como na Europa no art. 81 da Comissão Europeia, nos Estados Unidos no *Sherman Act* e no Reino Unido no Capítulo 1 do seu *Competition Act*. Em todos há proibição de coordenação entre os concorrentes com o objetivo de diminuir a concorrência.

A 0 mostra como se dá a maximização de lucro, a restrição de quantidade e o aumento de preços ao sair de uma situação de competição para monopólio (cartel). A figura à esquerda revela a situação de competição com preço (P_c) igual ao custo marginal (CMg), enquanto o gráfico à direita revela a nova configuração em cartel e a respectiva perda de peso morto ($E + F$).

Quando o cartel se forma e reduz a produção para um cenário de monopólio com $CMg = RMg$, o preço (P_m) será mais alto e a quantidade menor (Q_m) do que em uma indústria competitiva (Q_c). Nesse novo patamar, o excedente do consumidor (EC) diminui para A , enquanto o excedente do produtor (EP) passa a ser $(B + D)$. Ou seja, comparado à situação de competição, o EC é reduzido pelas áreas $D + E$, enquanto o EP passa a ser apenas a área F . No entanto, o cartel captura algum excedente do consumidor, correspondente à área D . O ganho no EP para o cartel da área D ainda é menor do que a perda total para os consumidores (áreas $D + E$) e os produtores (área F), portanto, a perda total de peso morto para a sociedade é $(E + F)$; sendo a perda do consumidor “ E ” e a do produtor “ F ”.

Figura 1. Maximização de lucro: competição x monopólio (cartel)



Fonte: Elaboração Própria.

Portanto, enquanto a indústria competitiva opera em um nível de produção em que o preço se iguala ao custo marginal, o monopolista típico resolve sua função de maximização de lucro igualando receita marginal ao custo marginal. Nessa situação, a quantidade comercializada será inferior à que seria vislumbrada em um mercado competitivo, enquanto o preço será superior, conforme ilustrado na figura acima. Por consequência, o consumidor terá seu bem-estar reduzido, com dano representado pelas áreas D (sobrep preço)

e E (perda de vendas)², e as empresas se apropriam de parte do excedente dos seus clientes (bem-estar do consumidor), correspondente à área D (sobrepço) na 0. Esse excedente, que iria para os clientes em mercados competitivos, passa a ser lucro do cartel.

Os cartéis, vistos como a prática anticoncorrencial com efeitos mais deletérios no mercado, podem gerar problemas de diferentes naturezas. O mais comum é o aumento de preços e a menor quantidade comercializada de bens e serviços. No entanto, podem também resultar em menor variedade e qualidade de produto. Certamente, esse comportamento beneficiará as empresas envolvidas, mas prejudicará os seus clientes que terão um leque de escolhas reduzido e qualidade inferior de produtos, com reflexos negativos sobre a taxa de crescimento da produtividade e da renda.

Por essa razão, alguns autores têm dedicado toda sua pesquisa acadêmica a esse tema. É o caso do Professor John Connor, que, em Connor e Lande (2012), afirma: “*Cartels have always been the highest concern of antitrust. They overcharge consumers many billions of dollars every year and there is a strong consensus that they should be sanctioned heavily.*”

3. Danos Relacionados ao Cartel

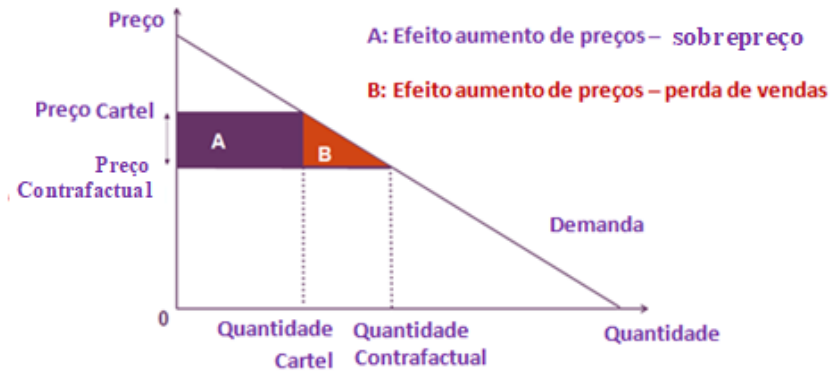
O cartel pode envolver tanto produtos finais como insumos utilizados em processos produtivos, em vista disso, pode haver vários consumidores afetados ao longo da cadeia. Para a literatura antitruste, os danos aos consumidores decorrentes do cartel **decompõem-se em três fatores**: (i) **sobrepço**, ou seja, o (preço adicional pago pelo comprador pelo insumo cartelizado), (ii) **repasse de parcela do sobrepço** aos consumidores finais (*pass-on effect*), e (iii) **perda na quantidade consumida** (*output effect*).

A principal medida do dano econômico causado pelo cartel é o sobrepço imposto ao cliente, sendo a referência mais usada no pedido de indenizações de danos causados por cartéis, tal como afirma Connor (2007): “*Esta é uma medida monetária dos custos extras incorridos pelos compradores como um resultado direto das ações do grupo conspiratório*” (p.44).

A ilustração da 0 mostra os principais efeitos do aumento de preço resultante do cartel.

² Ou seja, o efeito quantidade advém do consumidor que sai do mercado porque o preço em cartel fica superior a seu preço de reserva.

Figura2. Efeitos do aumento de preço pelo cartel



Fonte: Elaboração Própria.

A 0 mostra os principais efeitos do aumento de preço resultante do cartel, sendo a área “A” a perda relacionada ao aumento de preços (sobrepço) e a área “B” a perda relacionada à perda de vendas (*output effect*). Caso haja algum repasse da diferença entre o preço do cartel e o preço do contrafactual, este deve ser descontado da área A da 0, visto que o consumidor direto teria, em tese, amenizado parte do seu dano associado ao aumento do custo desse insumo/serviço.

Em contrapartida, o repasse de parte (ou a totalidade) do sobrepreço, caso exista, afeta os consumidores indiretos ou finais. Assim, o repasse também é caracterizado por um dano, sendo o agente atingido o consumidor indireto ou final, mas considerado transferência de renda em termos de danos, visto que o prejuízo é gerado na cadeia adiante (consumidores finais).

A quantificação de danos de cartel pode ser interpretada como uma etapa fundamental para estabelecer desde o nível apropriado de compensação das vítimas do cartel (consumidores diretos e indiretos), em ações de reparação de danos, quanto para estimar os lucros ilegais extraídos pelas firmas partícipes do cartel e auxiliar no embasamento do cálculo de multas ótimas aplicadas pelas autoridades competentes.

4. Danos pelo Sobrepço

A principal parcela do dano sofrido pelos consumidores diretos é a baseada em cálculos de sobrepreço, chamado de *price overcharge* na

literatura, e corresponde à diferença entre o preço cartelizado e aquele na ausência da conduta colusiva (*but for price*).

$$\text{sobrepreço} = p^{\text{cartel}} - p^{\text{but for price}}$$

Sendo seu percentual ∂ representado por:

$$\partial = \frac{p^{\text{cartel}} - p^{\text{but for price}}}{p^{\text{but for price}}}$$

A literatura considera que o dano calculado com base nesse referencial é um limite inferior na quantificação de danos, dado que os efeitos de redução de quantidade e da perda de peso morto são fatores ignorados. Ademais, o entendimento é de que o cálculo é subestimado, tendo em vista que são negligenciados efeitos dinâmicos relevantes, tais como reduções de custos, melhorias de qualidade e estímulos às inovações, uma vez que as firmas cartelizadas se acomodam na ausência de rivalidade e perdem o incentivo em competir entre seus concorrentes.

Calcular o montante de aumento de preço decorrente do cartel (sobrepreço) corresponde a estimar qual seria o preço na ausência da conduta anticompetitiva (*but for price*) ou, em um contexto teórico, estimar qual seria o preço em um ambiente competitivo. Esse cenário é o chamado “contrafactual”, pois mimetiza o preço em um cenário com ausência do cartel. Calcular a extensão do sobrepreço exige informações a respeito do mercado atingido, principalmente em relação a preços, tanto durante o período de cartel quanto fora dele (chamado de período de contrafactual ou controle).

A literatura sobre os métodos é relativamente extensa: Finkelstein e Levenbach (1983), Connor (2001), Brander e Ross (2006), Connor e Bolotova (2006), European Commission/Oxera (2009), Davis e Garcés (2010), Boyer e Kotchoni (2011), entre outros. Há diversas técnicas analíticas disponíveis para construir o que se entende por *but for price* e cada uma delas se baseia em pressupostos que precisam ser conhecidos e explicitados pelo analista de forma a condizer, de forma mais próxima e razoável, ao cenário a ser estimado. Dentre as abordagens têm-se:

- **Abordagem comparativa:** condições de mercado *but for* são usadas como referência, tais como comparação entre mercados cartelizados e não-cartelizados (comparações transversais); comparações de dados antes, durante e após o período do cartel (comparações temporais), bem como a combinação das duas comparações acima – comportamento dos preços ao longo do tempo e comparação com um

mercado não-cartelizado no mesmo período – chamado modelo diferenças em diferenças).

- ❑ **Abordagem financeira:** uso de informações financeiras (por exemplo, taxas de retorno e informações de custos ou de margens), de acusados e de não acusados ou alguma referência de mercado, para estimar o contrafactual.
- ❑ **Abordagem baseada em estrutura de mercado:** por meio da combinação de modelos teóricos, premissas e estimações empíricas, pode ser avaliado o cenário contrafactual (*benchmark* de Cournot, Bertrand, etc). O objetivo é identificar os modelos teóricos que melhor se encaixem ao mercado relevante (e estimar o preço ou quantidade contrafactual) e realizar simulações de como estes mercados funcionariam na ausência de acordos entre empresas (cartel ou colusão).

A abordagem comparativa é a mais usada dentre todas, mas há métodos que requerem uma quantidade menor de dados, tais como os baseados em estrutura de mercado, visto que podem ser obtidos via cenários competitivos e pressupostos. Entretanto, qualquer método depende de hipóteses assumidas e os resultados devem ser complementados e alinhados com a investigação feita sobre o caso em análise.

Uma forma mais rigorosa de se aplicar a abordagem comparativa é estimar, via modelos de regressão, a relação entre o mercado cartelizado e as variáveis causais que afetam o preço. Nesse procedimento, duas abordagens comuns são: i) analisar os fatores causais ao longo da evolução do preço do produto ou serviço investigado e usando uma variável *dummy* durante o período do cartel, e ii) por meio de modelo preditivo ajustado com base em observações do período em que não havia cartel.

5. Danos pelo Efeito Repasse e Perda de Vendas

O *sobrepreço* é o principal componente direto de danos causados ao consumidor, entretanto, ele não é o único. Segundo Dijk e Verboven (2007) e Davis e Garcés (2010), há dois outros fatores relevantes que não podem ser negligenciados no cálculo do dano ao consumidor: efeito repasse de preço (*pass-on effect*) e o efeito da perda de vendas (*output effect*).

O *efeito repasse* corresponde ao repasse (parcial ou total) do sobrepreço aos consumidores finais, que ocorre quando há um elo intermediário da cadeia. Esta parcela é considerada como efeito indireto aos

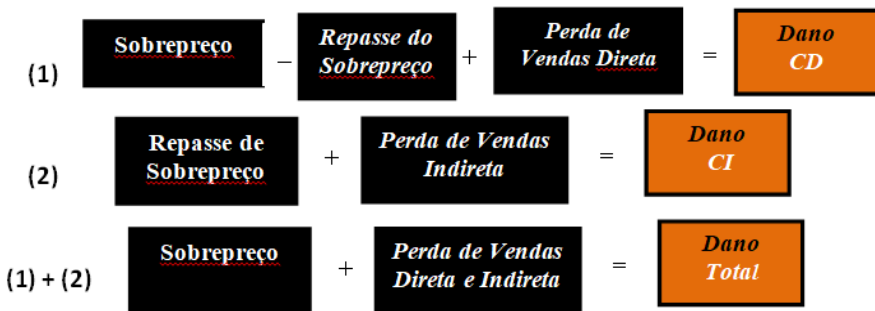
consumidores finais, visto que ela representa o sobrepreço ou dano sofrido por estes consumidores e não pelos consumidores diretos do cartel.

Já a *perda de vendas* ocorre quando há repasse (total ou parcial) do aumento do custo do insumo (sobrepreço) para os consumidores finais, o que leva à diminuição das vendas totais.

O dano total (1 + 2 na 0) causado pelo cartel consiste no somatório da parcela sobrepreço (efeito direto) que é a vantagem auferida e a perda de vendas (efeito indireto da restrição de produção que reflete em menores compras pelos consumidores finais diante do preço mais alto) que corresponde à parte do peso morto.

O efeito repasse é uma mera transferência entre agentes e, apesar de não ser relevante para o cálculo do dano total, visto que as parcelas se cancelam, ele é extremamente importante para o cálculo de danos dos consumidores (diretos e finais) em casos de ações legais (class actions) contra as empresas partícipes do cartel. Isto ocorre quando a fabricação de um produto envolve diferentes elos da cadeia produtiva, em que a firma intermediária a jusante (*downstream*), ao comprar o insumo da empresa fabricante cartelizada a montante (*upstream*), consegue repassar total ou parcialmente o sobrepreço para seus consumidores. Assim o dano total é dado pela 0:

Figura 3. Dano Total do Cartel relacionado ao Consumidor Direto (CD), ao Consumidor Indireto (CI) e Dano Total



Fonte: Elaboração Própria.

Diante desse contexto, os consumidores intermediários podem não sofrer os danos do sobrepreço de forma integral, sendo que a parcela do dano obtida pelo sobrepreço precisa ser descontada do efeito repasse. Esta parcela de dano é bastante relevante em pedidos de reparação de danos em processos

civis, pois a defesa baseada no *pass-on* pode, a depender das características do mercado, diminuir a parcela requerida de indenização. Lembrando sempre que, quando há efeito repasse, necessariamente há que se avaliar o efeito de perda de quantidade, caso contrário o dano pode acabar sendo subestimado.

5.1 Partes afetadas pela prática do cartel

A literatura para cálculo de danos de cartel normalmente usa modelos estruturados em três agentes: empresa cartelizada a montante, firma consumidora direta a jusante (ou *downstream* que é o comprador direto do insumo cartelizado) e consumidores finais que compram o produto da firma intermediária. Com relação às partes afetadas pelo cartel tem-se que:

O primeiro cenário (toda indústria) considera que todos os competidores no mercado a jusante são afetados pelo cartel da mesma forma, ou seja, o acréscimo do custo do insumo – sobrepreço – é comum a todos. Diante do impacto comum a todos os competidores, o efeito *pass-on* acaba prevalecendo a depender do grau de competição – *Cournot* ou *Bertrand*. E, neste caso, a menos que exista apenas uma empresa no mercado *downstream*, o efeito do *pass-on* não costuma se sobressair ao efeito perda de vendas, e não haverá redução sobre o montante calculado pelo sobrepreço.

O segundo cenário (indústria específica) ocorre quando o aumento do custo (ou sobrepreço) incide apenas em uma parte dos competidores do mercado a jusante. Este é o caso principalmente quando uma das empresas do cartel é verticalmente integrada a um dos competidores a jusante e não tem o incentivo econômico de repassar o sobrepreço a ele. Aqui o efeito perda de vendas acaba se tornando mais relevante, o que impede que o repasse seja alto, pois os demais competidores não integrados, por estarem em desvantagem econômica competitiva, não conseguem repassar o aumento de custo de forma significativa, visto que, ao fazer isso, haveria perda de vendas para aqueles verticalizados que não sofrem acréscimo de preços dos insumos. Neste caso, o efeito *pass-on* deve continuar economicamente válido em competição *a la Bertrand*, mas pode não existir quando houver muitos competidores não afetados em mercados com competição *a la Cournot*.

De forma geral, estudos mostram que o desconto (efeito repasse e perda de vendas) aplicado ao sobrepreço é justificável (ou seja, que há alguma existência de repasse), a menos que grande parte dos concorrentes no mercado *downstream* não tenha sido afetada pelo cartel, de forma que o repasse do sobrepreço provocaria efeito redução de vendas (*output effect*) maior que o efeito do repasse de preço. Ou seja, em análises de pedido de reparação de

danos, quando há alegação da parte contrária de que houve repasse, na tentativa de diminuir o montante devido, há que sobrepesar a existência de outro elemento que majora o dano, que é o consequente efeito de perda de vendas, visto que o *pass-on* e o *output effect* têm efeitos opostos no cálculo do dano.

A 0 resume alguns dos fatores que afetam o dano mensurado pelo sobrepreço, sendo o efeito *pass-on*, um possível componente de desconto (-), enquanto o efeito perda de vendas reflete uma possível majoração (+) nos danos calculados pelo sobrepreço.

Tabela 1. Resumo dos Fatores que afetam o desconto (*pass-on* e *output effect*) aplicado ao sobrepreço

Fatores que afetam o “desconto” (<i>pass-on</i> (-) e <i>output effect</i> (+)) aplicado ao sobrepreço	
Cartel atinge todas as firmas <i>downstream (industry-wide)</i>	Cartel atinge apenas um grupo de firmas <i>downstream (firm-specific)</i>
Elasticidade da oferta	Elasticidade da oferta
Elasticidade da demanda	Elasticidade da demanda
Grau de competição no mercado/Número de competidores no mercado	Grau de competição no mercado/Número de competidores no mercado
Importância do insumo no custo total	Importância do insumo no custo total
	Número de competidores afetados pelo sobrepreço

Fonte: Elaboração Própria com base nos estudos de Verboven e van Dijk (2009).

Com relação à quantificação de ambos os efeitos, os procedimentos também se baseiam em modelos quantitativos e econométricos. Há algumas metodologias disponíveis para a estimação do efeito repasse e do efeito perda de vendas, quando há dados disponíveis, conforme exposto abaixo. Entretanto, quando os dados são escassos ou não existem, analistas recorrem a evidências qualitativas.

Para estimação do *pass-on*, quando há informações de preços disponíveis, é possível tanto usar modelos baseados em comparação e/ou modelos de regressão. Modelos baseados em comparação são similares aos usados na estimação do sobrepreço, usando contrafactuais de preços, margens

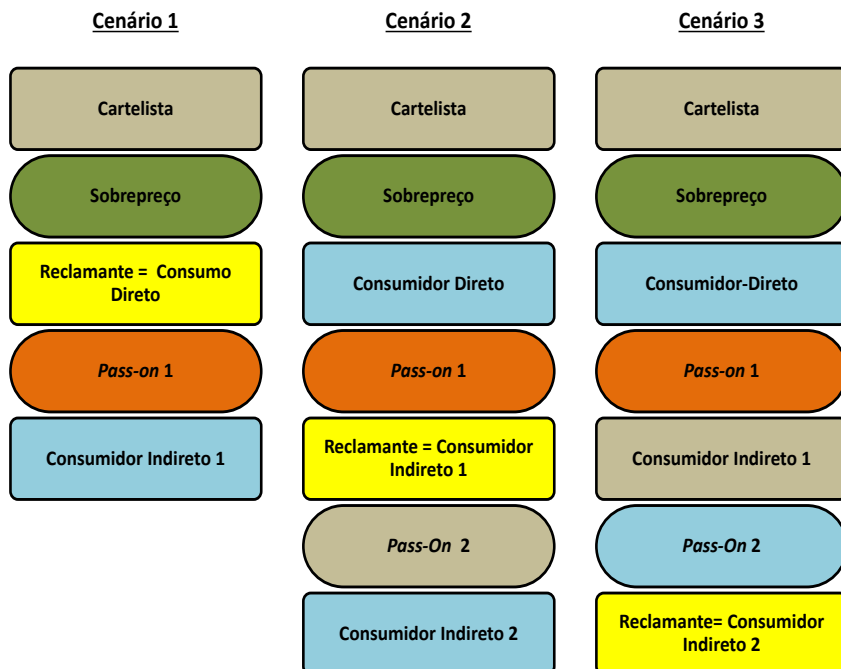
e volumes que podem ser: i) antes e depois da conduta; ii) produtos iguais ou similares de outras regiões geográficas ausentes da conduta; e iii) uma combinação de ambos, chamados de modelos *diferença em diferença*. Tal método depende de encontrar *benchmarks* de contrafactual que não estejam contaminados pela conduta investigada, assim como obter dados suficientes para controlar as demais influências que tenham afetado o produto/serviço analisado, além do cartel (por meio de modelos de regressão multivariada). Quando séries de preços e custos estão disponíveis, usam-se os modelos de regressão multivariada.

Para o cálculo do efeito perda de vendas, a mensuração é feita pela multiplicação da margem no período “*but for*”, chamado também de “*but for margin*”, pela redução do volume vendido resultante do repasse do sobrepreço. Isto porque é de se esperar que a margem no período do cartel fique mais comprimida em relação ao período do contrafactual, sendo que técnicas baseadas em modelos de comparação costumam ser úteis para tal inferência. Ou alternativamente, é possível usar uma medida de elasticidade-preço do produto em análise combinando com a estimativa do efeito do repasse. Ou seja, como a elasticidade varia de acordo com a mudança no preço, tal análise possibilita avaliar o volume perdido. Com relação à elasticidade, quando todo o mercado foi impactado pelo sobrepreço (todas as firmas são afetadas de forma similar), o ideal é estimar a elasticidade da demanda agregada de forma a refletir o real impacto proporcional das vendas de cada empresa. Por outro lado, quando a indústria é do tipo “*firm-specific*”, a inferência da elasticidade-preço própria da firma afetada pode ser usada como boa referência.

6. Relevância dos Efeitos Repasse em Ações de Reparação

Feitas as exposições acima, fica clara a relevância de se computar, em especial, o efeito do repasse (*pass-on*), além da perda de vendas em estimações de cálculos de danos totais para fins de ações de reparação de danos. De forma a deixar mais claro as possibilidades de se argumentar quanto à existência e relevância do efeito do *pass-on* e, por consequência, o efeito perda de vendas, cabe ter em mente possíveis cenários do *pass-on* a depender da estrutura da cadeia produtiva do mercado em análise. A 0 mostra um exemplo de como avaliar o efeito do repasse, a depender de quem move a ação (reclamante) de reparação de danos: consumidor direto, indireto ou o consumidor final. A depender do cenário os desafios também serão distintos.

Figura 4. Cenários do Efeito *Pass-on*



Fonte: Elaboração Própria com base no Relatório Comissão Europeia/RBB (2016).

No **Cenário 1** o efeito é mais direto de se calcular, visto que o próprio demandante da ação é o consumidor direto do produto cartelizado que tem acesso a preços e quantidades do produto adquirido diretamente da firma cartelista. Neste caso, o efeito do repasse é relevante para se observar quanto do aumento do custo (sobrepreço) foi repassado ao elo da cadeia posterior, atingindo o consumidor final (consumidor indireto 1). Portanto, a depender do resultado, deverá descontar o valor pleiteado do sobrepreço por parte do acusado (cartelista).

Cenário 2 apresenta quando uma ação é movida pelo consumidor indireto 1, tal que o efeito do sobrepreço não o afeta diretamente, tendo passado, inicialmente pelo impacto do consumidor direto, que, a depender da sua taxa de repasse, pode ter sofrido de forma mais amena as consequências do sobrepreço. O ponto mais delicado neste tipo de ação é que não se observam os efeitos desse possível repasse e absorção do sobrepreço por parte

do consumidor direto, sendo mais difícil sua estimação, a menos que uma análise referente ao impacto no consumidor direto já tenha sido feita ou o próprio consumidor direto entre na ação conjuntamente. No cenário 2, a empresa acusada (cartelista) tampouco observa diretamente os efeitos sobre o reclamante 1, visto que a relação comercial com ele não é direta, o que torna a análise do efeito repasse mais complicada, mesmo que possível e relevante.

Por fim, o **Cenário 3**, em que o agente demandante da ação de reparação estaria ainda mais abaixo na cadeia produtiva (consumidor indireto 2), dificultando um pouco mais a alegação defesa do efeito repasse do sobrepreço que no cenário 2. O reclamante, para ter sucesso no seu pleito de indenização de danos, depende da existência de taxa de repasse de dois elos anteriores na cadeia, tanto pelo consumidor direto quanto do consumidor indireto 1, o que requer acesso a uma base de dados bem mais extensa ou estabelecimento de premissas acerca da dinâmica de mercado desses agentes, dificultando ainda mais a contextualização do dano para que ele tenha sucesso no pedido de reparação.

A lógica da esquematização da avaliação de danos é exposta na 0. **A primeira etapa corresponde à estimação do sobrepreço.** Sendo ele positivo e estatisticamente significativo, mesmo que pequeno, procede-se para a **segunda etapa de verificação que é a existência do efeito *pass-on*.** Caso contrário, a etapa se encerra com a constatação de ausência de dano. Caso o efeito repasse esteja presente, sendo positivo e significativo, será necessariamente relevante **estimar a terceira etapa, que é o efeito perda de vendas;** caso ele não seja considerado, há ressalvas de que o dano pode estar subestimado. Se não houver *pass-on* ao consumidor direto, não existirá, portanto, efeito perda de venda, e o dano será apenas o sobrepreço.

Figura 5. Etapas da Estimação de Danos Totais em casos de cartel



Fonte: Elaboração Própria com base no Relatório Comissão Europeia/RBB (2016).

6.1 Uso do *Pass-on Defense*

Existe um debate na literatura econômica antitruste e em diversas jurisdições sobre a possibilidade de o consumidor direto do produto cartelizado repassar parte do sobrepreço ao consumidor final (na hipótese de que o produto cartelizado seja usado como insumo para produção do produto final). Esta é uma argumentação que poderia ser usada pelos membros do cartel chamada de *pass-on defense*, ao dizer que o dano associado a sua prática (sobrepreço) teria sido repassado a outro elo da cadeia (consumidores finais).

Não apenas na literatura, mas nas jurisdições também existe uma celeuma sobre o uso da defesa do *pass-on*. Enquanto os Estados Unidos não consideram o argumento do *pass-on* válido para ações de reparação de danos, a Europa tem incluído o repasse no cálculo do dano total.

A desconsideração do efeito do *pass-on* pode inclusive ter interferência no crescente número de ações de reparação de danos nos Estados Unidos. Tal efeito está relacionado com os dados observados na base de dados de cartéis internacionais de Connor, chamada de PIC (2016) “*North American*

civil settlements are 95 percent of the world total, whereas the reverse is true for Europe (4 percent civil).”

Por outro lado, as Cortes europeias têm um entendimento distinto. Nestas jurisdições, o pagamento de danos devidos tem que considerar restituição equitativa. O ressarcimento deve contemplar apenas o que ocorreria caso não houvesse infração e não objetivar enriquecimento. Os adeptos ao *pass-on defense* argumentam que tal princípio é violado quando a firma que requer a indenização se apropria da parcela do dano que foi repassado a seus próprios consumidores ao aumentar seu preço. Assim, o dano devido teria que ser descontado de qualquer benefício obtido no evento (perdas reais), devendo, portanto, subtrair o efeito *pass-on* da conta.

Com a finalidade de mapear o uso do *pass-on* e sua efetividade em casos de ações civis de reparação de danos na Europa, o escritório Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, juntamente com outros subcontratados, fizeram um levantamento de casos europeus com pedido de consideração do efeito *pass-on*, obtendo uma listagem de 71 casos decididos na corte³ de casos recentes. A 0 revela as estatísticas de casos europeus, por país, com a divisão se a defesa do *pass-on* foi determinante ou não na decisão.

Figura 6. Casos europeus com argumento do *pass-on* e sua efetividade na decisão.

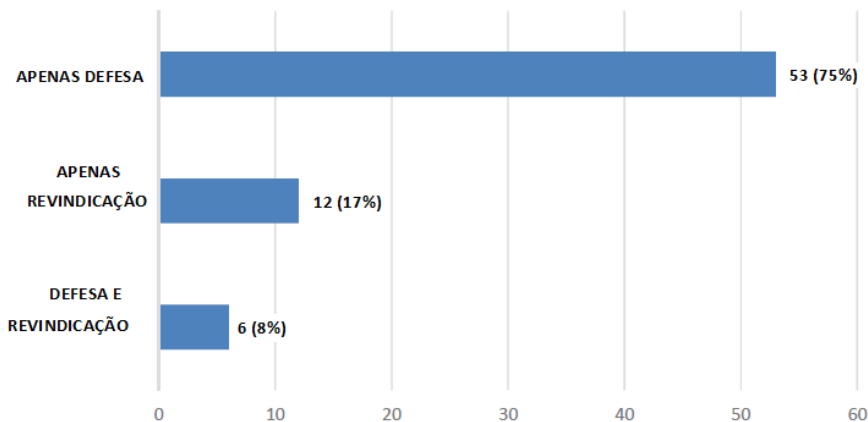


³ Anexo C ,p. 241 do relatório da Comissão Europeia/RBB/Cuatrecasas (2016) revela a lista dos processos.

Fonte: Comissão Europeia/RBB/Cuatrecasas (2016).

A pesquisa revelou se o argumento do repasse era usado como defesa (na tentativa do cartelista amenizar ou refutar o pedido de indenização do consumidor direto) ou como fundamento para a abertura da ação de reparação (consumidor indireto que teve o repasse do sobrepreço repassado pelo consumidor direto). Conforme observado, fundamentar uma ação com base no *pass-on* passa a ser bem mais complexo, tendo em vista a dificuldade de se ter acesso a todas as informações, de forma que o argumento do *pass-on* como defesa acaba preponderando quanto ao seu uso, conforme visto na 0

Figura 7. Estatísticas do uso do *pass-on* em ações de reparação europeias



Fonte: Comissão Europeia/RBB/Cuatrecasas (2016).

Por fim, as estatísticas revelaram a relevância de se estudar o efeito do repasse nas ações de reparação. Apesar dos debates existentes, a capacidade de passar adiante aumentos de custo devidos ao cartel depende da sensibilidade da demanda em relação a preços e do comportamento dos concorrentes. O aumento de preços pode gerar redução da quantidade vendida e torná-lo não lucrativo. Nesse caso, a firma absorveria todo o sobrepreço embutido no custo do insumo. Por isso a relevância de se observar a elasticidade da demanda e da oferta assim como entender a dinâmica de mercado em termos competitivos.

7. Considerações Finais

O presente estudo visou esclarecer conceitos econômicos e práticos relacionados a danos de cartel no âmbito de ações reparatórias em casos de cartéis. Aspectos econômicos da literatura antitruste e de organização industrial revelam que os três principais itens de danos em cartel são: (i) sobrepreço ou aumento de custo (preço adicional cobrado pelo insumo/serviço cartelizado), (ii) repasse de parcela do sobrepreço aos consumidores indiretos (pass-on effect), e (iii) perda de quantidade vendida (output effect) e de que forma tais fatores devem ser considerados para um adequado cômputo do dano.

Do exposto, é possível concluir que os efeitos de repasse em especial, além da perda de vendas não podem ser negligenciados quando o tema diz respeito a cálculo de danos totais ao consumidor direto e indireto.

Ainda, a capacidade de passar adiante (*pass-on*) os aumentos de custo (insumo ou serviço) e a perda de vendas devido ao cartel depende de uma série de condicionantes, tais como: elasticidade da demanda e da oferta em relação a preços e custos; grau de competição entre os concorrentes do mercado *downstream* e importância do insumo sobre o custo total do produto fabricado pela firma intermediária, além de como os consumidores no mercado a jusante são afetados pelo cartel (*indústria toda* ou *indústria específica*) são aspectos econômicos fundamentais em análises de ações de reparação.

Referências

- BOYLER, M. e KOTCHONI, R. (2011) The Econometrics of Cartel Overcharges. Working Paper Cahier de recherche 2011-18. 2011. <hal-00631429>
- BRANDER J. A. e ROSS T. W. (2006). Estimating Damages from Price-Fixing. Canadian Class Action Rev. 335, 337-38.
- CONNOR, J. M. e BULOTOVA, Y. (2006). Cartel overcharges: Survey and meta-analysis. International Journal of Industrial Organization.
- CONNOR, J. M. (2007). Forensic Economics: an Introduction with Special Emphasis on Price Fixing. Journal of Competition Law 18 Review of Industrial Organization.

CONNOR, J. M. (2001). *Global Price Fixing: Our Customers are the Enemy*. Boston: Klumer, 2001.

CONNOR, J. M.; LANDE, R.H. (2008) *The size of cartel overcharges: implications for US and EU fining policies*. **Antitrust Bulletin**, vol. 51(4), pp. 983–1022.

DAVIS, P. e GARCÉS E. (2010) *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton University Press.

DIJK, T.; VERBOVEN, F. (2008) *The Quantification of Damages*, in W.D. Collins (ed), *Issues in Competition Law and Policy*. **American Bar Association**, Antitrust Section.

EUROPEAN COMMISSION (2010), *A practical guide to computing cartel damages in private actions*. \Preparado pela DG Competition's Expert Workshop on the Quantification of Antitrust Damages, Brussels.

EUROPEAN COMMISSION (2009) *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts*. Study prepared for the European Commission pela Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers.

FINKELSTEIN, M. e KOYAK R.A. e WERDEN G.J. (1983). *Regression Estimates of Damages in Price-Fixing Cases*. *Law and Contemporary Problems* 46: 145-169.

MOTTA, M. (2004) *Competition Policy: Theory and Practice*. **Cambridge University Press**.

DESIGN INSTITUCIONAL: BALCÃO ÚNICO DE ANTITRUSTE, CONSUMIDOR E CONCORRÊNCIA DESLEAL?

Eric Hadmann Jasper

Resumo: O legislador brasileiro realizou duas “operações institucionais” em 2012. A primeira foi a fusão de parte da SDE ao CADE. A segunda foi a cisão do DPDC, antes parte da SDE, e a sua transformação em secretaria de Estado. Mesmo diante das operações institucionais, não se observam estudos sobre as opções e critérios de design institucional no Brasil. O presente artigo busca (i) apresentar reflexões sobre os sistemas de defesa da concorrência, do consumidor e de proteção contra concorrência desleal, (ii) averiguar se os três sistemas podem ter design institucional integrado; e (iii) explorar critérios para avaliar operações institucionais.

Palavras-chave. Design institucional; concorrência; antitruste; consumidor; concorrência desleal

I. Introdução

As discussões nacionais sobre direito da concorrência se concentram, como é natural, em questões relativas ao direito material e processual. As finalidades do direito da concorrência (*e.g.*, Escolas de Harvard, Chicago e pós-Chicago), aspectos substantivos e procedimentais do controle de estruturas e da repressão à condutas anticompetitivas e como o Poder Judiciário responde às decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) são os principais temas analisados na academia brasileira.¹ Em menor volume, observam-se discussões sobre aspectos

¹ Pesquisa dos temas discutidos no seminário anual do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) nos últimos 5 anos demonstra concentração em temas de direito material (*e.g.*, direito da concorrência e direito das obrigações, direito da concorrência e propriedade industrial, participações minoritárias, direito da concorrência de lei anticorrupção, remédios em atos de concentração, metodologia de análise de condutas unilaterais, contratos associativos e diversos temas relativos ao cálculo de penalidades) e direito processual (*e.g.*, acesso a documentos de leniência, *gun*

estruturais, com foco no sistema de notificação prévia de atos de concentração (relativamente novo no Brasil) e na cooperação internacional em atos de concentração e acordos de leniência.^{2,3}

Aspectos relativos ao design institucional de autoridades de defesa da concorrência são tratados na literatura internacional, mas pouco no Brasil. Mesmo após a grande fusão institucional realizada pela Lei n. 12.529/2011 – que uniu a extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”) ao CADE e alocou para a então Secretaria de Acompanhamento

jumping, terceiros interessados no processo do CADE, prova econômica em casos de cartel). É possível observar o mesmo nos últimos 5 anos da Revista de Defesa da Concorrência, editada pelo CADE.

² Durante o seminário internacional do IBRAC, em 2017, houve discussão sobre cooperação internacional no painel denominado “Combate a cartéis e soluções cooperativas na América Latina: um panorama geral das lições e desafios futuros”. Da mesma forma, a Revista de Defesa da Concorrência (Edição n. 1 de 2016) tratou de cooperação internacional em direito da concorrência no âmbito do Mercosul. Na edição n. 2 de 2014 da referida revista, foram publicados artigos sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a relação entre agência reguladora financeira e autoridade da concorrência, contudo o foco dos artigos foi, respectivamente, a estrutura interna do CADE após a Lei n. 12.529/2011 e o conflito entre CADE e BACEN sobre as fusões de instituições financeiras. Por fim, na edição n. 1 de 2013 da referida revista, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira publicou artigo sobre a *International Competition Network* e cooperação internacional e, na mesma temática, Tatiana de Campos Aranovich analisou o Decreto n. 7.738/2012 e Resolução CADE n. 1/2012 sob a ótica da cooperação internacional.

³ Um tema estrutural de fronteira refere-se à ideia de um “balcão único” em direito da concorrência, seja no âmbito de controle de estruturas, seja na repressão a condutas anticompetitivas (i.e., balcão único para acordos de leniência em casos de cartéis internacionais, bem como a forma de harmonização de múltiplas punições a cartéis internacionais). Neste sentido, recentemente, os professores Paulo Burnier da Silveira e Amanda Athayde, ambos da pós-graduação em direito da Universidade de Brasília, lideraram discussões sobre “balcão único” para notificação de fusões internacionais e registro de patentes. No tocante ao direito concorrencial, destacou-se a ideia de Oliver Budzinski de criar um modelo de “jurisdição líder” no qual um conjunto de regras elevaria, voluntária ou obrigatoriamente, uma determinada jurisdição à posição de líder e, por conseguinte, competente para analisar e julgar em última instância fusões com efeitos que ultrapassem as fronteiras dos países afetados.

Econômico do Ministério da Fazenda (“SEAE”), hoje Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (“SEPRAC”), a função de “advocacia da concorrência” – ainda não se observam estudos sobre as opções e critérios de design institucional do legislador brasileiro.

Importante lembrar que a fusão institucional promovida pela Lei n. 12.529/2011 ocorreu paralelamente a uma importante cisão institucional. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (“DPDC”), órgão expressamente previsto no artigo 106 da Lei n. 8.078/1990 e responsável pela política de defesa do consumidor em âmbito federal, fazia parte da estrutura da SDE e a esta era subordinado. Simultaneamente à entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011, o DPDC foi alçado ao patamar de Secretaria de Estado – a Secretaria Nacional do Consumidor (“SENACON”) – pelo Decreto n. 7.738, de 28 de maio de 2012, e passou a ser órgão independente da estrutura antitruste.

Diversas agências antitruste internacionais mantêm competências de defesa do consumidor e por vezes tem portfolio ainda maior. A *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos da América (“FTC”), por exemplo, acumula funções de direito da concorrência, do consumidor e, com a evolução tecnológica, de proteção à privacidade.⁴ A *Competition and Markets Authority* do Reino Unido (“CMA”), a *Fair Trade Commission* da Coreia e a *Netherlands Authority for Consumers and Markets* da Holanda (“ACM”) também tem funções antitruste e de proteção ao consumidor. Por outro lado, há jurisdições que optaram por agências especializadas em direito antitruste, como a *Bundeskartellamt* da Alemanha e a *Autorité de la Concurrence* da França. Essas configurações não são estáticas, mudaram com o passar do tempo com fusões, cisões e incorporações institucionais no âmbito internacional.

Por que o legislador brasileiro decidiu cindir órgãos de defesa da concorrência e de defesa do consumidor? Quais critérios são (ou deveriam ser)

⁴ A estrutura institucional do enforcement antitruste norte americano é composto por duas agências federais, a já mencionada FTC e o *Antitrust Division* do *Department of Justice* (“DoJ”). Esse seria outro tema interessante de estudo: concorrência entre agências com competências compartilhadas. De acordo com David Hyman e William Kovacic, a FTC foi criada em 1914 como alternativa ao modelo de promotoria (*prosecutorial model*) do DoJ e para ter papel mais “proativo” no design de normas de conduta nos negócios.

levados em consideração em decisões dessa natureza? O presente artigo é uma tentativa de contribuir para o debate de design institucional brasileiro. O texto não tem a pretensão de ser conclusivo ou definitivo, buscará apenas (i) apresentar reflexões sobre o sistema de defesa da concorrência, de defesa do consumidor e de proteção contra atos de concorrência desleal e se indagar se os três sistemas tem pontos em comum que permitam se cogitar um design institucional integrado; e (ii) explorar alguns critérios para decidir fundir ou cindir as competências de autoridades de defesa da concorrência, consumidor e concorrência desleal.

O design institucional tem outras variáveis que não serão tema da presente discussão, mas que são igualmente importantes. Por exemplo, para criar um órgão público o legislador deve especificar (i) a relação da agência com o processo político (*i.e.*, o *trade-off* entre autonomia e controle/*accountability*), (ii) o mecanismo de governança (*i.e.*, se será um colegiado ou um único mandatário), (iii) a relação “geográfica” do órgão (*e.g.*, Administração Pública Direta ou Indireta), (iv) instrumentos de *enforcement* (*e.g.*, o órgão terá poderes investigativos amplos ou restritos, poderá celebrar acordos de leniência de forma exclusiva ou concorrente, será uma autoridade com poderes administrativos ou criminais, entre outros), (v) competência exclusiva ou compartilhada (*e.g.*, como ocorre com a FTC e DoJ norte-americanos) e (vi) competência especializada ou portfólio de competências (HYMAN; KOVACIC, 2013).

O presente artigo se dedica apenas ao item “vi” acima e, para tanto, será dividido em cinco seções, incluindo a presente introdução. A segunda parte tratará das razões que justificam o estudo de design institucional, bem como uma breve análise das ideias de Douglass North e Ronald Coase. A terceira busca apresentar os pontos em comum entre as políticas públicas de defesa da concorrência, consumidor e concorrência desleal. A quarta elencará alguns critérios de avaliação para a tomada de decisão sobre design institucional. A última apresentará as conclusões.

II. Porque estudar o design institucional

A ideia de que estruturas jurídicas fomentam a atividade econômica ao alocar, proteger e regular direitos de propriedade não é nova. No início do século 20, Max Weber defendeu que uma “autoridade jurídica racional” (*legal-rational authority*) seria condição precedente para o surgimento do capitalismo (MILHAUPT; PISTOR, 2008, p. 18). Weber se concentrou na

ideia de que um sistema jurídico racional deveria ser previsível, consistente e estável. Além disso, deveria ter esferas de competências e hierarquia (*i.e.*, direito a recurso) definidos e todos, inclusive aqueles que criam normas, deveriam estar sujeitos à lei. Ainda de acordo com Weber, a forma mais pura da autoridade jurídica racional seria a burocracia (algo que para “ouvidos modernos” soa contra intuitivo).

As reflexões e conclusões de Weber foram alcançadas após uma comparação entre países nos quais a Revolução Industrial estava ocorrendo e aqueles em que o fenômeno não estava acontecendo. Por um processo de subtração, Weber concluiu que os países que estavam se industrializando possuíam uma ética de trabalho Protestante e o “sistema jurídico racional” acima descrito (MILHAUPT; PISTOR, 2008, p. 18). Essa ideia foi, mais adiante, bastante propagada pelo Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, para citar apenas algumas instituições.

Douglass North, na esteira de Weber, ampliou o debate para as instituições. Em síntese, o prêmio Nobel argumenta que o que separa países ricos de países pobres seria a qualidade das suas instituições. Instituições, de acordo com North, “[...] são restrições criadas por seres humanos que estruturam a interação política, econômica e social [, tais restrições] podem ser informais (sanções, tabu, costumes, tradições e códigos de conduta) e regras formais (constituições, leis, direitos de propriedade).” (NORTH, 1991). As instituições somadas às restrições econômicas determinam os custos de transação e, portanto, a lucratividade e a possibilidade de desenvolver atividade econômica.

Ainda de acordo com North, as instituições mudam de forma incremental e essa mudança é produto, ao menos em parte, da ideia de dependência de trajetória (*path dependence*), *i.e.*, as estruturas institucionais anteriores moldam a capacidade da estrutura atual de reagir a problemas na medida em que estes surgem.

Diante do fato de que instituições criam estruturas de incentivos da economia e que instituições mudam de forma incremental e depende de trajetória, é fundamental observar e analisar tais mudanças, uma vez que podem gerar crescimento, estagnação ou declínio econômico. As escolhas do legislador brasileiro, sob a ótica da floresta (macro), merecem análise detida.

III. Potencial relação entre antitruste, consumidor e concorrência desleal

III.1 Direito antitruste como macro-defesa do consumidor

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 173, parágrafo 4º, 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.” O comando constitucional foi concretizado na Lei n. 12.529/2011, que “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.”

A prevenção às infrações contra a ordem econômica está descrita em maiores detalhes no artigo 88 e seguintes da Lei n. 12.529/2011. De acordo com o parágrafo 5º do referido artigo, fusões, aquisições, incorporações e outras operações societárias somente serão proibidas se resultarem em (i) eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, (ii) criem ou reforcem posição dominante, ou (iii) possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. Ainda que tenham os efeitos negativos acima descritos, poderão ser autorizadas se (i) aumentarem a produtividade ou a competitividade; (ii) melhorarem a qualidade de bens ou serviços; ou (iii) propiciarem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; mas tais benefícios sempre deverão ser (iv) *repassados, em parte relevante, aos consumidores.*

Nos termos do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, atos de concentração “[...] podem gerar efeitos negativos e positivos simultaneamente [e] [c]umpre ao CADE verificar se os efeitos negativos do AC não superam seus efeitos positivos. Ou seja, se o resultado líquido for não-negativo *para os consumidores*, haverá condições de aprová-lo.” (g.n.)

A repressão às infrações contra a ordem econômica, por sua vez, está regulada no artigo 36 e seguintes da Lei n. 12.529/2011. De acordo com o dispositivo, atos de qualquer natureza poderão ser considerados ilícitos se puderem resultar em (i) limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) dominação de mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumento arbitrário de lucros; ou (iv) exercício abusivo de posição dominante. Importante notar que o mesmo artigo protege a

aquisição de poder de mercado pelo “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”.

O parágrafo 3º do artigo 36 contém longa, mas não exaustiva, lista de ilícitos antitruste. Para a finalidade do presente artigo, basta observar a conduta considerada pelo CADE como a mais grave: o cartel. Conforme trecho repetido em inúmeras notas técnicas da Superintendência-Geral do CADE, a razão pela qual o CADE considera os cartéis como a conduta anticompetitiva que merece maior reprimenda é porque “[c]artéis *prejudicam seriamente os consumidores* ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis, e comprometendo a inovação tecnológica.” (g.n.)⁵

Nesse sentido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Herman Benjamín, afirmou que “[a] concorrência tem um papel, indireto mas não secundário, na proteção do consumidor. Onde é efetiva, os consumidores têm opção de produtos e serviços, assim como melhor informação sobre eles, já que haverá disputa pela sua preferência.”⁶

É possível, portanto, defender que o direito concorrencial brasileiro busca proteger o bem-estar do consumidor.⁷ Entende-se, ademais, que o

⁵ Vide exemplo na Nota Técnica n. Nº 042/2018/CGAA6/SGA2/SG/CADE, disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtCh5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudAzY7C_YJkA2D4PB52-FN9U7tFxm-_TaJT1BCj4UVKk8S> (Acesso em 22.06.2018).

⁶ BENJAMÍN, Antonio H. *Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos*. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8860/Prote%C3%A7%C3%A3o_d_o_Consumidor_e_Patentes.pdf> (Acesso em 23.6.2018).

⁷ Apesar de não ser objeto direto da presente discussão, é óbvio que o conceito de “consumidor” para o direito antitruste e para o direito do consumidor merece análise, pois há nítidas diferenças. O Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE não tem definição de consumidor, nem mesmo no item 3.2 (p. 45) quando trata do termo “bem-estar do consumidor”. O documento equivalente na Europa traz definição de “consumidor” na nota de rodapé 105 ao dizer que “[...] o conceito de ‘consumidores’ engloba os consumidores intermédios e finais, ou seja, os utilizadores dos produtos abrangidos pela concentração. Por outras palavras, na acepção desta disposição, a noção de consumidores inclui os clientes potenciais e/ou efectivos das partes na concentração.”

direito antitruste busca a proteção do bem-estar do consumidor por meio de intervenção na estrutura de mercados relevantes (macro) e não nas relações individuais entre concorrentes (horizontal), entre empresas e seus fornecedores (vertical), entre empresas em mercados “vizinhos” (conglomerados) e, por fim, entre empresas e consumidores.

Não por outra razão, o Regimento interno do CADE determina, no artigo 175, que “[n]ão será admitida a instauração de qualquer das espécies de tipos processuais previstas na Lei nº 12.529, de 2011, para apurar fatos que constituam lide privada, sem interesse para a coletividade [...]”. Trata-se da materialização da máxima de que o direito concorrencial protege a concorrência e não os concorrentes.^{8,9}

O que é efetivamente discutido no direito antitruste brasileiro e internacional há décadas é a forma como esse bem-estar deve ser protegido.¹⁰ Nesse sentido, não foi possível encontrar melhor síntese que a realizada pelo professor Hovenkamp:

[N]ão podemos identificar regras sem considerar o significado de ideologias e slogans que se encontram subentendidos, e ‘bem-estar do consumidor’ é o mais poderoso, retoricamente. As principais ideologias antitruste são as escolas de Chicago, Harvard e a alternativa ‘pós-Chicago’. Apesar de, em determinado momento, ter sido diferente, hoje essas escolas

⁸ “Taken as a whole, the legislative history illuminates congressional concern with the protection of competition, not competitors, and its desire to restrain mergers only to the extent that such combinations may tend to lessen competition.” (Suprema Corte dos Estados Unidos, caso *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962))

⁹ “Não existem elementos contundentes nos autos que possam conduzir ao entendimento de que a coletividade possa ser afetada pela operação e. conforme dispõe o Parágrafo único do artigo 2º da Lei de Defesa da Concorrência. 'a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica não pode se prestar à defesa de interesses de cunho privado dos concorrentes. A Lei deve proteger a concorrência, não os concorrentes.” (Ato de Concentração n. 08012.004668/2000-15, Norton/Chemfab, Relator Thompson Andrade, fls. 788/789).

¹⁰ Recente tese de doutorado de Bruno Braz de Castro traz esse debate para as praias brasileiras. A tese está disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-ASUFJG/bruno_braz_de_castro___vers_o_02.pdf?sequence=1> (Acesso em 22.06.2018).

não definem diferentes objetivos para o antitruste. Na maior parte, todas as três concordam que a proteção do bem-estar do consumidor é a finalidade maior do antitruste. As diferenças restantes se encontram nas suas visões sobre como o antitruste pode melhor atingir essa finalidade. Suas diferenças refletem premissas conflitantes sobre a complexidade e robustez dos mercados, bem como avaliações distintas da capacidade de o Poder Judiciário e de outros órgãos de governo corrigirem falhas de mercado. Em sua forma mais extrema, a escola de Chicago defende que mercados são relativamente simples e tendem naturalmente a resultados competitivos. Em contraste, instituições governamentais são fracos instrumentos para desenvolver o que mercados podem fazer sozinhos. De uma forma ou de outra, as outras escolas discordam ou qualificam essas duas premissas. (HOVENKAMP, 2009, p. 31)

Ao defender o funcionamento eficiente do mecanismo de mercado prevenindo operações societárias que poderiam criar ou reforçar, artificialmente, poder de mercado e reprimindo condutas que buscam falsear o eficiente funcionamento desse mesmo mecanismo, o CADE está restringindo a livre iniciativa no menor grau possível para permitir a existência de livre concorrência. O que é considerado maior ou menor grau de restrição à livre iniciativa, este artigo deixa a critério do leitor em sua busca pelas discussões nacionais e internacionais sobre as escolas norte-americanas e como países em desenvolvimento deveriam interpretá-las ou ampliá-las ou ignorá-las. O que se pode concluir, em artigo preliminar como este, é que, em última linha, é o bem-estar do consumidor que é protegido pelo CADE quando a autoridade busca corrigir a falha de mercado que é o poder de monopólio.

III.2 Direito do consumidor como defesa na microesfera

A regulação das relações individuais¹¹ de consumo realizada, principalmente, por meio da aplicação da Lei n. 8.078/1990 (“CDC”) tem justificativa, sob a ótica econômica, na correção de falhas de mercado

¹¹ Mesmo as ações coletivas previstas, por exemplo, no artigo 91 do CDC buscam responsabilizar os fornecedores por “danos individualmente sofridos” pelos consumidores. Trata-se, na verdade, de ferramenta de reequilíbrio do fato de haver, em diversos casos, alto custo de transação de os consumidores buscarem ressarcimento de valores que, individualmente, são baixos, mas que coletivamente somam danos substanciais.

específicas.¹² A primeira e principal falha de mercado que o CDC busca corrigir é a assimetria de informação. A maior parte das regras previstas no código busca forçar fornecedores de produtos e serviços a prestarem informações corretas e completas aos consumidores, uma vez que o mercado não é capaz de criar tal estrutura de incentivos.^{13,14,15,16,17} As demais regras do CDC, em menor volume, buscam reduzir a assimetria econômica e técnica do consumidor perante os fornecedores¹⁸, o que, por si só, não configura falha de mercado mas resultado natural da estrutura da economia.

¹² Não se ignora a discussão doutrinária em direito do consumidor sobre a justificação da existência da referida proteção normativa com fundamento na vulnerabilidade do consumidor. Neste sentido, afirmou Claudia Lima Marques: “[a] vulnerabilidade, como afirma sempre Antonio Herman Benjamin, é a ‘peça fundamental’ do direito do consumidor, é ‘o ponto de partida’ de toda a sua aplicação [...]” (BENJAMIN; LIMA MARQUES; BESSA, 2014, p. 103)

¹³ Vide, por exemplo, o CDC, art. 8º 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. § 1º 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.

¹⁴ Vide, por exemplo, o CDC, art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

¹⁵ Vide, por exemplo, o CDC, art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

¹⁶ Vide, por exemplo, o CDC, art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

¹⁷ Vide, por exemplo, o CDC, art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

¹⁸ Ao permitir, por exemplo, a inversão do ônus probatório, o CDC reduz os custos de litigar do consumidor (redução de assimetria financeira e técnica do consumidor) e aumenta os incentivos para o fornecedor manter e disponibilizar

Tendo em vista que a assimetria informacional, econômica e técnica do consumidor perante o fornecedor pode ocorrer mesmo se ausente poder de mercado, fica nítida a natureza complementar entre o direito da concorrência e o direito do consumidor. É nesse sentido que se manifestou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Herman Benjamín:

É equivocado imaginar-se que a proteção do consumidor nasceu ‘do nada’. Em realidade, o movimento consumerista encontra parte de sua origem na luta mais antiga contra os monopólios, os oligopólios e as práticas de dominação de mercado. É daí, na fase que precede o consumo (o plano concorrencial), que vamos localizar uma primeira preocupação com a posição de vulnerabilidade do consumidor. É ele então protegido, não de modo direto, mas pela via transversa da garantia de um modelo concorrencial genuíno. É tutela indireta, na esteira do adágio de a ‘concorrência é o melhor amigo do consumidor’. (BENJAMIN)

Da mesma forma, o professor Roberto Pfeiffer – ex-conselheiro do CADE e Procurador do Estado de São Paulo que exerceu a função de Diretor Executivo da Fundação Procon do Estado de São Paulo – defendeu que:

A defesa da concorrência traz nítidos benefícios para o bem-estar do consumidor, na medida em que tutela as condições propícias para o exercício de direito de escolha, bem como preserva os mecanismos competitivos de formação de preço e de incentivos à inovação e aperfeiçoamento de bens e serviços. A defesa do consumidor também beneficia a concorrência, na medida em que garante o acesso às informações adequadas, veda a publicidade enganosa e assegura a liberdade de contratação, estabelecendo um padrão de competição baseado na boa-fé e transparência. Assim, a proteção do consumidor e a defesa da concorrência são duas políticas públicas que devem ser executadas de modo harmônico e que rendem benefícios mútuos. (PFEIFFER, 2015).

Não há dúvida sobre quem o direito do consumidor busca proteger, o que se buscou demonstrar na presente seção foi que o combate a atos ou omissões lesivas ao consumidor é realizado por ângulo distinto daquele que é foco do direito da concorrência.

ao Poder Judiciário informações sobre seu relacionamento comercial com o consumidor (vide artigo 6º, inciso VIII).

O direito do consumidor, diferentemente do antitruste, está preocupado com cada ato¹⁹ e contrato individual de fornecimento de produtos ou serviços. A despeito do diferente ângulo, o direito do consumidor e o direito da concorrência são complementares. Como já visto, a política de defesa da concorrência defende, na última linha, o bem-estar do consumidor. A política de defesa do consumidor, ao reduzir a assimetria de informação entre consumidor e fornecedor, contribui para o fomento da competição entre empresas, uma vez que maior transparência permite que empresas mais eficientes consigam alcançar os consumidores de forma mais rápida e menos custosa, reduzindo importante barreira à entrada. A aplicação das duas políticas públicas deve ser harmônica e coordenada, como bem defendeu o professor Roberto Pfeiffer.

III.3 Concorrência desleal: proteção do concorrente e do consumidor

A relação entre direito antitruste e direito do consumidor é mais nítida do que a relação entre esses campos e o combate a práticas de concorrência desleal. A política pública de combate a atos de concorrência desleal está descrita no final da Lei n. 9.279/1996 (“LPI”), sendo que a referida norma, em grande parte, se dedica à proteção da propriedade industrial (*i.e.*, patentes de invenção e de modelo de utilidade, desenhos industriais, marcas e indicações geográficas) e apenas nos artigos 195 e seguintes se preocupa com a ilicitude de atos de concorrência desleal.²⁰

Contrariamente aos direitos antitruste e do consumidor, que são primordialmente sistemas de direito administrativo e cível, o combate a atos de concorrência desleal tem, originalmente, natureza criminal. Diz-se “originalmente” porque o artigo 207 da LPI prevê que “[i]ndependentemente

¹⁹ Interessante notar que nem sempre é necessário que exista uma relação de consumo para ocorra a responsabilização de um fornecedor. Para tanto, basta pensar em situações de acidentes de consumo ou oferta de produtos não solicitados pelo consumidor.

²⁰ De acordo com Alberto Luís Camelier da Silva, “[apesar de] a legislação nacional e mesmo a convencional evita[r] definir concorrência desleal [...] concorrência desleal é todo e qualquer ato praticado por um industrial, comerciante ou prestador de serviço contra um concorrente direto ou indireto, ou mesmo um não concorrente, independentemente de dolo ou culpa, utilizando-se de meios ilícitos com vistas a manter ou incrementar sua clientela, podendo ou não desviar, em proveito próprio ou de terceiro, direta ou indiretamente, clientela de outrem.” (DA SILVA, 2013, p. 63)

da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis [...]” para a reparação de eventuais danos sofridos. Apesar de o presente estudo não ter realizado pesquisa empírica, é razoável defender a hipótese de que o maior volume de medidas de combate à concorrência desleal encontra-se na seara cível, uma vez que a baixa penalidade criminal (*i.e.*, 3 meses a 1 ano ou multa) leva à consequente possibilidade de conversão da penalidade de detenção em restrição de direitos.²¹ A busca por ressarcimento cível aparenta ter melhor relação custo-benefício.

Diferentemente do direito antitruste, mas de forma similar ao direito do consumidor, o combate a atos de concorrência desleal é realizado de forma individualizada. No âmbito criminal, as ações penais relativas a atos de concorrência desleal são de iniciativa privada (*i.e.*, dependem de queixa-crime) e a vítima tem prazo de apenas 6 meses para realizar a referida queixa e buscar a repressão da conduta delitiva (vide artigo 38 do Código de Processo Penal). Na esfera cível, como visto acima, cabe exclusivamente ao prejudicado pelo ato de concorrência desleal levar seu pleito de perdas e danos ao Poder Judiciário.²²

Interessante para o presente estudo notar que a LPI não outorgou a qualquer autoridade administrativa a competência de prevenir ou reprimir atos de concorrência desleal. Nesse sentido, destaca-se o Parecer n. 20/2008 da Procuradoria Federal perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (“INPI”), segundo o qual:

A concorrência desleal é uma espécie de concorrência ilícita, que ao contrário da infração à ordem econômica que ameaça as estruturas da economia de mercado, seus reflexos só atingem o empresário que é vítima direta de sua prática, razão pela qual não há na legislação brasileira repressão administrativa à sua prática, apenas civil e penal. [...]

O INPI, como autarquia federal responsável por registros de marcas, concessão de patentes, averbação de contratos de transferência de tecnologia

²¹ Vide artigos 61 e 62 da Lei n. 9.099/1995.

²² Além do artigo 207, também merece destaque o artigo 209 da LPI, segundo o qual “[f]ica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.”

e de franquia empresarial, e por registros de programas de computador, desenho industrial e indicações geográficas, de acordo com a Lei da Propriedade Industrial, não possui o poder de polícia para analisar a materialidade e culpabilidade de um ilícito penal. Ou seja, por ser a concorrência desleal um tipo penal, o julgamento de questões dessa espécie cabe exclusivamente ao Poder Judiciário.²³

Ao contrário do que afirmou a Procuradoria Federal perante o INPI e de forma semelhante ao defendido pelo professor Roberto Pfeiffer quando examinou a relação entre defesa da concorrência e do consumidor, entende-se que seria sim possível argumentar que o combate a práticas ilícitas de concorrência desleal protege diretamente o empresário, mas também o consumidor e, de forma indireta, o próprio mercado.

Para tanto, o presente artigo apresenta uma sugestão de categorização geral de atos de concorrência desleal. Haveria dois tipos de medidas de combate à concorrência desleal: aquelas que protegem diretamente os concorrentes, mas também diretamente os consumidores (Tipo 1) e aquelas que protegem apenas os concorrentes (Tipo 2). Em ambos os casos, há exemplos que tem efeitos benéficos ao mercado, de forma ampla.²⁴

Os primeiros atos de concorrência desleal que podem ser considerados de Tipo 1 referem-se aos chamados “atos confusórios”. Dessa modalidade, é possível citar o artigo 195, inciso IV, segundo o qual será considerado ilícito utilizar “[...] expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos”. Da mesma forma, promovem aumento de assimetria de informação entre consumidores e fornecedores aqueles que usam “[...], indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou

²³ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Parecer INPI/PROC/DIRAD n. 20/2008*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em <<http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Refer%C3%A4ncias#Pareceres-normativos>> (Acesso em 23.6.2018).

²⁴ Importante observar que os atos de concorrência desleal, ao menos no tocante à proteção pela ferramenta da responsabilidade civil, não estão limitados a lista contida no artigo 195 da LPI (vide artigo 209 da LPI). Exemplo disso é o conceito de trade dress, já utilizado diversas vezes pelo Poder Judiciário e que tem fundamento em ato de concorrência desleal não listado no artigo 195. No âmbito criminal, o rol seria taxativo, por respeito ao princípio da legalidade, conforme previsto no artigo 5, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências” (artigo 195, inciso V, da LPI).

A segunda modalidade de atos de concorrência desleal que podem ser considerados de Tipo 1 são aqueles relativos à “propaganda dispersiva”. Ocorre esse tipo de ilícito quando um concorrente “substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento” (artigo 195, inciso VI, da LPI) ou quando vende/expõe/oferece, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado (artigo 195, inciso VIII, da LPI).

Como é possível observar, o combate aos atos confusórios e àqueles que promovem propaganda dispersiva tem o mesmo efeito de diversas medidas protetivas aos consumidores previstas no CDC, qual seja, o de reduzir a assimetria de informação entre consumidores e fornecedores. Nesse caso, a proteção da LPI complementa o direito do consumidor, uma vez que não há exigência de existência de relação de consumo ou até mesmo de efetiva venda de produtos para pessoas naturais ou jurídicas não consideradas consumidores. O que deve haver, para a configuração de ato de concorrência desleal, é apenas a prova da concorrência, mesmo que potencial. Apesar de não ser a atual prática, seria razoável defender a hipótese de o Poder Judiciário realizar tal prova por meio da definição do mercado relevante, nos mesmos moldes do CADE.

As medidas de Tipo 2 são categorizadas na doutrina de propriedade intelectual como (i) atos tendentes ao descrédito (*e.g.*, prestar/divulgar, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem, conforme artigo 195, inciso II, da LPI); (ii) atos tendentes ao erro (*e.g.*, publicar falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem, conforme artigo 195, inciso I, da LPI; e atribuir-se distinção que não obteve, conforme artigo 195, inciso VII, da LPI); e (iii) atos atentatórios à organização de concorrente (*e.g.*, dá/promete dinheiro ou vantagem a empregado de concorrente para que este lhe proporcione vantagem, conforme artigo 195, inciso IX, da LPI; recebe dinheiro/vantagem para proporcionar vantagem a concorrente, conforme artigo 195, inciso X, da LPI; divulga/explora/utiliza, sem autorização, informações confidenciais a que teve acesso por relação contratual ou de emprego, mesmo após fim do contrato, conforme artigo 195, inciso XI, da LPI).

Mesmo algumas medidas que foram categorizadas no presente artigo como de Tipo 2 podem ter efeitos protetivos ao consumidor. Os atos tendentes ao descrédito e os atos tendentes ao erro, por exemplo, afetam

diretamente o nível de informação que o consumidor possui sobre um determinado fornecedor, resultando em desvio indevido e provavelmente ineficiente de clientela. A presente classificação não é estanque ou definitiva, mas optou-se por encaixar essas duas modalidades no Tipo 2 pela relação mais direta com a proteção do negócio que do consumidor. Os atos atentatórios à organização de concorrente são mais nitidamente classificáveis como Tipo 2.

Apesar de uma relação mais distante com a defesa da concorrência e o direito do consumidor, a presente seção tinha o objetivo de demonstrar a possibilidade de se relacionar as duas políticas públicas que já estiveram unidas sob o mesmo telhado da SDE com a política pública que está dispersa no Poder Judiciário. Não se buscou avaliar normativamente essa escolha do legislador, mas apenas sugerir que o combate a atos de concorrência desleal também seja levado em consideração por aqueles que tomam decisões sobre o design institucional brasileiro.

IV. Alguns critérios de avaliação de design institucional

Partindo-se da premissa que as três áreas do direito acima exploradas poderiam ser consideradas relacionadas o suficiente para se cogitar uma “operação institucional” (*i.e.*, uma fusão ou transformação institucional), é necessário discutir quais seriam os critérios de avaliação de uma decisão dessa natureza.

A primeira sugestão seria, por óbvio, levar em consideração a *coerência entre as políticas públicas* (HYMAN; KOVACIC, 2013). As seções anteriores se dedicaram a apresentar a possibilidade de existência de coerência entre as competências delegadas ao CADE, à SENACON e demais membros do chamado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (“SNDC”)²⁵ e ao Poder Judiciário pela LPI. Contudo, independentemente da conclusão sobre a existência de coerência suficiente para uma “operação institucional”, é importante perceber que seria mais provável que sinergias decorressem de “operações institucionais” nas quais há maior grau de coerência entre os objetivos/finalidades/bens juridicamente tutelados.

Da mesma forma, “operações institucionais” entre órgãos com competências muito díspares poderiam resultar em “esquizofrenia

²⁵ Para mais informações sobre o SNDC, vide <<http://justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/a-defesa-do-consumidor-no-brasil/anexos/sistema-nacional-de-defesa-do-consumidor-sndc>> (Acesso em 24.6.2018).

regulatória” ou mesma paralisa institucional. Por exemplo, a fusão de uma agência antitruste e uma autoridade de defesa comercial não seria bem-sucedida, pois uma autoridade de defesa da concorrência está preocupada com redução de poder de mercado (e de preços), enquanto uma autoridade de defesa comercial busca a promoção das exportações nacionais, investimentos e a competitividade internacional do País, o que pode resultar em aumento de poder de mercado em território nacional para permitir maior competitividade no foro mundial. Não por outra razão é comum que o CADE, em decisões administrativas, envie recomendação à Câmara de Comércio Exterior (“CAMEX”) para redução de tarifas ou levantamento de medidas antidumping.

Um segundo critério a ser levado em consideração seria a *credibilidade ou marca regulatória*. A reputação de um órgão público funciona como uma marca de uma empresa, pois transmite informação sobre a qualidade do produto ou serviço ofertado. A marca de um órgão público também transmite à população informação sobre a função do órgão e suas prioridades.

Uma “operação institucional” que reúna, por exemplo, dois órgãos públicos com marcas em diferentes estágios de consolidação pode resultar na diluição da marca de maior valor. Também pode criar, perante o público interno (*i.e.*, servidores públicos) e externo, confusão sobre as prioridades do novo órgão. A preservação de uma marca institucional também tem valor perante o Poder Judiciário (*i.e.*, órgãos de maior credibilidade tendem a receber maior deferência no momento de revisões de suas decisões administrativas, ao menos em questões de substância) e o Poder Legislativo (*i.e.*, alterações legislativas que o referido órgão busque perante o Poder Legislativo serão mais ou menos custosas a depender de sua credibilidade institucional) (HYMAN; KOVACIC, 2013).

Por outro lado, a multiplicidade de competências de um órgão público tem a vantagem de tornar a sua potencial captura por interesses de grupos de pressão mais custosa e, portanto, auxiliar o referido órgão a manter-se autônomo. Isso porque, o maior número de áreas de competência resulta em maior número de “concorrentes” no processo de captura, tornando-o mais caro (HYMAN; KOVACIC, 2013).

Como visto acima, a reunião de competências em único órgão pode ter efeitos deletérios para o público interno. Logo, um terceiro critério a ser levado em consideração seria a *coesão organizacional interna*. Em outras palavras, ao se definir uma “operação institucional” é necessário realizar o

design de forma a mitigar o surgimento de culturas organizacionais, objetivos e estratégias entre as unidades de um mesmo órgão. A ausência de coesão interna pode gerar custos relevantes para uma agência governamental (HYMAN; KOVACIC, 2013).

Decisões relativas a “operações institucionais” podem ser tomadas em momento de crise financeira e orçamentária. Há vários exemplos recentes de fusões de autoridades de defesa da concorrência com autoridades de direito do consumidor na Europa após a crise de 2008. A CMA do Reino Unido e a ACM da Holanda são apenas dois exemplos.

Apesar de análises sobre a necessidade ou não de “operações institucionais” serem realizadas, muitas vezes, sob a pressão de uma crise orçamentária, fato é que a *redução de custos* é um critério relevante. A integração de múltiplas funções a um órgão único pode resultar em redução de custos administrativos, mas também na *redução de custos relativos ao intercâmbio de informações entre órgãos*. Para observar a relevância desse critério basta examinar a quantidade de convênios²⁶ e acordos nacionais²⁷ e internacionais²⁸ que o CADE possui apenas para intercâmbio de informações. O último acordo celebrado pelo CADE, em 17.5.2018, foi exatamente para intercâmbio de informações com a SENACON, algo que não seria necessário na estrutura anterior à Lei n. 12.529/2011 (OCDE, 2015).

Há diversos outros critérios explorados, principalmente, por HYMAN & KOVACIC e em documento da OCDE já citado, como (i) a *capacidade* da autoridade de receber novas atribuições, tanto sob a ótica de recursos financeiros como de ferramentas de *enforcement* para exercer o novo mandato; (ii) a *adaptabilidade do ecossistema regulatório* a mudanças que podem gerar disputas de competência entre agências (*e.g.*, conflito regulatório entre CADE e Banco Central do Brasil sobre atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional); e (iii) os *efeitos colaterais no ecossistema regulatório* de mudanças de competências (*e.g.*, a dificuldade do Estado brasileiro em

²⁶ Vide <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/convenios>

²⁷ Vide <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais>

²⁸ Vide <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/assuntos/internacional/cooperacao-bilateral-1>

organizar os efetivos responsáveis por acordos de leniência e colaborações premiadas no âmbito da nova legislação anticorrupção).

Por fim, é importante lembrar que o design institucional deve levar em consideração outras variáveis que não foram tema da presente discussão, mas que são igualmente importantes. Por exemplo, para criar um órgão público o legislador deve especificar (i) a relação da agência com o processo político (*i.e.*, o *trade-off* entre autonomia e controle/*accountability*), (ii) o mecanismo de governança (*i.e.*, se será um colegiado ou um único mandatário), (iii) a “geolocalização” do novo órgão²⁹, (iv) os instrumentos de *enforcement* (*e.g.*, o órgão terá poderes investigativos amplos ou restritos, poderá celebrar acordos de leniência de forma exclusiva ou concorrente, será uma autoridade com poderes administrativos ou criminais, entre outros), e (v) competência exclusiva ou compartilhada (*e.g.*, como ocorre com a FTC e DoJ norte-americanos).

V. Conclusões

Como apontado na introdução, o presente artigo buscou contribuir para o debate brasileiro de design institucional por meio da reflexão sobre os pontos de interseção e diferenças entre os sistemas de defesa da concorrência, do consumidor e de combate a atos de concorrência desleal. A pergunta referia-se à possibilidade de se criar uma “Autoridade Brasileira de Defesa do Consumidor e dos Mercados” (“ABCOM”) para proteger consumidores, concorrentes e o próprio mecanismo de mercado.

A presente discussão não tratou de variáveis importantes, como a relação da agência com o processo político, o mecanismo de governança, a geolocalização político-institucional do órgão e os instrumentos de

²⁹ Nesse ponto, destaque-se que a decisão de atribuir competências a uma agência reguladora da Administração indireta ou a uma Secretaria de Estado pode ser determinante para o resultado regulatório. Se esta nova agência ou órgão será vinculado ao Ministério X ou Y também determinará não apenas quem tomará as decisões, mas também como tais decisões serão tomadas. Para tanto, basta imaginar uma “operação institucional” em uma zona cinzenta de competências entre o Ministério da Agricultura e o Ministério do Meio Ambiente.

enforcement. Buscou-se apenas experimentar com a ideia de um balcão único nas relações de mercado sob a ótica da coerência material entre as políticas públicas.

O primeiro critério apresentado para a avaliação da pergunta foi exatamente a existência ou não de coerência entre as referidas políticas públicas. Sob esse aspecto, o presente artigo defendeu haver nítida coerência entre as políticas públicas de defesa da concorrência e do consumidor. Ambas defender o bem-estar do consumidor por meios e ferramentas distintas.

Não fazia parte do corte epistemológico do presente artigo avaliar as estruturas atuais de defesa da concorrência e de defesa do consumidor, mas um breve comentário é necessário. O presente artigo não ignora o potencial custo institucional de se colocar sob o mesmo guarda-chuva um sistema primordialmente administrativo, federalizado e apenas residualmente judiciário (*i.e.*, ações de indenização por danos de cartel, que são ainda incipientes no Brasil) e um sistema administrativo, pulverizado em políticas e normas estaduais e judicializado. Contudo, o Brasil já tem experiência na união dessas duas funções e não há relatos de desvantagens ou ineficiências especificamente relacionadas à junção dessas duas funções na SDE. Seria interessante estudo sobre eventuais ganhos de eficiência oriundos da criação da SENACON, mas estes não foram localizados.

A coerência entre as políticas de defesa da concorrência e consumidor e o combate de atos de concorrência desleal não é tão óbvia. Apesar de alocada na LPI, a política pública de combate a atos de concorrência desleal não está vinculada materialmente ao direito da propriedade intelectual. Os artigos 183 a 194 da referida norma tratam especificamente dos crimes contra a propriedade industrial (*i.e.*, patentes, desenhos industriais, marcas e indicações geográficas), o artigo 195 e seguintes não depende da existência de direito de propriedade industrial para sua aplicação. Além disso, os atos confusórios e os atos de propaganda dispersiva combatidos pela LPI contém similaridades com discussões relativas a publicidade enganosa no direito do consumidor. Também compartilham o efeito positivo de reduzir a assimetria de informação entre consumidores e fornecedores, além de proteger os próprios fornecedores de concorrentes desleais. Mesmo as medidas de Tipo 2 tem efeitos protetivos ao consumidor e, indiretamente, ao mercado, uma vez que fomentam a competição pela eficiência produtiva e não por estratégias de descrédito, erro e de atentados à organização do concorrente.

A política de combate a atos de concorrência desleal ainda poderia se beneficiar de eventual atribuição de competência à ABCOM. Primeiro por

introduzir no sistema ferramentas econômicas úteis como aquelas utilizadas pelo CADE para definição de mercado relevante. A fusão das três áreas em uma única agência traria a harmonização entre direito da concorrência e do consumidor defendida pelo professor Roberto Pfeiffer e ainda traria maior nível de estabilidade e coerência na aplicação da política de combate a atos de concorrência desleal, pulverizada exclusivamente no Poder Judiciário estadual.

Por fim, além da nítida redução de custos do necessário intercâmbio de informações entre as três esferas – o que é comprovado pela quantidade de convênios e acordos de cooperação institucional celebrados pelo CADE –, um balcão único na ABCOM transferiria a credibilidade que a marca de defesa do consumidor possui perante o público e o Poder Legislativo para as duas outras áreas. Isso facilitaria o entendimento do público sobre as funções da defesa da concorrência e do combate à concorrência desleal, bem como permitiria menor custo de transação para aprovações legislativas e busca de orçamento perante o Congresso Nacional. Por outro lado, o respeito angariado pelo CADE perante o Poder Judiciário em razão da utilização de critérios objetivos e ferramental econômico seria benéfico ao direito do consumidor.

VI. Bibliografia

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Parecer INPI/PROC/DIRAD n. 20/2008*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em <<http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Refer%C3%Aancias#Pareceres-normativos>> (Acesso em 23.6.2018).

BENJAMIN, Antonio H. *Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos*. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8860/Prote%C3%A7%C3%A3o_do_Consumidor_e_Patentes.pdf> (Acesso em 23.6.2018).

BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Cláudio L.; BESSA, Leonardo R. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BUDZINSKI, Oliver. *Lead Jurisdiction Concepts Towards Rationalizing Multiple Competition Policy Enforcement Procedures*. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2458663> (Acesso em 18.6.2018).

CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia para análise de atos de concentração horizontais*. 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 18.6.2018).

CSERES, K.J. *Integrate or separate: institutional design for the enforcement of competition law and consumer law*. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2013-03. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2200908>> (acesso em 20 de junho de 2018).

CAMELIER DA SILVA, Alberto L. *Concorrência desleal: atos de confusão*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOSS, Nicolai et al. *Theory of the firm*. Disponível em <<http://encyclo.findlaw.com/5610book.pdf>> (acesso em 20 de junho de 2018).

HYMAN, David; KOVACIC, William. *Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?* Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2110351> (acesso em 21 de junho de 2018).

HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

MILHAUPT, Curtis; PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism: what corporate crisis reveal about legal systems and economic development around the world*. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

NORTH, Douglass. *Institutions*. Journal of Economic Perspectives, Volume 5, Número 1, 1991, páginas 97-112. Disponível em <https://campus.fsu.edu/bbcswebdav/orgs/econ_office_org/Institutions_Reading_List/02._Institutional_Quality_and_Growth/North,_D._C.-_Institutions> (acesso em 20 de junho de 2018).

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Summary record: annex to the summary record of

the 123rd meeting of the competition committee held on 15-19 June 2015 - key points of the roundtables on changes in institutional design. Disponível em

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2015\)1/ANN9/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL&docLanguage=En) (Acesso em 24.6.2018).

PFEIFFER, Roberto A. C. *Defesa de concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS NA ECONOMIA DIGITAL: LIMITES ENTRE A EFICIÊNCIA E O ABUSO DE PODER ECONÔMICO

Camila Manfredini de Abreu

Resumo: A discriminação de preços quase perfeita, como possível conduta anticompetitiva, não pode ser ignorada pelas autoridades antitruste. Embora seja uma estratégia antiga, a discriminação de preços ganha novos moldes na Economia Digital em razão da habilidade de desenvolvimento de algoritmos de preços capazes de estimarem, quase que perfeitamente, o preço de reserva de cada consumidor. Os potenciais riscos à concorrência dessas práticas empresariais de empresas detentoras de poder econômico ainda não são inteiramente conhecidos, mas a análise antitruste tradicional ainda dispõe das ferramentas necessárias para coibir, casuisticamente, eventuais abusos de poder econômico decorrentes da discriminação de preços *online*.

Palavras-chave: discriminação de preços, direito concorrencial, Big Data, algoritmos de preço, Economia Digital, Internet, poder de mercado.

Key words: price discrimination, antitrust law, Big Data, pricing algorithms, Digital Economy, Internet, market power

Introdução

Nos últimos anos, inúmeros são os debates que vêm se travando diante da Revolução Tecnológica e do surgimento da nova Era Digital. Na comunidade antitruste não tem sido diferente. Especialistas se debruçam sobre os mais diversos temas para estudar o impacto dos novos avanços tecnológicos na análise antitruste e avaliar se os mecanismos tradicionais são ou não capazes de coibir eventuais condutas anticoncorrenciais que possam surgir nesse novo cenário. Todavia, pouco se fala acerca do fenômeno da discriminação de preços digital, prática que tem se tornado cada vez mais presente no cotidiano dos usuários de serviços *online*.

No mundo *online*, as empresas se aproveitam do Big Data e o Big Analytics para ajudar no desenvolvimento de seus algoritmos computadorizados que otimizam os anúncios comportamentais, as promoções direcionadas e a precificação. Dispondo de cada vez mais informações, os algoritmos de preço podem compreender melhor os hábitos e as preferências

dos consumidores e, assim, realizar uma discriminação de preços mais eficiente.

Contudo, essa estratégia empresarial não é uma novidade., Há anos as empresas vêm praticando formas mais cruas de discriminação de preços como aquelas que diferenciam preços com base em grupos de indivíduos com características demográficas semelhantes, como ocorre, por exemplo, na venda de ingressos para o cinema, em que o preço pago pelo espectador depende se este é um idoso, uma criança, um estudante ou um adulto.

Apesar de se tratar de uma conduta mercadológica, com possíveis efeitos sobre o ambiente concorrencial, a discriminação de preços raramente tem sido objeto de escrutínio por parte das autoridades antitruste. Dentre diversos motivos, isso ocorre devido à dificuldade de instrução e produção de provas, à existência de sistemas de defesa do consumidor que atuam sobre esse tipo de conduta e à dificuldade de estabelecer um nexo causal entre a prática da discriminação e os efeitos anticompetitivos gerados por ela.

Contudo, com os avanços tecnológicos no monitoramento de comportamentos dos usuários, na coleta e na análise de dados pessoais e na prática de precificação diferenciada, aprimora-se a habilidade das empresas em discriminarem preços, aproximando-se a uma discriminação quase perfeita¹. Essa espécie de discriminação, que será melhor explorada ao longo do trabalho, é também chamada de discriminação comportamental e ocorre quando as empresas coletam nossos dados pessoais a fim de identificar quais emoções ou vieses nos impulsionam a comprar determinado produto para, conseqüentemente, estimarem com maior precisão o preço máximo que estamos dispostos a pagar por aquilo.

Através do Big Data é possível coletar um grande volume de informações de diversas fontes e usá-las para fazer observações, quantificações e previsões sobre os consumidores individualmente

¹ A discriminação perfeita de preços se configura quando o vendedor é capaz de identificar, exatamente, o preço máximo que o consumidor está disposto a pagar por um certo produto, cobrando deste consumidor tal preço máximo, a fim de extrair o maior excedente possível. Contudo, defende-se que, devido a algumas falhas de mercado, ainda não é possível discriminar perfeitamente os preços e, portanto, o que ocorre é a discriminação quase perfeita, em que as empresas estabelecem preços com base nas características dos indivíduos sem capturar perfeitamente a disposição de cada consumidor em pagar por determinado produto, mas se aproximando dessa perfeição através da coleta de quantidades enormes de dados pessoais.

considerados. Assim, as empresas utilizam-se do Big Data para compreender melhor os seus clientes a fim de desenvolver os produtos, serviços e ofertas mais adequados para cada consumidor. Por outro lado, na medida em que os vendedores podem assimilar de maneira mais precisa o quanto o consumidor está disposto a pagar, podem também discriminar preços a fim de capturar o maior valor possível em uma dada transação, especialmente quando enfrentam uma concorrência limitada.

Embora a discussão sobre os efeitos concorrenciais da discriminação de preço *online* seja recente, a prática encontra diversos precedentes a partir dos anos 2000. Há dezoito anos atrás, a Amazon.com atribuiu preços aleatórios para dezenas de DVDs, oferecendo descontos de 20% a 40% com base nas informações demográficas dos consumidores².

Em 2012, o Wall Street Journal reportou a discriminação de preços praticada pela loja de artigos de escritório Staples Inc³. O jornal mostrou que o algoritmo de preços da loja estipulava preços diferentes em seu website com base na localização dos consumidores. Para tanto, a Staples considerava a distância existente entre o consumidor e a loja física de qualquer de suas concorrentes (OfficeMax ou Office Depot) e, caso uma dessas lojas estivesse em um raio de menos de 20 milhas do consumidor, o website da Staples ofertava o produto com desconto.

Diante do desenvolvimento de tecnologias favoráveis à implementação da discriminação quase perfeita de preços, cabe questionar quais são as principais mudanças das estratégias de discriminação praticadas no mundo *offline* e em que medida elas diferenciam daquelas empregadas no mundo *online*. O uso de dados pessoais para o aperfeiçoamento de algoritmos de preço constitui um problema concorrencial do ponto de vista do bem-estar do consumidor e da concorrência justa? Os instrumentos do direito antitruste já existentes são capazes de lidar com essa nova dinâmica? Aqui, podemos

² Câmara dos Lordes, Comitê Selecionado da União Europeia. *Online Platforms and the Digital Single Market*. 10º Relatório da Sessão 2015-2016, 2016. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldeucom/129/129.pdf>

³ *Websites Vary Prices, Deals Based on Users' Information*. Wall Street Journal, 2012. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189391813881534>

delimitar a questão central do presente trabalho: a análise dos efeitos concorrenciais da prática de discriminação de preços no ambiente digital.

Dessa forma, o trabalho tem como objetivos principais (i) sistematizar a literatura jurídico-econômica sobre a prática discriminação de preços, (ii) explorar as peculiaridades da estratégia aplicada ao mundo *online*, e, (iii) consolidar os parâmetros de aplicação do direitos concorrenciais para esse tipo de conduta.

O Capítulo 1 inicia com uma breve exposição do conceito de discriminação de preços segundo a teoria econômica e a teoria jurídica. O Capítulo 2 explorará a dinâmica concorrenciais no cenário de discriminação quase perfeita de preços, de modo a analisar a (des)necessidade de intervenção nessas práticas. Assim, são abordados as principais preocupações de cunho concorrenciais derivadas de um cenário de discriminação quase perfeita de preços.

Capítulo I: Discriminação de preços: a prática e seus efeitos

O que é discriminação de preços? – definições econômicas e jurídicas e classificações

Em termos econômicos, a discriminação de preços ocorre quando dois produtos similares⁴, que possuem o mesmo custo marginal⁵ para serem produzidos, são vendidos por uma empresa a preços distintos⁶. Já a definição legal do fenômeno difere em cada jurisdição. Na Europa, a discriminação de preços ocorre quando um vendedor aplica “condições dissimilares para transações equivalentes⁷”. Nos Estados Unidos, o Robinson Patman Act

⁴ O significado da palavra “similares” é importante nesse contexto, já que os produtos podem diferir em quantidade, qualidade, proposta, tempo e circunstância nas quais eles são vendidos.

⁵ O requisito de mesmo custo marginal significa que a discriminação de preços não inclui as diferenças de preços de produtos que são mais baratos de produzir devido às economias de escala ou escopo, ou devido aos riscos mais baixos assumidos pelo comprador.

⁶ OCDE. *Price Discrimination – Background note by the Secretariat*. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf) .

⁷ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 2008. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF .

contesta diferenças de preços que não atendem a um conjunto específico de justificativas, quais sejam: diferenças de custos, diferenças de serviços fornecidos pelo comprador (ex.: armazenagem ou distribuição), alteração na natureza do produto (ex.: perecibilidade), necessidade de atender a uma oferta feita pela concorrência; ou o fato de preços diferentes estarem disponíveis para todos⁸.

No Brasil, a discriminação de preços não é legalmente definida, sendo apenas mencionada no artigo 36 da Lei 12.529/2011⁹ (Lei de Defesa da Concorrência). Ao estipular o rol de condutas que podem ser punidas pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), o artigo 36 estabelece que:

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: (...) X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (...)"

A discriminação de preços nos diferentes sistemas jurídicos concorrenciais

O regime legal concorrencial de diversos países estabelece restrições à habilidade das empresas de explorar o poder de mercado e discriminar preços em certas circunstâncias. Nos Estados Unidos, em nível legislativo estadual, poucos são os casos em que a discriminação de preços abusiva é proibida. Já em âmbito federal, o Sherman Act estabelece como infração apenas a prática do monopolista que se envolve em uma conduta de exclusão para alcançar, manter ou reforçar seu poder de mercado.

Na Europa, o artigo 102 (c) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁰ identifica expressamente, embora de maneira

⁸ ELFAND, Ross E. *The Robinson-Patman Act*. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/robinson_patman_act.html.

⁹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm.

¹⁰ “Artigo 102 (c): É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas

ampla, a discriminação – de preços ou condições – e pode indicar uma restrição à habilidade de empresas dominantes de vender para compradores a preços ou condições diferentes. Contudo, essa potencial interpretação foi aplicada pouquíssimas vezes e, ainda, alguns autores, como Peeperkorn¹¹, argumentam que o artigo 102 nunca foi aplicado diretamente e exclusivamente para sanar efeitos abusivos da discriminação de preços conduzida por um *player* dominante.

No Brasil, segundo o exposto no início deste Capítulo, a discriminação de preços pode ser punida com base no artigo 36, X, da Lei de Defesa da Concorrência. Tal norma procura coibir a prática abusiva de agentes econômicos que possuem posição dominante e que causam prejuízos à concorrência e aos consumidores finais. Além do poder de mercado, os precedentes¹² revelam que, na análise casuística da prática de discriminação de preços, são levados em conta outros fatores estruturais, como (i) o *market share* da empresa; (ii) a existência de competidores relevantes e o correspondente nível de rivalidade entre eles; (iii) a facilidade de entrada de novos *players* no mercado relevante; e (iv) os parâmetros objetivos que diferenciam as categorias de clientes.

abusivas podem, nomeadamente, consistir em: (c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.” União Europeia. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, 2016.

¹¹ PEEPERKORN, Luc. *Price Discrimination and Exploitation*. International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law, 2008.

¹² Processo Administrativo nº 08012.001099/1999-71 (Representante: Steel Placas Indústria e Comércio Representadas: Queiroz & Sousa Comércio de Placas Automotivas Ltda., Reprinco Indústria e Comércio Ltda., e Comepla Indústria e Comércio Ltda), Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17 (Representante: SDE "Ex Offício" Representadas: Libra Terminais S/A-T-37, Companhia Siderúrgica Paulista – COSIPA, e Santos Brasil S/A - TECON Terminal de Contêineres), Processo Administrativo nº 08012.003541/2000-71 (Representante: Campina Grande Industrial S/A e Representadas: Tigres S/A - Tubos e Conexões e Trikem S/A), Averiguação Preliminar nº 08012.008084/2005-15 (Representante: São João Postos de Abastecimento e Serviços Ltda e Representada: Esso Brasileira de Petróleo Ltda), Averiguação Preliminar nº 08012.004356/1999-16 Representante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e Representada: Novartis Biociências S/A.

A jurisprudência do Cade revela que a discriminação de preços se configura como infração à ordem econômica quando há: (i) presença de posição dominante; e (ii) ausência de justificativa da discriminação. Por outro lado, as principais justificativas aceitas para a prática de discriminação são: (i) a redução de custos, (ii) a existência de diferentes custos de negociação entre os clientes, e (iii) a estratégia de concorrência diferenciada para disputar diferentes nichos de consumidores. Assim, conforme pode ser verificado nos precedentes adiante, demonstrada a lógica econômica da discriminação de preços, o Cade entende que a prática não se constitui em ilegalidade do ponto de vista antitruste.

Sob a égide da nova Lei nº 12.529/2011, o Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18, arquivado mediante Nota Técnica nº 13/2017, tinha como Representante o Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André (“Semasa”) que alegava que a Representada a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (“Sabesp”) estaria criando dificuldades ao funcionamento de prestadores autônomos municipais de distribuição de água no varejo. Segundo a Representante, os preços praticados no atacado para os prestadores verticalizados seriam inferiores aos preços para os prestadores autônomos.

Na Nota Técnica, a Superintendência Geral (“SG”) determinou que, conforme já considerado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41, “a discriminação de preços ou de condições de contratação não é necessariamente ilícito antitruste”, tratando-se de “comportamento corriqueiro no mercado, motivado por várias razões de ordem prática e econômica e sendo, na maioria das vezes, conduta legítima”. A SG observa que a discriminação de preços ou de condições de contratação pode ser ilícito concorrencial quando a fornecedora utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando-o entre compradoras, de forma a prejudicar a livre concorrência.

Assim, a SG conclui que¹³, para que a discriminação de preços seja configurada como ilícito antitruste, é necessário que (i) o agente econômico discriminador possua posição dominante no mercado relevante de origem; (ii)

¹³ CADE. *Nota Técnica nº 13/2017/CGAA3/SGA1/SG/CADE*. Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18. Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – Semasa, Representada: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp.

haja prejuízo, ainda que potencial, à livre concorrência; e (iii) não existam justificativas objetivas para a prática que demonstrem racionalidade econômica legítima na conduta. Desse modo, a Superintendência recomendou o arquivamento do Inquérito Administrativo, considerando que os preços praticados pela Sabesp no atacado e no varejo eram determinados pela Arsesp e que a Sabesp aplicava os mesmos preços para todas as distribuidoras independentes às quais vendia água no atacado, não restando configurada qualquer discriminação.

Apresentados os conceitos econômicos e jurídicos da prática de discriminação de preços na concorrência dos mercados, passemos a analisar essa estratégia sob os moldes do Big Data, do Big Analytics e das novas tecnologias. Essa análise será feita com o intuito de promover uma reflexão crítica sobre a adequação dos atuais parâmetros de análise do antitruste ao novo contexto da discriminação de preços em mercados digitais.

Capítulo II: A concorrência entre players em mercados *online* – um cenário de discriminação quase perfeita de preços

O uso do Big Data e sua respectiva importância têm aumentado com o crescimento do Big Analytics, que, por sua vez, consiste na habilidade de desenvolver algoritmos que podem acessar e analisar vastas quantidades de informações. Enquanto nossas esferas “real” e “online” estão convergindo, o mundo digital parece rastrear os indivíduos a todo momento. Isso é verdade especialmente no comércio online, que ganhou grandes dimensões nos últimos anos. Para os mercados digitais, o Big Data e o Big Analytics são capazes de oferecer às empresas oportunidades ainda melhores para alavancar vantagens competitivas.

2.1 Obstáculos à discriminação perfeita de preços

À medida em que o volume, a velocidade, a variedade e o valor dos dados pessoais crescem e, por conseguinte, que os algoritmos de preço se aperfeiçoam, mais vendedores serão capazes de discriminar quase que perfeitamente os preços, se aproximando de uma discriminação de primeiro grau. Contudo, devido a uma série de fatores, podemos concluir que a discriminação perfeita de preços será improvável em muitos mercados. Passemos a analisar os principais obstáculos enfrentados para tanto, os quais indicam que, por outro lado, já praticamos uma discriminação quase perfeita de preços.

2.1.1 Insuficiência de informações para o cálculo do exato preço de reserva individual

Primeiramente, para que haja a discriminação perfeita de preços é preciso que a empresa desenvolva um algoritmo que possa identificar o exato preço de reserva de cada um dos consumidores. Contudo, esse preço de reserva é considerado uma variável latente, já que não pode ser diretamente observada, mas pode ser deduzida. Os vendedores *online* não conseguem identificar diretamente o quanto o consumidor está disposto a pagar por um produto em particular.

Os algoritmos de preço coletam e processam informações que verificam as transações passadas e o comportamento do consumidor, como por exemplo, sob quais condições e preço os consumidores efetuam as compras ou não. Dessa forma, um entrave à discriminação perfeita de preços é a insuficiência de informações. Embora os algoritmos tenham muitas mais informações pessoais do que os vendedores de lojas físicas de anos atrás, ainda não possuem dados suficientes sobre todos os consumidores, já que talvez um indivíduo possa nunca ter comprado um determinado produto não sendo possível saber o quanto ele estaria disposto a pagar por aquilo.

2.1.2 A complexidade do *Homo economicus*¹⁴

Em segundo lugar, para que haja discriminação perfeita de preços sem informações suficientes, qualquer previsão seria baseada na presunção de que os consumidores possuem premissas estáveis e um preço de reserva pré-existente. Contudo, vários fatores podem afetar as decisões de compras e os consumidores podem até não saber os próprios preços de reserva.

O pensamento neoclássico simplificou presunções sobre o comportamento humano, afirmando que os participantes do mercado são indivíduos racionais, com interesses individuais e força de vontade¹⁵. Entretanto, conforme a literatura da Economia Comportamental, os indivíduos

¹⁴ Teóricos da Economia chamam os indivíduos de *Homo economicus*, sugerindo que os membros dessa espécie são sempre racionais: como empresários, maximizam lucros, e como consumidores, maximizam a utilidade. Assim, dadas as restrições a que estão sujeitos, ponderam racionalmente os custos e os benefícios e sempre escolhem a melhor ação possível.

¹⁵ WEINTRAUB, Eliot R. *The Concise Encyclopedia of Economics*. Disponível em: <http://www.econlib.org/library/Enc1/NeoclassicalEconomics.html> .

são seres muito mais complexos, já que (i) a força de vontade é imperfeita, (ii) os vieses podem afetar a tomada de decisões, e (iii) muitas pessoas se preocupam com questões de justiça social¹⁶.

Assim, a discriminação perfeita de preços não seria possível, já que essa requer a identificação de todos os parâmetros-chave de cada indivíduo, além do estudo e da melhora no cálculo de cada um desses parâmetros. Um algoritmo capaz de personalizar os preços para todos os consumidores demandaria um enorme volume e variedade de dados, sendo capaz de identificar todas as variáveis relevantes que afetam o preço de reserva de uma pessoa específica. Nesse sentido, cada experiência de compra pode variar dependendo do dia da semana, da hora do dia, da localização do consumidor, do que mais o usuário procurou na Internet, do seu sexo, de sua idade, do seu nível de instrução, da ordem dos produtos que lhe foi apresentada, e de seus respectivos preços relativos¹⁷.

2.1.3 Necessidade de um espaço amostral infinito

Por fim, um terceiro entrave à discriminação perfeita de preços é a necessidade de uma amostra suficiente para que o teste de hipóteses feito pelos algoritmos seja robusto. Isso porque são necessários vários experimentos para identificar todas as variáveis relevantes que afetam o preço de reserva de um determinado indivíduo a fim de prever de que maneira o consumidor reagiria em cada um dos possíveis cenários.

Nesse sentido, os algoritmos podem ter uma amostra mínima para compras diárias ou semanais, mas não para outras que não são tão frequentes, como compras de eletrônicos, carros, joias, etc. Então, os algoritmos de preço não possuem oportunidades suficientes de tentativa e erro para identificar todas as variáveis necessárias e calcular de maneira precisa o preço de reserva de cada indivíduo.

2.2 A crescente habilidade de discriminar preços em mercados digitais

Como já visto, há décadas as empresas já praticam formas de discriminação imperfeita de preços, como aquelas baseadas em agrupamentos

¹⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pp. 328-329.

¹⁷ Preço relativo pode ser entendido como o preço de um bem em relação aos demais.

de indivíduos (jovens, adultos, estudantes, idosos, etc.) ou em variáveis independentes, como a localização do consumidor, o dia da semana ou a hora do dia. Contudo, não se pode negar que a habilidade das empresas em discriminar preços cresceu com os avanços no monitoramento do comportamento dos indivíduos, na coleta e análise de dados pessoais e na implementação da diferenciação de preços.

De qualquer forma, em muitos mercados *online*, os algoritmos ainda não são capazes de identificar o exato preço de reserva individual de cada consumidor. Dessa maneira, o maior desafio desses mecanismos é calcular o quão errado estão e melhorar seus resultados de forma a se aproximarem cada vez mais do preço de reserva de cada um. Assim, a concorrência entre os *players* de mercados *online* se dará através do aprimoramento das variáveis independentes de seus algoritmos de preço com o objetivo de classificar mais precisamente os indivíduos em subgrupos cada vez menores.

Visto isso, concluímos que a discriminação perfeita de preços se mostra inatingível. Por outro lado, autores como Ezrachi e Stucke¹⁸, acreditam que já atingimos a discriminação de preços quase perfeita, denominada pelos autores de “discriminação comportamental”:

In the online world where Big Data meets behavioral economics, we are witnessing an emerging category of price discrimination – behavioral discrimination. Here firms harvest our personal data to identify which emotion (or bias) will prompt us to buy a product, and what’s the most we are willing to pay. Sellers, in tracking us and collecting data about us, can tailor their advertising and marketing to target at critical moments with the right price and emotional pitch. So behavioral discrimination increases profits by increasing overall consumption (by shifting the demand curve to the right and price discriminating) and reducing consumer surplus.

2.3 Principais preocupações da discriminação de preços online: (des)necessidade de criação de novos parâmetros para análise concorrencial da prática

Em um mercado competitivo com precificação transparente, a precificação baseada no valor percebido pelo cliente dificilmente prejudica o

¹⁸ EZRACHI, Ariel. STRUCKE, Maurice E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 101.

consumidor médio, que pode facilmente comparar as ofertas e trocar de fornecedores. No entanto, quando os vendedores se utilizam das já mencionadas táticas para tirar proveito dos consumidores, a discriminação de preços pode atravessar a linha tênue do comportamento fraudulento.

A prática de discriminação de preços levanta questões bastante complexas e a análise econômica dos efeitos dessa estratégia não concede conclusões simples e banais. Ainda, as implicações concorrenciais da discriminação não podem ser generalizadas e aplicadas a todos os mercados, sejam eles monopolistas ou competitivos. De modo geral, não existem bases sólidas para uma proibição total da discriminação de preços, já que, em muitas circunstâncias, a proibição de fato da prática permitiria o exercício do poder de mercado pelas empresas dominantes.

Em mercados monopolistas, a discriminação de preços baseada em dados precisos e refinados acerca das preferências do consumidor diminui o excedente deste, maximizando os lucros do vendedor. Assim, quando do escrutínio de uma autoridade concorrencial, frequentemente será considerada uma conduta de abuso de posição dominante. Contudo, no caso de mercados competitivos, a discriminação *online* de preços não pode, de modo algum, ser considerada uma violação *per se*. Em ambos os casos, para além de uma análise de bem-estar estática, não se pode perder de vista os efeitos dinâmicos relacionados aos incentivos e investimentos que podem advir das práticas discriminatórias.

É necessária uma avaliação caso a caso para que se determine os impactos da discriminação quase perfeita no bem-estar do consumidor e isso dependerá do tipo de mercado em questão e se os vendedores discriminam os preços com base na preferência de marca ou nos custos de troca (*switching costs*) ou se a discriminação é baseada nos custos de busca (*search costs*). No primeiro caso, o segmento forte de consumidores para um vendedor é o segmento fraco para o seu rival e, então, a prática de discriminação tende a intensificar a concorrência e, por conseguinte, aumentar o excedente dos consumidores. Já no segundo caso, o segmento forte de consumidores é o mesmo para ambos os concorrentes e, portanto, a tendência é arrefecer a concorrência.

No contexto dos mercados competitivos, a discriminação de preços pode beneficiar os consumidores, revertendo de maneira completa as conclusões advindas do cenário monopolístico, na medida em que os lucros das empresas podem cair e o bem-estar dos consumidores aumentar. Essas reflexões demandam um cuidado especial nos casos em que a única

preocupação é a natureza abusiva da discriminação de preços, pois uma política extremamente restritiva pode privar os consumidores da precificação eficiente e dos investimentos a longo-prazo.

Todavia, embora a análise econômica convencional sugira que um dado caso de discriminação de preços aumente o bem-estar do consumidor, é preciso levar em conta as considerações da Economia Comportamental. Isso porque, um consumidor pode falhar em trocar para um fornecedor que ofereça preços mais baratos ou produtos de melhor qualidade e isso não necessariamente indica que o consumidor preferiu o produto ou o serviço do fornecedor atual. Ao contrário disto, o consumidor pode simplesmente não estar ciente das alternativas mais atrativas ou, ainda, não trocar de fornecedor devido à inércia ou a preocupações acerca do esforço pessoal e da ansiedade associados à navegação e às transações no mercado *online*.

Nesse caso, a cobrança de um preço maior pode ser facilmente entendida como uma forma de abuso da vulnerabilidade e ignorância de alguns tipos de consumidores menos sofisticados. Destarte, a perspectiva da Economia Comportamental revela como a discriminação de preços pode levar a uma injustiça distributiva, na qual certos grupos sofrem discriminação em termos de preços e qualidades inferiores nos mercados *online*, em relação a outros grupos mais astutos. De qualquer forma, mais uma vez, impõe-se a necessidade de uma análise casuística, com uma abordagem econômica comportamental.

Em busca de políticas públicas: como enfrentar a discriminação de preços online?

Conforme exposto, os efeitos de bem-estar proporcionados pela discriminação de preços são altamente dependentes do contexto em que está inserida. Assim, os reguladores devem avaliar se determinada prática de discriminação de preços aumenta ou não a produção e o bem-estar social total. Além disso, essa análise também deve levar em conta a utilidade obtida pelos consumidores quando os vendedores compreendem melhor os seus desejos e são capazes de direcioná-los para transações comerciais mutuamente benéficas.

É preciso analisar também se as práticas de discriminação de preços influenciam na distribuição de riquezas entre compradores e vendedores ou entre diferentes classes de consumidores ou de produtores. Desse modo, os reguladores podem escolher alocar o excedente para todos os consumidores como classe única, ao invés de aloca-lo aos produtores – e vice-versa, em

outros contextos – ou podem desejar privilegiar determinado grupo de produtores ou de consumidores em detrimento de outros. Para tanto, é preciso uma política de distribuição de riquezas e, nesse sentido, a regulação dos preços se mostra uma ferramenta legítima para efetuar essa política.

Ademais, é de suma importância ponderar se as empresas estão violando os direitos dos consumidores à privacidade. Nesse sentido, é necessário aferir se uma norma de privacidade deve, em um conjunto particular de circunstâncias, triunfar sobre outras considerações econômicas ou morais. Isso porque, em determinados casos, tanto o consumidor quanto o vendedor, podem se beneficiar de uma eventual violação do direito à privacidade. Nesse caso, a privacidade é adotada como um padrão normativo para avaliar as práticas de discriminação de preços.

A doutrina econômica tradicional defende que é preciso ter poder de mercado para praticar a discriminação de preços, já que esta envolve a precificação de alguns produtos acima do custo marginal. Como observado por Michael Levine,

In a competitive market, price equals marginal cost. Wherever there is price discrimination, price deviates from marginal cost. Therefore, if there is price discrimination, the market must not be competitive and there must be market power.

Contudo, uma crescente corrente doutrinária desafia aquela que defende que a discriminação de preços comprova a existência de poder de mercado, sustentando que a discriminação pode existir em mercados competitivos¹⁹. Assim, é preciso ter cuidado com as generalizações a respeito da conexão entre discriminação de preços e monopólios, sem se perder de vista que em algumas ocasiões a discriminação pode sim indicar poder de mercado.

Nesse sentido, uma restrição à discriminação torna-se eficaz caso seja possível demonstrar que tal prática não apenas fornece evidências do que é considerado poder de mercado excessivo, mas também ajuda a facilitar ou reforçar esse poder. Contudo, é extremamente necessário que essa análise seja casuística, antes que qualquer intervenção *ex ante* cause graves danos à concorrência.

¹⁹ BAUMOL, William J; SWANSON, Daniel G.. The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power. 70 Antitrust L.J., 2003, p. 661.

Em suma, ao invés de se apoiarem no ideal de igualdade, os críticos do *laissez faire* devem focar naqueles argumentos baseados na melhoria do bem-estar econômico dos consumidores, na proteção dos direitos à privacidade, na erradicação de formas de discriminação e no combate aos monopólios. As normas legais já existentes baseadas nesses princípios serão capazes de proteger os consumidores contra as estratégias de negócios odiosas e de preservar os potenciais benefícios advindos da discriminação de preços.

Conclusão

Há anos os economistas estudam a discriminação de preços e, apesar de o Big Data parecer estar prestes a revolucionar a precificação, não alterou os princípios essenciais por trás dessa estratégia. Apesar disso, como o Big Data alterou a discriminação de preços na prática? Ainda é cedo para afirmar. De modo geral, parece provável que o Big Data gere um movimento da prática de discriminação de preços de terceiro grau, baseada em categorias demográficas amplas, em direção à precificação personalizada com campanhas de *marketing* individualmente direcionadas.

Os agentes econômicos estão usando o Big Data e as tecnologias digitais para explorar a demanda, direcionar os consumidores a produtos particulares, criar publicidade e ofertas direcionadas, e de maneira mais limitada e experimental, personalizar preços. Concomitantemente, os consumidores estão fazendo uso da Internet e da variedade de escolhas e ferramentas que ela fornece para assegurarem que estão fazendo bons negócios.

Nesse contexto, cresce a importância da discriminação de preços na Economia Digital, na medida em que as empresas podem prever com maior precisão o preço de reserva individual de seus consumidores. A categorização dos indivíduos em grupos com sensibilidade de preços e comportamento de compras semelhantes se torna cada vez mais acurada, configurando-se um cenário de discriminação comportamental quase perfeita.

Os efeitos da discriminação de preços são diversos. Por um lado, a prática pode: (i) aumentar a produção, facilitando a recuperação dos custos fixos e permitindo que alguns *players* operem de forma lucrativa²⁰; (ii)

²⁰ PAPANDROPOULOS, Penelope. *How should price discrimination be dealt with by competition authorities?*. *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2007, pp. 34-38.

fomentar a escolha e o acesso aos produtos para consumidores que, sob cenário de precificação uniforme, não poderiam pagar²¹; (iii) aumentar a igualdade social²²; (iv) impulsionar eficiências dinâmicas²³; e (v) intensificar a concorrência entre os *players*, que podem cobrar preços menores para os consumidores de seus concorrentes e para novos consumidores e manter preços mais altos para consumidores fiéis, fazendo com que os *players* disputem todos os consumidores e não apenas os consumidores marginais²⁴.

Por outro lado, a discriminação de preços pode levantar sérias preocupações, especialmente quando praticada por uma empresa ou um grupo de empresas dominante. Dentre essas preocupações, podemos elencar: (i) a exploração abusiva dos consumidores²⁵; (ii) a exclusão ou eliminação de um

²¹ STAVINS, Joanna. *Price Discrimination in the Airline Market: The Effect of Market Concentration*. The Review of Economics and Statistics Vol. 83, nº. 1 (Feb., 2001), pp. 200-202.

²² Como exemplo, pode-se citar o mercado farmacêutico: “Em países de baixa renda a vasta maioria não está disposta a pagar por medicamentos efetivos simplesmente porque não são capazes de pagar. Nações de baixa renda precisam de mais discriminação de preços – e de preços mais baixos – para poderem pagar os remédios mais efetivos do mundo (tradução livre)”; WAGNER, Judith L.; MCCARTHY, Elizabeth. *International Differences in Drug Prices*. Annual Review of Public Health 25, 2002, p.475.

²³ No mercado farmacêutico, por exemplo, a discriminação de preços aumentou o bem-estar dinâmico por causa dos efeitos positivos em pesquisa e desenvolvimento. HAUSMAN, Jerry A.; MCKIE-MASON, Jeffrey. *Price Discrimination and Patent Policy*. RAND Journal of Economics 19, 1988, p. 475.

²⁴ “A razão pela qual a discriminação de preços pode intensificar a concorrência é que com a precificação uniforme, as empresas iriam competir apenas pelos ‘consumidores marginais’ enquanto que, através da discriminação de preços, as empresas podem competir por todos os consumidores, incluindo aqueles com forte fidelidade pela marca do concorrente (tradução livre)”. PAPANDROPOULOS, Penelope. *How should price discrimination be dealt with by competition authorities?*. Concurrences – Revue des droits de la concurrence, 2007, pp. 36.

²⁵ Um exemplo de abuso do consumidor por parte dos *players* dominante ocorre quando os consumidores estão presos a um único fornecedor e este usa seu poder de mercado para segmentar os consumidores em grupos e maximizar a extração do excedente.

concorrente²⁶; (iii) o aumento das barreiras de entrada e de expansão, tornando a entrada e a expansão difíceis ou extremamente custosas²⁷; (iv) a impossibilidade de que rivais menores ou novos entrantes atinjam uma escala eficiente; (v) a manutenção e suporte de outras práticas predatórias ou excludentes²⁸; e (vi) a influência adversa na concorrência a jusante.

Além disso, no contexto da discriminação de preços *online*, a Autoridade Concorrencial do Reino Unido destacou diversas hipóteses nas quais a discriminação de preços pode prejudicar os concorrentes e os consumidores²⁹, a saber: (i) quando a prática é adotada por um monopolista; (ii) quando a forma da discriminação de preços é tão complexa que os consumidores não possuem ciência sobre a mesma; (iii) quando o custo de implementação da discriminação é tão alto que aumenta os preços; e (iv) quando gera uma queda da confiança dos consumidores nos mercados *online*.

Então, o que devemos fazer? Tradicionalmente, as autoridades concorrenciais têm se preocupado com práticas de discriminação capazes de

²⁶ A Comissão Europeia reconheceu no caso AKZO como a discriminação “*between similarly-placed customers is expressly prohibited (...) when it places certain firms at a competitive disadvantage*”. O efeito anticompetitivo da diferenciação de preços praticada pela AKZO “*involved not so much direct injury to customers but rather a serious impact on the structure of competition at the level of supply by reason of its exclusionary effect*”. Decisão da Comissão Europeia no Caso 85/609, ECS/AKZO, Dezembro de 1985, parágrafo 83.

²⁷ A autoridade concorrenciais do Reino Unido, por exemplo, declarou que “quando uma empresa usa os dados do consumidor para separar os diferentes grupos de consumidores e oferece diferentes preços para cada grupo, pequenas ou novas empresas não teriam uma base substancial de clientes, e podem ser incapazes de competir atingindo consumidores através da oferta de preços menores (tradução livre)”. Competition and Markets Authority. *The Commercial Use of Consumer Data*. Londres, p. 87.

²⁸ “Price discrimination can also be an instrument to implement predatory pricing. Indeed, it can reduce the costs of the strategy and therefore, make it profitable to predate when it would not be profitable if the dominant firm could not price discriminate.” PAPANDEPOULOS, Penelope. How should price discrimination be dealt with by competition authorities?. *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2007, pp. 36.

²⁹ Office of Fair Trading. *The Economics of Personalised Pricing*, May 2013. Disponível em: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165101/http://oft.gov.uk/sha/red_oft/markets-work/personalised-pricing/oft1489.pdf .

excluir rivais dos mercados ou de distorcer a concorrência no mercado a jusante. Entretanto, as autoridades têm sido relutantes em desafiar a discriminação de preços quando esta ocorre em mercados de consumidores finais. *A priori*, uma presunção de que a discriminação é, geralmente, competitiva e boa para os consumidores é razoável. Todavia, a partir do momento que a discriminação se torna quase perfeita, potencializando os danos causados aos consumidores, o cálculo do risco muda e, nesse caso, as autoridades e os reguladores precisam se mostrar mais abertos e mais ativos, avaliando os efeitos líquidos³⁰ da prática no mercado.

Esse cenário propicia a configuração de discriminações de preços abusivas, fazendo com que essa prática, quando implementada nos mercados digitais, possa ser prejudicial à concorrência justa. Contudo, os princípios da análise continuam os mesmos: os próprios mercados podem resolver os problemas, ou, às vezes, precisam de uma pequena ajuda, por exemplo, através da imposição de remédios como a necessidade de transparência no uso da precificação personalizada, ou ainda, oferecendo maior clareza a respeito da atribuição dos direitos de propriedade dos dados.

As preocupações decorrentes da discriminação de preços estão comumente associadas a questões concorrenciais ou de proteção consumerista. Em muitos casos, as políticas públicas devem ser capazes de endereçar essas preocupações individualmente. Quando a discriminação de preços prejudica um grupo protegido ou atravessa a linha de um comportamento fraudulento, a legislação já existente - de antidiscriminação, de concorrência e de proteção do consumidor - fornece uma ampla gama de ferramentas capazes de corrigir o problema.

Ao longo do trabalho, pôde-se perceber que a prática de discriminação de preços implica em questões muito complexas e, portanto, a análise concorrencial dos efeitos dessa estratégia não nos possibilita chegar a conclusões simples e banais. De um lado, não existem fundamentos sólidos o suficiente para se sustentar a proibição completa da discriminação de preços, por outro, não se pode perder de vista os efeitos perversos que essa prática pode causar nos mercados *online*.

Desse modo, antes que se defenda uma intervenção estatal através do recrudescimento da legislação no tocante à regulação da discriminação de

³⁰ Os efeitos líquidos de uma prática referem-se à comparação entre os efeitos anticompetitivos de um lado e as eficiências “compensatórias” decorrentes do ato ou conduta, de outro lado.

preços *online*, sustenta-se a necessidade da avaliação casuística a fim de se determinar os efeitos da prática no bem-estar do consumidor. Ademais, essa avaliação deve ser feita levando em conta não apenas os princípios da análise econômica clássica, como também as considerações da Economia Comportamental.

Em suma, os princípios de análise da prática de discriminação de preços permanecem os mesmos, tanto nos mercados tradicionais quanto nos mercados *online*. É de extrema importância ressaltar, contudo, que qualquer intervenção através da legislação concorrencial não deve endereçar problemas de ordem de justiça social ou outros objetivos políticos. É imprescindível que haja cuidado com a intervenção da máquina estatal na economia, especialmente no que diz respeito aos incentivos à inovação. Nesse aspecto, não se pode perder de vista que uma intervenção indevida e precipitada é capaz de desestimular avanços tecnológicos de extrema utilidade para os consumidores e para a sociedade em geral.

Referências bibliográficas

BAUMOL, William J; SWANSON, Daniel G.. *The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power*. 70 Antitrust L.J., 2003

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

CADE. *Nota Técnica nº 13/2017/CGAA3/SGA1/SG/CADE*. Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18. Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – Semasa, Representada: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp

Câmara dos Lordes, Comitê Selecionado da União Europeia. *Online Platforms and the Digital Single Market*. 10º Relatório da Sessão 2015-2016, 2016. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/129/129.pdf>

Competition and Markets Authority. *The Commercial Use of Consumer Data*. Londres

Decisão da Comissão Europeia no Caso 85/609, ECS/AKZO, Dezembro de 1985

ELFAND, Ross E. *The Robinson-Patman Act*. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/robinson_patman_act.html

EZRACHI, Ariel; STRUCKE, Maurice E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016

HAUSMAN, Jerry A.; MCKIE-MASON, Jeffrey. *Price Discrimination and Patent Policy*. RAND Journal of Economics 19, 1988

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

OCDE. *Price Discrimination – Background note by the Secretariat*. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf)

Office of Fair Trading. *The Economics of Personalised Pricing*, May 2013. Disponível em: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165101/http://oft.gov.uk/shared_oft/markets-work/personalised-pricing/oft1489.pdf

PAPANDROPOULOS, Penelope. *How should price discrimination be dealt with by competition authorities?*. Concurrences – Revue des droits de la concurrence, 2007

PEEPERKORN, Luc. *Price Discrimination and Exploitation*. International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law, 2008

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial. As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998

STAVINS, Joanna. *Price Discrimination in the Airline Market: The Effect of Market Concentration*. The Review of Economics and Statistics Vol. 83, nº. 1 (Feb., 2001)

União Europeia. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

United States of America. *The Sherman Antitrust Act*. 1890

WAGNER, Judith L.; MCCARTHY, Elizabeth. *International Differences in Drug Prices*. Annual Review of Public Health 25, 2002

Websites Vary Prices, Deals Based on Users' Information. Wall Street Journal, 2012. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189391813881534>

WEINTRAUB, Eliot R. *The Concise Encyclopedia of Economics*. Disponível em: <http://www.econlib.org/library/Enc1/NeoclassicalEconomics.html>

INOVAÇÃO E ABERTURA NO SETOR BANCÁRIO: DESAFIOS CONCORRENCIAIS

Esther Collet Janny Teixeira Biselli

Resumo: O presente artigo tem como foco a análise do setor bancário atual no Brasil sob a ótica da defesa da concorrência, passando pela atuação recente CADE, pelos desafios que a autoridade vem enfrentando e/ou que potencialmente enfrentará com a intensificação da inovação e o possível surgimento de novos mercados, especialmente diante de duas importantes tendências relacionadas à inovação no setor bancário e seus potenciais impactos na dinâmica competitiva do setor: a expansão das *fintechs* e a regulamentação do *open banking*

Palavras chave: inovação (innovation), *open banking*, *fintechs*, setor bancário (banking sector), setor financeiro (financial sector), concorrência (competition).

Introdução

Embora a inovação no setor financeiro não seja uma novidade, os investimentos em tecnologias e o ritmo da inovação têm aumentado consideravelmente ao redor do mundo. Soluções de tecnologia financeira que recorrem a *Application Programming Interfaces* (“APIs”), *big data* e *data analytics*, *blockchain*, inteligência artificial e *machine learning* são exemplos cada vez mais frequentes. A intensificação da entrada de *fintechs* também marca o contexto atual, gerando mais prestadores de serviços financeiros inovadores no mercado. O foco da inovação tem se voltado especialmente ao desenvolvimento de soluções que atendam às necessidades dos consumidores, e não mais a processos internos, como eram tradicionalmente.

Nesse cenário, muito se discute se as novas tecnologias podem alterar a dinâmica competitiva do setor financeiro e o modo como os consumidores e as empresas têm acesso a serviços. Segundo divulgou a Comissão Europeia recentemente, “a tecnologia financeira coloca os clientes na linha da frente, apoia a eficiência operacional e reforça a concorrência,

podendo contribuir para a ampliação dos mercados financeiros”.¹ Por outro lado, estudos apontam que o poder disruptivo das novas tecnologias poderia ser melhor e mais rapidamente implementado pelos próprios bancos incumbentes, os quais, neste caso, manteriam seu poder de mercado. Ademais, discute-se se os novos modelos de negócios na economia digital poderiam facilitar condutas anticompetitivas ou ensejar a manutenção do “status quo” da concentração e verticalização atual.

Com as mudanças que se apresentam à realidade do setor financeiro, novos desafios são invariavelmente impostos também aos mecanismos jurídicos. O tema revela sua importância a partir da constatação que a inovação no setor bancário é um fenômeno multifacetado e, como tal, sofre impactos de diferentes ramos do direito, como a proteção do consumidor, proteção à privacidade, o direito regulatório e o direito antitruste.

O presente artigo terá como foco a análise do cenário acima descrito sob a ótica da defesa da concorrência, passando pela atuação recente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) no setor, pelos desafios que a autoridade vem enfrentando e/ou que potencialmente enfrentará com a intensificação da inovação e o possível surgimento de novos mercados. Também será abordada a atuação do Banco Central do Brasil (“BCB”), sobretudo no que diz respeito às recentes medidas de fomento à inovação e à concorrência no mercado.

Preocupações levantadas pelo CADE na análise de casos do setor bancário

Como se verá a seguir, o setor bancário tem recebido escrutínio cuidadoso por parte do CADE no controle de estruturas e no controle de condutas, como se verá adiante.

¹ “FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector”, 08/03/2018, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0109&from=en>.

a. Controle de condutas

Em 16 de março de 2016, a Superintendência Geral do CADE (“SG”) instaurou três inquéritos administrativos² destinados a apurar condutas anticompetitivas supostamente adotadas por bandeiras, fornecedores de cartões vale-benefícios (*vouchers*) e credenciadoras.³ Resumidamente, as condutas investigadas consistiriam em: (i) manutenção de um regime de exclusividade de fato (não mais contratual/formal) entre bandeiras de menor porte e credenciadoras dominantes, (ii) recusa de alguns bancos em antecipar recebíveis de cartões de crédito a clientes de credenciadoras não vinculadas a seus respectivos grupos econômicos, e (iii) uso de práticas discriminatórias na operação de terminais PINPad. O Tribunal do CADE homologou, em 4 de julho de 2018, um Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) com o Itaú e Redecard e, em 19 de setembro de 2018 com o Bradesco e Cielo relativamente a um desses inquéritos, tendo as instituições concordado em recolher as maiores contribuições pecuniárias nominais ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos já recolhidas pelo CADE em TCCs envolvendo condutas unilaterais em inquérito administrativo.⁴

² O Inquérito Administrativo é um procedimento que tem natureza inquisitorial – apura se há indícios suficientes de infração à concorrência para instauração de um segundo procedimento, o Processo Administrativo.

³ Procedimento Preparatório n. 08700.000018/2015-11, que resultou na instauração de três Inquéritos Administrativos em 10/03/2016. Representante: CADE – Ex Officio; Representados: (i) Inquérito Administrativo n. 08700.000018/2015-11: Elo Serviços S.A., Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (Alelo), American Express Limited, Hipercard Administradora de Cartões de Crédito e Ticket Serviços SA, Banco do Brasil S.A., Itaú-Unibanco S.A. e Banco Bradesco S.A.; (ii) Inquérito Administrativo n. 08700.001860/2016-51: Banco do Brasil S.A., Itaú-Unibanco S.A. e Banco Bradesco S.A.; (iii) Inquérito Administrativo n. 08700.001861/2016-03: Cielo S.A. e Redecard S.A.

⁴ Além de terem assumido compromissos de (i) manter disponível a leitura de agendas de recebíveis de cartões às credenciadoras participantes do Sistema de Controle de Garantias (SCG), bem como a oferta e a contratação de operações de crédito por clientes dessas credenciadoras de maneira isonômica e não discriminatória; (ii) formalizar a contratação de trava de domicílio bancário apenas em operações de crédito que tenham como garantia recebíveis de cartões em documento escrito, com disposições específicas, assinado pelo cliente ; (iii) em até seis meses contados da celebração do TCC, o serviço de trava de domicílio bancário deverá ser cobrado por meio de percentual igual, aplicável a todos os

Outro caso ainda em fase de inquérito administrativo no CADE é a investigação de suposta recusa de contratar e tratamento discriminatório da Braspag Tecnologia Pagamentos Ltda., empresa do grupo econômico do Bradesco que presta serviços de gateway de pagamento para lojas virtuais.⁵ Segundo a SG, “muito embora as empresas prestadoras de serviço de gateway atestem ser possível a conexão direta entre a *e-commerce* e a credenciadora – responsável pela compensação e liquidação de recebíveis –, a aludida sistemática é consideravelmente restrita, aplicando-se a players de grande porte econômico, estes capazes de arcar com os elevados custos operacionais e de interface para integração direta com a empresa de credenciamento. Dessa forma, a adesão a uma plataforma de gateway consiste em medida imprescindível para lojas virtuais de pequeno e médio porte, voltadas em sua maioria unicamente para o comércio online”.

Em 21 de março de 2018, a SG instaurou outro inquérito administrativo após a denúncia apresentada pelo Nubank⁶ para investigar supostas práticas anticompetitivas dos principais bancos do país no mercado de cartões de crédito. Em suma, alega-se que os bancos possuem poder de mercado na prestação de serviços bancários e usam esse poder para impor barreiras à entrada e à expansão do Nubank no mercado de cartões de crédito. Entre as condutas, o Nubank cita recusa de contratar ou imposição de dificuldades para acesso a serviços essenciais (por exemplo a utilização da função “débito automático” e a identificação de remetente de recursos), além de prática de preços discriminatórios. A SG entendeu que parte dos fatos alegados constituiria indícios suficientes de infração à ordem econômica,

contratantes; (iv) não praticar retaliação ao estabelecimento comercial (cliente) que migrar a captura de transações com cartões, bem como não condicionar a aquisição de um de seus produtos/serviços à aquisição de um produto/serviço da credenciadora; (v) limitar a aplicação de multas previstas em contratos de incentivo e a renovação automática junto aos estabelecimentos comerciais, a menos que o cliente opte por fazê-lo.

⁵ Inquérito administrativo nº 08700.001800/2017-19 instaurado em 08/02/2018. Representante: CADE – Ex Officio; Representada: Braspag - Tecnologia em Pagamento Ltda.

⁶ Inquérito administrativo nº 08700.003187/2017-74, instaurado em 21/03/2018. Representante: Nu Pagamentos S.A.; Representadas: Itaú Unibanco S.A.; Banco Bradesco S.A.; Banco Santander Brasil S.A.; Banco do Brasil S.A.; Caixa Econômica Federal.

decidindo instaurar o inquérito administrativo para dar continuidade à investigação.

O CADE também está investigando uma denúncia apresentada em 1º de junho de 2018 pela Associação Brasileira de Criptomoedas e Blockchain (“ABCB”) contra diversos bancos.⁷ Segundo a ABCB, os bancos estariam atuando de forma a limitar a concorrência no mercado de criptomoedas, recusando contratar as empresas operadoras e, conseqüentemente, impedindo o acesso à infraestrutura essencial para o seu funcionamento.⁸ Mais detalhes sobre essa investigação serão apresentadas no item “IV.c” abaixo sobre o tema “blockchain”.

Por fim, destaca-se a existência de investigações sobre supostas práticas anticompetitivas no setor bancário em processos fora do CADE. Exemplo disso foi a ação impetrada pelo Bradesco, em março de 2016, contra o aplicativo de controle financeiro GuiaBolso⁹. O caso teve início com o ajuizamento de ação de obrigação de não fazer com pedido liminar requerendo que o GuiaBolso se abstenha de coletar os dados dos clientes do Bradesco acessados por meio da sua aplicação de internet banking. O banco também pediu que o aplicativo apagasse os dados já coletados. No entanto, segundo a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (“Seprac”), órgão do Ministério da Fazenda que pediu para ingressar como *amicus curiae* no processo, a instituição financeira estaria cometendo infrações concorrenciais contra o aplicativo. Por isso, em 2 de julho de 2018, a Seprac enviou cópia do processo e de seu parecer ao CADE, requerendo abertura de investigação e o CADE já abriu procedimento preparatório de inquérito para investigar o Bradesco.

⁷ Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018-95, aberto em 01/06/2018 em desfavor de Banco do Brasil S.A., Banco Bradesco S.A., Banco Itaú S.A., Banco Santander S.A., Banco Inter S.A. e Banco Sicredi.

⁸ Como fundamento à representação, a ABCB encaminhou uma série de comunicações de encerramento de contas enviadas pelos bancos Banco do Brasil, Bradesco, Itaú, Inter, Santander e Sincredi às empresas Atlas Proj Tecnologia Ltda., Coinbr Serviços Digitais Ltda., Foxbit Serviços Digitais Ltda. – EPP, Mercado Bitcoin Serviços Digitais Ltda. e Walltime Serviços Digitais Ltda.

⁹ Processo nº 1027396- 67.2016.8.26.0100, que corre na 11ª Vara Cível da Comarca de São Paulo.

b. Controle de estruturas

Em 8 de junho de 2016 o CADE aprovou o ato de concentração referente à aquisição do HSBC pelo Bradesco, impondo como condição da aprovação a celebração de um Acordo em Controle de Concentrações (“ACC”).¹⁰ Em seu voto, o conselheiro relator do caso, João Paulo de Resende, fez considerações sobre o mercado bancário brasileiro em geral, indicando que a aquisição do HSBC pelo Bradesco contribuiria para o aumento dos níveis de concentração, em especial em mercados específicos direcionados a um grande número de consumidores, como depósitos à vista (conta corrente) e crédito de livre utilização a pessoas naturais e jurídicas. De acordo com o relator, o setor bancário possui baixo grau de rivalidade, não só no Brasil, mas na maior parte do mundo, em função de forte assimetria de informação e de custos de transação a que estão sujeitos os consumidores nesse mercado. Além disso, os atos instrutórios realizados no processo demonstraram que existe uma escala mínima necessária para viabilizar a entrada de novos concorrentes no mercado, principalmente bancos comerciais.

Na ocasião da análise da joint venture entre Itaú e Mastercard¹¹ para a criação de uma nova bandeira de cartão, a SG recomendou a impugnação da operação¹² ao Tribunal do CADE, que o aprovou em 11 de maio de 2016 com a condição de celebração de ACC. Ao analisar a joint venture, o Tribunal do CADE identificou questões preocupantes sob o ponto de vista concorrencial, sendo a principal delas relacionada ao risco de fechamento de mercado na relação bandeira-credenciadora por meio de possível discriminação de credenciadoras concorrentes da Rede, controlada pelo Itaú.

¹⁰ Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41. Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda.. Aprovado com restrições em 17/06/2016.

¹¹ Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento LTDA. Aprovado com restrições em 08/06/2016.

¹² Em síntese, a SG identificou potenciais problemas concorrenciais, principalmente em relação à integração vertical pelo lado das credenciadoras, o que poderia resultar em discriminação em relação a outras bandeiras no mercado de emissão, bem como em discriminação de credenciadoras por parte da nova bandeira. Nesse sentido, recomendou a impugnação do Ato de Concentração perante o Tribunal.

Mais recentemente, outras duas operações envolvendo o setor financeiro ganharam bastante atenção do CADE. Por ocasião da análise da aquisição dos negócios de varejo do Citibank pelo Itaú¹³, a SG ressaltou que a operação estava inserida em um mercado com fortes evidências de ausência de competição efetiva e elevadas margens de lucro, o que, em conjunto com outros aspectos, resultaria em serviços mais caros e de menor qualidade para os consumidores de produtos e/ou serviços bancários no Brasil.¹⁴ A decisão aponta que o Citibank não seria um concorrente disruptivo (estando presente no país há mais de cem anos, sua participação com base em depósitos e ativos totais oscilava em torno de 1% na época). Mesmo assim, o Tribunal do CADE justificou a necessidade de adoção de remédios por se tratar de um setor que apresenta sensibilidades concorrenciais – com elevadas barreiras à entrada e baixa rivalidade – que não poderiam ser desprezadas pela autoridade. Para abrandar essas preocupações, foi celebrado ACC como condição à aprovação da operação, em 16 de agosto de 2017.

Já na aquisição de participação no capital social da XP investimentos pelo Itaú,¹⁵ o CADE considerou a empresa-alvo como um *maverick*¹⁶ no mercado brasileiro de corretagem e distribuição de produtos de investimentos, e levantou preocupações como a possível discriminação de concorrentes do Itaú, o reforço de barreiras à entrada no mercado e a bancarização do mercado de plataformas abertas e sua possível extinção. A operação foi aprovada pelo Tribunal do CADE em 14 de março de 2018, por maioria, condicionada às obrigações previstas em ACC.

¹³ Ato de Concentração nº 08700.001642/2017-05. Requerentes: Itaú Unibanco Holding S.A. e Banco Citibank S.A. Aprovado com restrições em 16/08/2017.

¹⁴ Ainda destacou as seguintes características do setor bancário no país: acentuada tendência de concentração nos últimos anos; simetria de participação entre os grandes bancos; elevadas barreiras à entrada; elevados custos de troca para migração de clientes entre concorrentes; baixo nível de satisfação dos consumidores; existência de ambiente propício ao comportamento coordenado de seus players; e etc.

¹⁵ Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos S.A. Aprovado com restrições em 14/03/2018.

¹⁶ Empresas mavericks são aquelas que apresentam um nível de rivalidade disruptivo, com baixo custo de produção e uma baixa precificação que força os preços do mercado para baixo ou que se caracterizam por sua inventividade e estimulam a permanente inovação no segmento em que atuam.

Cenário atual: a inovação mais presente do que nunca

O setor bancário sempre esteve na vanguarda das tecnologias no Brasil. O movimento de inovação atual possui características peculiares que tem gerado expectativas de verdadeira transformação da dinâmica competitiva do setor bancário. A natureza e o escopo da prestação de serviços financeiros evoluirão nos próximos anos, respondendo a mudanças nas necessidades e nas preferências dos consumidores desses serviços, Com o maior uso de canais digitais e redes sociais pelos consumidores, aliado ao fenômeno do mobile banking, que já é responsável por 35% de todas as transações bancárias no Brasil,¹⁷ os bancos tem deixado de mirar suas estratégias apenas em soluções que trazem maior eficiência a processos internos e robustez na capacidade de atendimento e voltaram os olhos na direção de soluções que adicionem valor à experiência do consumidor.

Outro fenômeno que é intensificado com avanços na tecnologia digital e um ambiente regulatório pró-inovação é a entrada e expansão das fintechs.¹⁸ Segundo o Relatório Econômico Anual do Banco de Compensações Internacionais¹⁹, não só as fintechs, mas grandes empresas de tecnologia²⁰ (como Google, Amazon, Facebook) poderiam entrar no setor bancário. Tais empresas já contam com a infraestrutura de tecnologia de

¹⁷ Cf. notícia “Com foco no cliente, bancos investem em tecnologia”, publicada no jornal O Estado de São Paulo, em 15/05/2018, disponível em: <http://patrocinados.estadao.com.br/deloitte/2018/05/15/com-foco-no-cliente-bancos-ampliam-investimentos-em-tecnologia>.

¹⁸ “How to flourish in an uncertain future: Open banking”, 2017. Disponível em <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/financial-services/deloitte-uk-open-banking-how-to-flourish-in-an-uncertain-future.pdf>.

¹⁹ BIS Annual Economic Report – June 2018. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2018e.pdf>.

²⁰ “Here, so-called “big tech” players – dominant technology firms from the online sales or messaging sector – loom large. These already have the necessary IT infrastructure, analytical skills, financial resources and established client base to erode banks’ market share (...). The arrival of big tech competitors, in turn, may require cooperation among regulators from different fields (data protection agencies, competition authorities and others) and jurisdictions to preserve a level playing field (“same risk, same regulation”), without unduly constraining technological innovation”.

informação necessária, habilidades analíticas, recursos financeiros e uma base de clientes estabelecida para entrar no mercado.²¹

a. Atuação do BCB e do CMN em prol da inovação

Uma das recentes medidas com o objetivo de fomentar a inovação e aumentar a competição nos mercados e, como consequência, dar maior acesso ao crédito e redução nas taxas de empréstimos foi a regulamentação das *fintechs* de crédito, por meio Resolução nº 4.656/2018, de 26 de abril de 2018 do Conselho Monetário Nacional (“CMN”). Segundo a resolução, as *fintechs* poderão atuar como sociedades de crédito direto (“SCD”) e sociedades de empréstimo entre pessoas (“SEP”).

A Resolução nº 4.649/2018, que entrou em vigor em 28 de março de 2018, dispõe sobre a prestação de serviços por instituições financeiras às instituições de pagamento e outras autorizadas a funcionar pelo BCB. Com o objetivo de estimular a concorrência, a normativa veda aos bancos limitar ou dificultar o acesso das instituições de pagamentos aos seguintes serviços financeiros: débitos autorizados pelo titular de conta de depósitos ou de conta de pagamento, emissão de boletos de pagamento, transferências entre contas no âmbito da mesma instituição, Transferência Eletrônica Disponível (TED) e Documento de Crédito (DOC).

Por fim, não tendo ainda concretizado nenhuma medida, o BCB já trouxe à tona recentemente um debate para autorizar um novo sistema de pagamentos instantâneos no Brasil, o sistema *Peer-to-Peer* (“P2P”).²² O objetivo é chegar a um modelo com interoperabilidade suficiente para permitir transferências instantâneas, seja pelo sistema bancário, seja pelo de cartões²³. Esse modelo permitiria a realização de transações eletrônicas de pagamento diretas, de forma online e em tempo real, em qualquer horário, entre

²¹ No mesmo sentido, pesquisa conduzida pela Accenture aponta que essas empresas podem ser os novos players do setor financeiro, pelo menos no que depender dos consumidores: uma parcela significativa dos entrevistados pela consultoria mudaria para uma dessas quatro empresas se elas oferecessem serviços bancários (31% globalmente e 50% no Brasil) e de consultoria financeira (38% globalmente e 48% no Brasil).

²² Conforme notícia “Pagamento instantâneo pode movimentar R\$50 bi”, publicada no jornal Valor Econômica em 20/06/2018.

²³ Para viabilizar este sistema será necessário garantir total interoperabilidade entre as contas correntes e os cartões de crédito, permitindo a liquidação das operações.

indivíduos e entre empresas, e com baixo custo. O mercado potencial de pagamentos instantâneos P2P no Brasil é de US\$50 bilhões, montante relativo ao volume de transferências de valores entre pessoa físicas.

b. Desafio à análise antitruste convencional

Em qualquer mercado que faz parte da chamada “economia digital”²⁴ há uma dinâmica competitiva diferente dos chamados “mercados tradicionais”. Isso, dentre outros motivos, por conta de novas entradas e rápida expansão de empresas inovadoras e *startups* que apresentam diferenciais disruptivos que mudam a dinâmica competitiva dos mercados. Outra característica relevante da economia digital é a possibilidade de haver uma “corrida pelo mercado” para que, em face das externalidades de rede existentes, certos agentes econômicos se beneficiem da vantagem de serem os primeiros a alcançar certas posições privilegiadas (“*winner takes all*”). Essas posições privilegiadas podem ser alcançadas por meio de arranjos verticais discriminatórios cujo efeito, ainda que não imediato, poderá ser o de fechamento dos mercados.

Na avaliação do nível de concorrência nos mercados digitais, variáveis como o grau de transparência dos algoritmos, os níveis de compartilhamento de dados entre empresas, modelos comerciais integradores de mercados distintos e novas estratégias de negócios passam a compor a análise das autoridades antitruste em complemento ou até como alternativa à análise tradicional, muito focada nos potenciais efeitos de uma operação sobre os preços.²⁵⁻²⁶ O CADE já tem considerado as particularidades dos mercados digitais, desenvolvendo adaptações conceituais e analíticas na tomada de

²⁴ Para fins do presente artigo, entendemos mercados digitais como mercados nos quais bem ou serviço ofertado é virtual ou possui utilidade em razão de plataforma virtual.

²⁵ Os critérios para a análise tradicional giram fundamentalmente em torno de preço, quantidade e qualidade do produto, passando pelas seguintes etapas: (i) Definição de mercado relevante, (ii) Market Share; (iii) Probabilidade de exercício de poder de mercado; (iv) Eficiências e (v) Efeito líquido. Cada etapa desse roteiro da teoria antitruste convencional tem seus próprios fatores a serem considerados, a saber: rivalidade, barreiras de entrada, potencial de poder coordenado, poder de portfólio, grau de substituição do produto, etc.

²⁶ Cf. artigo “Vinhos Novos em Garrafas Velhas”, publicado em 03/07/2018 no jornal Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/vinhos-novos-em-garrafas-velhas-03072018>.

decisões. Ao analisar um caso recente envolvendo plataformas online de entregas de comida, a SG indicou que “as etapas tradicionais de análise antitruste, neste caso, não são necessariamente aplicáveis (...). Por se tratar de mercado novo e em rápida transformação, é especialmente desafiante traçar diagnósticos sobre a dinâmica competitiva, identificar tendências de mercado, avaliar condições de rivalidade ou mesmo de comportamento dos consumidores”. A Conselheira Cristiane Alkmin, em seu voto sobre a aquisição de participação na XP Investimentos pelo Itaú, também reconheceu a insuficiência dos critérios tradicionais de análise dos efeitos concorrenciais da operação.²⁷

Fintechs

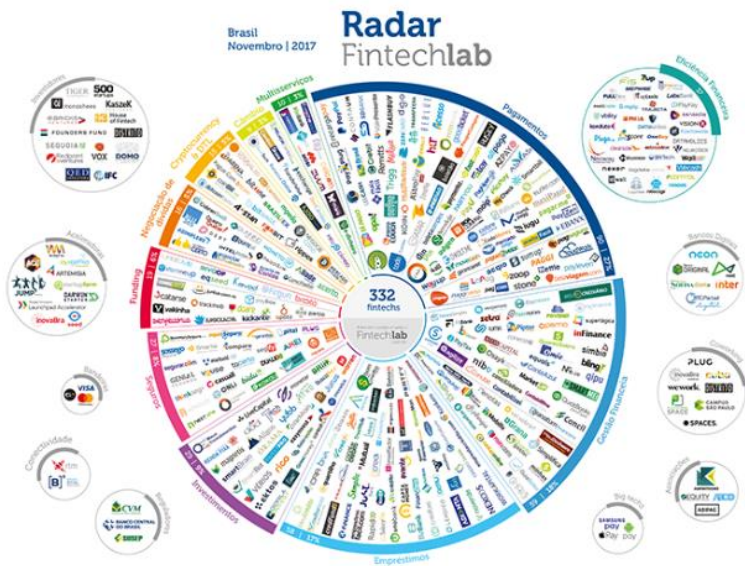
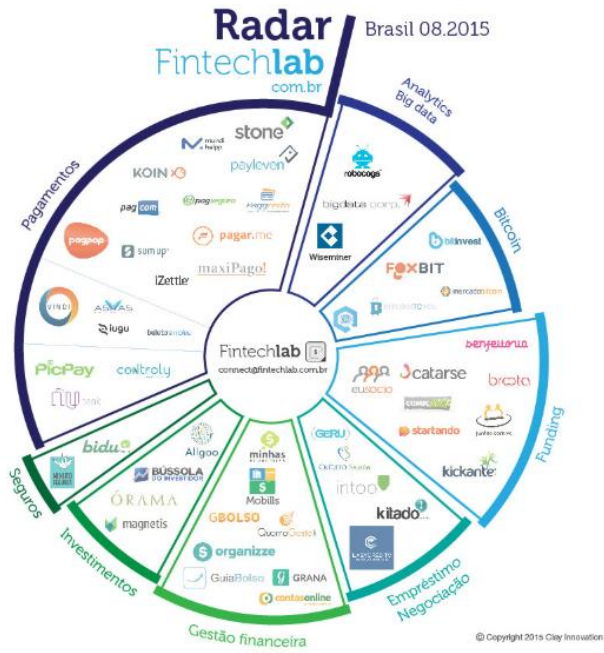
Fintechs são inovações financeiras, habilitadas por tecnologias que podem resultar em novos modelos de negócios, aplicativos, processos ou produtos com efeitos tangíveis nos mercados, nas instituições financeiras e na prestação de serviços financeiros²⁸. O ecossistema de *startups* intensivas no uso de tecnologia financeira é diversificado e tem apresentado crescimento no país nos últimos anos. Das 377 *fintechs* existentes no Brasil hoje a maior participação é no setor de pagamento.²⁹ A mais recente edição do Radar FintechLab registrou um aumento expressivo no número de *fintechs* no Brasil, conforme apresentado abaixo:

²⁷ Para a Cons. Cristiane Alkmin, “(...) o real problema antitruste desta operação, que vai além da análise tradicional estática sugerida pelo Guia H” e “é a primeira vez na história recente do Brasil que os bancos – que agem em um mercado oligopolizado e concentrado – estão sendo contestados de forma efetiva, com novos players inovadores atuando com tecnologia disruptiva e aumentando o bem-estar do brasileiro comum. Essa transformação, contudo, conquanto seja muito recente, por ser efetiva, está incomodando os bancos e esse incômodo é o embrião desta operação”.

²⁸ Relatório de Economia Bancária do BCB, publicado em 12/07/2018, disponível em http://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf.

²⁹ Artigo “Investidor procura startup para inclusão financeira”, publicado em 20/06/2018 no jornal Valor Econômico. A edição dá destaque aos seguintes outros segmentos: gestão financeira, empréstimos, investimentos, financiamento privado, seguros, negociação de dívidas e criptoativos e livros-razão.

Comparação da presença de fintechs no Brasil em agosto de 2015 e em novembro de 2017



Fonte: Radar Fintechlab, disponível em: <https://fintechlab.com.br/>

Possíveis impactos à competição no setor bancário

O Relatório de Economia Bancária³⁰ aponta que a atuação das *fintechs* no país incentiva a redução dos custos explícitos e assimetrias na prestação de serviço, promovendo eficiência.³¹ Serviços prestados de maneira digital reduzem custos marginais de operação, ou seja, o custo adicional para atender mais um cliente, e também custos de troca. A desagregação de serviços financeiros permite separar novos serviços das atividades bancárias mais tradicionais. Sendo bem-sucedidas em nichos, novas empresas capturam gradualmente ganhos de escala e, posteriormente, buscam ganhos de escopo.

A desagregação de serviços financeiros (*unbundling*) viabilizada por tecnologia permite separar a prestação de muitos serviços financeiros das atividades bancárias mais tradicionais, como o recebimento de depósitos. À medida que a competição em nichos resulta em ganhos de escala, os provedores buscam ampliar os tipos de serviços ofertados e capturar também ganhos de escopo com outras fontes de rentabilidade (*rebundling*).³² Essa dinâmica promove mudança na composição e organização do sistema financeiro e potencialmente resulta em maior eficiência da intermediação no que se refere à diversificação de riscos e à redução do custo marginal.

Por outro lado, tem se verificado um forte movimento de integração e cooperação entre os grandes bancos e as *fintechs*. O estudo World FinTech Report 2018³³ trouxe como uma das principais constatações a revelação de

³⁰ Relatório de Economia Bancária do BCB, publicado em 12/07/2018, disponível em http://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf.

³¹ Disso decorre o aumento da contestabilidade no mercado financeiro, que ocorre quanto menores forem as barreiras para entrada e saída de competidores. Pelo lado da demanda, a contestabilidade aumenta conforme mudam as preferências dos consumidores. Pelo lado da oferta, as inovações tecnológicas aumentam a concorrência no curto prazo, com a entrada de novas prestadoras de serviços financeiros no mercado. A contestabilidade aumenta pelo lado da oferta também em razão dos incentivos criados por inovações regulatórias e supervisórias.

³² Cf. artigo “Open Banking and competition. How APIs are shaping the future of financial institutions”, publicado em 09/03/2018. Disponível em: <https://www.cyberlaws.it/2018/open-banking-api-competition/>.

³³ Realizado em conjunto pela Capgemini e LinkedIn com colaboração da Efma.

que 75% das fintechs no mundo tem como objetivo estabelecer parcerias de colaboração com os chamados bancos e instituições tradicionais.

Do processo de entrada e expansão das fintechs podem surgir vários cenários para a organização futura do sistema financeiro, que vão desde um extremo, em que os atuais incumbentes replicam as inovações relevantes ou as acessam por meio das parcerias com fintechs, mantendo seu *status quo*, a outro cenário extremo, em que fintechs ou grandes empresas de tecnologia de outros setores acabam por assumir integralmente a intermediação de serviços financeiros.

Open banking

O *open banking* é um modelo de serviço pelo qual informações financeiras dos consumidores são compartilhadas pelos bancos com terceiros – como aplicativos e varejistas – mediante autorização do cliente. Em outras palavras, ‘open banking’ seria a mudança de um modelo de negócios fechado para um modelo aberto, em que os dados são compartilhados entre diferentes membros do ecossistema bancário com autorização do cliente. O compartilhamento de dados do open banking é possível por meio da tecnologia de *Application Programming Interface* (APIs), que são interfaces de programação digital que permitem aos desenvolvedores incorporar dados e serviços de terceiros em seus aplicativos.

Até a presente data não existe, no Brasil, regulamentação específica que obrigue os bancos a compartilhar dados e informações de clientes em um modelo *open banking*. O BCB tem acompanhado a evolução da regulamentação do Reino Unido e da União Europeia – onde surgiu o conceito de *open banking*. A regulação de *open banking* na União Europeia ocorreu por meio da *Second Payment Service Directive* (Segunda Diretiva de Serviços de Pagamentos – “PSD2”) e, no Reino Unido, por meio da imposição, pela Autoridade de Concorrência e Mercados (CMA) da adoção do *Open Banking Standard*. Esses dois modelos de open banking serão apresentados em detalhes nos próximos tópicos.

A PSD2 entrou em vigor na União Europeia em 13 de janeiro de 2018.³⁴ Com a nova regulamentação, os bancos são obrigados a conceder

³⁴ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=PT>. Segundo o considerando nº 33 da

acesso para *Third Party Providers* (prestadores terceirizados – “TPPs”) à conta do cliente, conhecido como XS2A (acesso à conta). Os dois tipos de TPP regulamentados pela PSD2 são o *Payment Initiation Service Providers* (Prestador de Serviços de Iniciação de Pagamento – “PISPs”) e *Account Information Service Providers* (Prestador de Serviços de Informações sobre Contas “AISPs”), prestadores de serviços online que fornecem, respectivamente, o início de um pagamento a pedido do cliente e informações agregadas em uma ou mais contas de pagamento mantidas pelo cliente (por exemplo, saldos, histórico de transações, etc).

Segundo o relatório da Deloitte, embora seja uma diretiva com foco em pagamentos, o maior impacto do PSD2 será a abertura de dados para AISPs: “Se AISPs de terceiros ganharem tração significativa, os bancos podem perder a propriedade da interface do cliente e, portanto, do principal relacionamento com o cliente. Esta ameaça pode ser exacerbada ainda mais se alguns TPPs optarem por agir como AISPs e PISPs, permitindo que os clientes iniciem pagamentos de suas contas através de uma interface de terceiros”.³⁵

Duas são as diferenças principais entre o PSD2 e o Open Banking Standard introduzida pelo CMA.³⁶ Em primeiro lugar, o PSD2 não exige a

norma, “A presente diretiva deverá procurar garantir a continuidade no mercado, permitindo que tanto os prestadores de serviços existentes como os novos prestadores de serviços de pagamento, independentemente do modelo de negócio que apliquem, prestem os seus serviços no âmbito de um quadro regulamentar claro e harmonizado. [Neste contexto, os Estados] deverão garantir uma concorrência leal neste mercado, evitando discriminações injustificáveis contra qualquer operador existente no mercado. Qualquer prestador de serviços de pagamento, incluindo o prestador de serviços de pagamento que gere a conta do utilizador do serviço de pagamento, deverá poder oferecer serviços de iniciação de pagamentos”

³⁵ How to flourish in an uncertain future: Open banking”, 2017. Disponível em <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/financial-services/deloitte-uk-open-banking-how-to-flourish-in-an-uncertain-future.pdf>.

³⁶ Em 2015, a HM Treasury, do Reino Unido, solicitou a formação de um Open Banking Working Group (“OBWG”) para explorar como a abertura de dados bancários poderia beneficiar os consumidores e como esses benefícios poderiam ser melhor alcançados. O relatório do grupo, divulgado em fevereiro de 2016, recomendou a criação do “Open Banking Standard” através de APIs. O OBWG recomendou que esse padrão comum de API deva permitir acesso aberto a dados abertos (isto é, que qualquer pessoa, de TPPs a clientes individuais, acesse dados disponíveis publicamente, como preços e informações sobre produtos) e acesso

criação de uma API padronizada para a implementação do open banking. Isso significa que os bancos podem disponibilizar os dados através de diferentes normas técnicas. Segundo o relatório da Deloitte, isso parece incluir uma camada adicional de complexidade na agregação de contas – complexidade que o Open Banking Standard mitigará no Reino Unido.

Em segundo lugar, o PSD2 apenas abre o acesso aos serviços transacionais do cliente a instituições específicas, que também devem ser PSPs regulamentadas. A CMA, por outro lado, pode conceder acesso para uma gama mais ampla de terceiros. Mais notavelmente, o CMA reconheceu que os sites de comparação de preços (Price Comparison Websites – “PCWs”) não se enquadram escopo do PSD2 e fará uma lista de permissões separadas em que os PCWs podem ser autorizados a acessar dados do cliente.

Destacam-se dois objetivos principais da CMA com a adoção do open banking: tornar mais fácil para os clientes mudarem de conta corrente, aumentando assim a concorrência e mudar a natureza da experiência do cliente, facilitando o surgimento de uma grande escala de novos provedores de modelos de negócios diferentes que oferecem soluções inovadoras. Permitindo que terceiros, como os PCWs, acessem dados de transação dos clientes, espera-se que os clientes possam ter acesso a comparações personalizadas entre contas em diferentes prestadores de serviços bancários e a escolher qual conta seria melhor para eles. A autoridade também espera que a abertura de dados leve a concorrência em outros produtos. Armados com dados bancários do cliente, ambos os bancos e terceiros poderiam oferecer novos produtos e serviços financeiros de gestão de dinheiro e orçamento, por exemplo. Existem também oportunidades para bancos e terceiros oferecerem recompensas personalizadas com base no histórico de transações. Isso reduziria a capacidade dos bancos de subsidiar de forma cruzada, o diminuindo suas margens de lucro.³⁷

controlado a dados compartilhados (ou seja, concessão de acesso a TPPs regulamentados a dados de transações de contas de clientes, desde que o TPP tenha o consentimento do cliente).

³⁷ A CMA está particularmente esperançosa de que sua regulamentação também resulte em serviços que ajudam os consumidores a evitar a “quebra” e de serem atingidos por “saques a descoberto”.

Possíveis impactos à competição no setor bancário

Diversos estudos recentes sobre open banking afirmam o poder disruptivo que a abertura de dados possui. Segundo estudo elaborado pela McKinsey em janeiro de 2018³⁸, “uma vez que os novos padrões de transparência sejam implementados com o *open banking*, a concorrência nos preços provavelmente se intensificará. E, à medida que os PSPs tecnologicamente ágeis começam a alavancar o acesso automatizado às contas dos clientes, a pressão sobre os preços e as margens quase certamente aumentarão ainda mais. De fato, pesquisa recente com bancos regionais e nacionais mostra que o aumento da pressão sobre preços e margens é uma das principais preocupações dos executivos dos bancos (...)”.

A Deloitte também aponta que, à medida que o open banking torna mais fácil para os clientes alternar contas e comparar produtos financeiros com base em preço, os bancos incumbentes correm o risco de perder participação de mercado. Além disso, com o acesso e processamento de dados, terceiros podem criar novas soluções que atendem a necessidades dos clientes que ainda não são atendidas. Como resultado, os incumbentes poderiam perder os serviços bancários primários e relacionamento, se os clientes optarem cada vez mais por gerenciar finanças através de uma interface de terceiros. Nesse cenário, ecossistemas de circuito fechado podem emergir e as interações com bancos seriam reduzidas significativamente, com transações em conta corrente limitadas principalmente a depósitos salariais de entrada e pagamentos de saída para financiar contas de transações em outro PSP.

Embora pareça inevitável que o open banking resulte no sacrifício de algum grau de controle pelos bancos incumbentes, estudos apontam que os bancos ainda possuem a vantagem competitiva de participar de grupos de lucros maiores com grande potencial de investimento em tecnologia e, portanto, são capazes de oferecer a experiência que novos entrantes do mercado ofereceriam de forma competitiva. Segundo o estudo publicado pela McKinsey em setembro de 2017³⁹, o status de “agente confiável” que os incumbentes gozam atualmente continuará a ser uma vantagem competitiva por algum tempo. Outra possibilidade que já tem acontecido no setor bancário

³⁸ “PSD2: Taking advantage of open-banking disruption”, disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/psd2-taking-advantage-of-open-banking-disruption>.

³⁹ Data sharing and open banking, disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/data-sharing-and-open-banking>

é o movimento de associação entre bancos e *fintechs* ou a compra dessas empresas para a prestação de serviços financeiros inovadores.

No mesmo sentido, o estudo da Deloitte aponta que o *open banking* cria oportunidades para os bancos incumbentes competirem como inovadores tecnológicos, usando ferramentas analíticas para extrair *insights* valiosos de suas reservas de dados de clientes. “Se terceiros não obtêm a total confiança dos clientes, os bancos poderiam manter seu papel como âncora financeira confiável”. De qualquer modo, não há garantias de que os bancos possam defender seu status como “conselheiros confiáveis e seguros”. Ademais, se grandes plataformas de internet, como Google e Facebook, passarem a oferecer produtos financeiros por meio do *open banking*, poderiam surgir preocupações concorrenciais nesse setor devido ao poder de mercado dessas grandes plataformas de tecnologia. Nesse cenário, existe uma preocupação de que o uso de dados possa funcionar como barreira à entrada, prejudicando a concorrência.

Outra potencial preocupação concorrenciais do *open banking*, relacionada ao fato de que muitos serviços seriam prestados no modelo de negócios de plataformas digitais com dois ou múltiplos dados, é a facilitação da discriminação de preços e aumento de assimetria de informação⁴⁰. Plataformas podem oferecer conteúdo altamente personalizado aos usuários de um lado e um público altamente segmentado aos prestadores de serviços “do outro lado”. Isso é possível devido à capacidade de coletar, armazenar e analisar dados sobre indivíduos em grande velocidade e escala, o que possibilita compreender melhor os hábitos, preferências e características pessoais dos consumidores. Isso por sua vez viabiliza a construção de perfis de clientes extremamente refinados e segmentados, tornando possível serviços e produtos sejam ainda mais direcionados. Apesar de muitas vezes isso ser interpretado como positivo para os consumidores, que poderiam ter acesso a serviços e produtos cada vez mais personalizados, existe uma preocupação de que o acesso e processamento de tantos dados poderia facilitar a discriminação de preços por prestadores de serviços financeiros.

Esta foi justamente uma das preocupações endereçadas na nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (“LGPD”), que representa um importante passo para uma eventual regulação de *open banking* ao determinar,

⁴⁰ Existem assimetrias quando uma parte – como uma empresa prestadora de serviços financeiros – possui mais informações e recursos a sua disposição do que outro – como um consumidor ou pequena e média empresa.

dentre outros pontos, a “não discriminação” e a portabilidade dos dados pessoais a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição do consumidor. No contexto dos mercados digitais em geral, a relação entre a defesa da privacidade e da concorrência se torna particularmente relevante, pois os dados pessoais passam a ser considerados potenciais ativos que conferem vantagem competitiva aos agentes que os detêm.

Conclusão

A inovação no setor financeiro vem desempenhando cada vez mais um papel relevante nas mudanças da dinâmica desse setor. Sobretudo o open banking, que promove um sistema bancário aberto, exige um repensar do tradicional modelo de negócios bancário ao permitir que os bancos se tornem mais customizados. A possibilidade de compartilhar dados dos clientes nesse modelo aberto parece ter o potencial de acirrar a concorrência entre os players tradicionais e os novos prestadores de serviços financeiros, além de permitir o surgimento de novos produtos e serviços antes impossíveis de imaginar.

No entanto, se por um lado muitos benefícios aos consumidores e à competição no setor financeiro podem estar diretamente relacionados à rápida entrada e crescimento das tecnologias financeiras, por outro, potenciais preocupações concorrenciais e/ou a manutenção da situação de alta concentração e verticalização no setor é também possível.

Nesse cenário, bancos e fintechs devem estar cada vez mais atentos nos impactos que a implementação de novas tecnologias em seus negócios podem gerar do ponto de vista antitruste. Devem, sobretudo, acompanhar a atuação cada vez mais intensa do CADE e do BCB na busca da promoção da concorrência no setor financeiro e da mitigação de riscos de prejudica-lo.

Em relação ao CADE, aumentam a demanda e a expectativa de que seja capaz de construir uma linha de jurisprudência consistente e coerentes com a nova realidade dos mercados digitais, com suas questões e riscos concorrenciais e regulatórios peculiares. É factível esperar que a autoridade concursal continue a incentivar modelos de negócios e práticas comerciais que permitam o ingresso e o crescimento de novos players nos diversos mercados componentes do setor financeiro. Como visto ao longo deste artigo, tal abordagem já tem sido adotada pelo CADE nos recentes processos que tem atuado e, ainda que os resultados pareçam pouco significativos até o momento, parece provável que a autoridade antitruste continuará atuando nesse sentido,

com vistas a mitigar o que, em sua percepção, representaria preocupação concorrencial no setor financeiro.

Quanto às medidas regulatórias, o BCB também indicou recentemente que as oportunidades criadas durante esse processo transitório de inovação são mais bem aproveitadas – e seus ganhos mais bem distribuídos – se a atuação do regulador não é inibidora nem permissiva. No mesmo sentido divulgou recentemente a Comissão Europeia que “neste ambiente em rápida mudança, uma regulamentação excessivamente prescritiva adotada precipitadamente implica o risco de produzir resultados não desejados. No entanto, evitar a implementação de medidas e regulações também poderá colocar os prestadores de serviços financeiros em situação de desvantagem”.⁴¹

⁴¹ “FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector”, 08/03/2018, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0109&from=en>.

O IMPACTO CONCORRENCIAL DA EVASÃO FISCAL. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE E O PAPEL DO SBDC

Amanda Lopes Langanke

Resumo: o presente trabalho tem como escopo analisar o impacto concorrencial da evasão fiscal, avaliando a possibilidade de eventuais distúrbios à concorrência dela decorrentes ensejarem a atuação judicante do Cade. Apesar da resistência da autoridade antitruste em analisar esse tipo de distúrbio, tanto a doutrina tributária quanto propostas legislativas recentes, especialmente as voltadas à regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, reconhecem que o Direito Tributário se limita a um instrumento de intervenção à disposição do Estado para *prevenir* distúrbios concorrenciais, levantando o questionamento sobre o lugar do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência nessa agenda.

Palavras-Chave: Concorrência, Evasão Fiscal, Direito Tributário, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Lei nº 12.529/2011.

Keywords: Competition, Tax Evasion, Antitrust, Tax Law, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Law 12529/2011.

1. Introdução

Partindo dos pressupostos de que os tributos afetam a alocação de recursos, compondo o sistema de preços no mercado e reduzindo a renda e o patrimônio dos particulares, não é difícil imaginar situações em que a legislação tributária ou as próprias práticas dos particulares acabem por gerar distúrbios à livre concorrência. Recaindo a tributação de forma distinta em agentes econômicos em situações equivalentes, confere-se real vantagem competitiva ao contribuinte que recebe o tratamento diferenciado.

O Estado, ao mesmo tempo em que é chamado para regular situações de imperfeição na economia, como práticas anticompetitivas adotadas por particulares, pode, a partir da adoção de políticas tributárias desvinculadas de uma clara noção de seus efeitos, gerar distorções na economia, conferindo vantagem competitiva considerável a certos agentes econômicos. Isso acontece, por exemplo, quando são concedidos incentivos fiscais em favor de certos agentes ou mesmo quando diferentes entes da Federação, na maior parte das

vezes de forma irregular, oferecem incentivos fiscais com o objetivo de atrair investimentos, originando a situação conhecida como “Guerra Fiscal”. De outro lado, também podem os próprios contribuintes estar na origem dos distúrbios à concorrência. Como mencionado, a tributação, ao compor o sistema de preços no mercado e reduzir a renda e patrimônio dos particulares, passa a ser um fator a ser considerado na própria decisão do particular. É natural, em um ambiente de concorrência entre os agentes econômicos, no qual se pressupõe que os concorrentes busquem obter melhores resultados, especialmente com vistas a aumentar suas participações no mercado, que eles tentem reduzir ao máximo a carga fiscal que devem suportar, justamente porque, com essa redução, torna-se possível oferecer seus produtos e serviços a preços menores ou simplesmente aumentar sua lucratividade (Silveira, 2011, p. 290).

Dentre as situações apontadas acima aptas a originarem distúrbios à concorrência, uma em específico é o objeto do presente trabalho: a evasão fiscal. Nela, o contribuinte intencionalmente deixa de recolher os tributos devidos, ou os recolhe a menor, por meio de conduta vedada pela legislação. Qualificam-se como práticas evasivas, por exemplo, a sonegação fiscal e o inadimplemento reiterado e intencional de tributos como estratégia concorrencial da empresa. Essas duas condutas serão o foco do presente trabalho.¹

Apesar de não haver grande oposição quanto ao reconhecimento dos possíveis efeitos sobre a livre concorrência que diferentes práticas tributárias apresentam, constata-se certa resistência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autoridade antitruste brasileira a quem a Lei nº 12.529/2011 atribuiu expressamente a

¹ Vale ressaltar que a delimitação do objeto de pesquisa a condutas anticompetitivas dos particulares não quer dizer, de nenhuma maneira, que a evasão fiscal é a única prática tributária apta a originar distúrbios concorrenciais. Muito pelo contrário. Existem outras situações em que a mesma discussão seria pertinente, como, por exemplo, os efeitos anticoncorrenciais decorrentes das próprias políticas de tributação adotadas por diferentes entes públicos, tais quais incentivos fiscais e a situação conhecida como “Guerra Fiscal”. Contudo, cada uma dessas questões enseja debates específicos, que não poderiam ser trabalhados, ao menos satisfatoriamente, em um trabalho de conclusão de curso. A questão relativa aos incentivos fiscais conferidos pelos diferentes entes da Federação, por exemplo, trata de distorções concorrenciais originadas pelo Poder Público, ensejando, com isso, o debate relativo à possibilidade de entes da Federação virem a ser sancionados com base na Lei nº 12.529/2011, debate este que não é ao menos central para a prática de evasão fiscal.

competência para reprimir as infrações à ordem econômica, em avaliar denúncias de condutas anticompetitivas diretamente relacionadas a práticas tributárias dos agentes investigados, inexistindo, até hoje, conhecimento de condenação de condutas desse tipo.

Neste contexto, o questionamento que o presente trabalho pretende responder é, para além de se os efeitos sobre a concorrência de práticas tributárias adotadas pelos particulares podem constituir infração à ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529/2011, qual seria o papel do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica nessa agenda, ou seja, como ele pode, ou deve, contribuir com esse debate.

Tendo este quadro em vista, o presente artigo é dividido em três partes, além desta Introdução. No capítulo 2, apresentamos como a interface entre a Tributação e Concorrência é tradicionalmente analisada pelo Direito Tributário, bem como pelo Direito Antitruste. Já no capítulo 3, será analisada a jurisprudência do Cade na matéria. Tal exame foi julgado essencial para avaliar se e, caso afirmativo, de que maneira e por quais razões a autoridade antitruste sistematicamente nega sua competência para avaliar distúrbios concorrenciais oriundos da tributação. Por fim, no último capítulo, a partir das considerações feitas nos capítulos anteriores, serão apresentados os fundamentos legais para a atuação do Cade e seu papel nessa agenda.

2. A interface entre tributação e concorrência

Sob a ótica tributária, a interface entre Tributação e Concorrência é tradicionalmente analisada sob o manto dos princípios e limitações constitucionais ao poder de tributar.

Além de determinarem a maneira pela qual se opera o financiamento do Estado, os tributos destacam-se pelo seu caráter indutor enquanto meios de intervenção sobre o domínio econômico, de modo que se submetem não só aos ditames e princípios constitucionais da Ordem Tributária, mas também àqueles da Ordem Econômica (Schoueri, 2007, p. 241). Esse efeito indutor dos tributos admite que, ao compor o sistema de preços no mercado e o patrimônio dos particulares, a tributação afeta inevitavelmente o comportamento dos agentes econômicos, influenciando decisivamente no equilíbrio do mercado. Nesse sentido, o princípio da Livre Concorrência pode servir tanto como objetivo quanto como limite à formulação dessas normas, dando origem ao debate relativo ao Princípio da Neutralidade Tributária,

entendido como uma restrição à atuação estatal de exigir tributos que causem desequilíbrios à concorrência.

O Direito Tributário também reconhece que sua atuação, enquanto mecanismo à disposição do Estado para intervir no domínio econômico, se limita à prevenção desses desequilíbrios. A Emenda Constitucional nº 42, de 2003, ao incluir o artigo 146-A na Carta Constitucional, deixou isso claro, ao dispor que *“lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”*. Ao tratar da prevenção de desequilíbrios, o Constituinte derivado conferiu ao legislador o papel de uma atuação *ex ante*, ou seja, não se trata de corrigir danos, mas tão somente de buscar critério de tributação que tenha a finalidade de impedir que desequilíbrios à concorrência possam ocorrer, como bem pontua Schoueri (2017, p. 391).² Assim, caberia ao Direito Tributário prevenir desequilíbrios na concorrência oriundos da tributação, por meio de normas indutoras, e ao SBDC o controle da atuação dos agentes econômicos e a repressão ao abuso do poder econômico.³

Em que pese esse reconhecimento da limitação da atuação *a priori* da tributação enquanto mecanismo de prevenção dos distúrbios à concorrência, parece existir certa resistência do Cade em analisar denúncias em que a alegação de infração à ordem econômica estava diretamente relacionada a práticas tributárias dos agentes investigados. Tal resistência pode ser verificada no próprio site institucional do Cade, em que a autoridade

² Outros autores também confirmam a limitação preventiva do Direito Tributário. Silveira (2011, p. 102-103), por exemplo, aponta que o artigo 146-A explicitou uma faceta específica do princípio da neutralidade tributária, objetivando que, por meio de critérios especiais de tributação, seja possível que o legislador evite (previna) desequilíbrios concorrenciais. No mesmo sentido, Brazuna (2009, p. 131) afirma que o artigo 146-A trata de autorização constitucional para que o legislador intervenha na ordem econômica por indução, com o objetivo de prevenir desequilíbrios concorrenciais, não se cuidando de hipótese de intervenção do Estado por direção, em defesa da concorrência, o que é feito através dos instrumentos de prevenção e repressão que firmam normas de controle das estruturas e dos comportamentos dos agentes econômicos no mercado, hoje notadamente regulados pela Lei nº 12.529/2011.

³ *“No que atine à repressão de práticas econômicas consideradas abusivas, não há como desempenhar tal tarefa com esteio no artigo 146-A, tanto por conta da escolha da regra da razão, como pelo fato de que o aludido dispositivo constitucional contempla uma função preventiva.”* (SILVEIRA, 2011, p. 106)

afirma que práticas como a sonegação fiscal, apesar de poderem conferir vantagem competitiva ilícita ao agente, consistem em irregularidades jurídicas excepcionais e delimitadas no tempo, de modo que, a partir do momento em que cessadas pela atuação das autoridades competentes, também se reconstituíram as condições normais de concorrência. Assim, a autoridade antitruste afasta sua competência para analisar os distúrbios concorrenciais oriundos da tributação, conferindo-a às esferas originais dos descumprimentos legais.⁴

Não obstante tal afirmação, há registro de manifestações de próprios membros do Cade reconhecendo os impactos à concorrência da evasão fiscal e a necessidade de engajamento do SDBC no debate. Na análise da operação de aquisição da distribuidora de combustíveis Alesat pela Ipiranga⁵, reprovada por unanimidade pelo Cade em agosto de 2017, por exemplo, a Conselheira Cristiane Alkmin destacou os efeitos à concorrência da evasão fiscal no mercado de distribuição de combustíveis, marcado por uma carga tributária

⁴ **“A sonegação fiscal, a inobservância de obrigações trabalhistas ou previdenciárias, [...] podem resultar em uma redução artificial dos custos de uma empresa, ou em uma ‘vantagem competitiva’ ilicitamente obtida, que viabiliza o desenvolvimento desse agente econômico em prejuízo dos concorrentes. Tais situações caracterizam-se por uma irregularidade jurídica delimitada no tempo, de modo que espelham casuísticas excepcionais que destoam da legalidade. Sendo assim, a partir do momento que a normalidade jurídica é restabelecida, reconstituem-se também as condições concorrenciais habituais. A lei de proteção e defesa da concorrência visa a prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica, pautando-se nos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico. É norma de caráter ordinário que visa concretizar valores e princípios consagrados pelo constituinte como pilares sustentadores da ordem econômica. No entanto, não se pode prestar a corrigir distorções isoladas decorrentes de atos constituídos à beira da legalidade que, acaso legítimos, preservariam o ambiente concorrencial, e cuja licitude deva ser apurada em esfera distinta da dos órgãos antitruste.”** (grifos nosso)^{(Cf. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Perguntas sobre infrações à ordem econômica. Acessível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/ Perguntas-frequentes/ Perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. (último acesso em 01/06/2018).}

⁵ *Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49 (Requerentes: Alesat Combustíveis S/A e Ipiranga Produtos de Petróleo S/A), reprovada, por unanimidade, pelo Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 02 de agosto de 2017.*

elevada e não homogênea. Para a Conselheira, a evasão fiscal traria efeitos nefastos ao consumidor, à concorrência, que passaria “*a ser injusta com respeito aos que agem corretamente e recolhem devidamente seus impostos*” e também ao governo, que deixaria de arrecadar os impostos devidos.

Especificamente no que toca à análise dos distúrbios concorrenciais oriundos da evasão fiscal, as poucas manifestações da doutrina existentes ressaltam a competência do órgão para analisar atos sob quaisquer formas manifestados, nos termos do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, inexistindo, nesse sentido, óbice legal ao engajamento do Cade no debate.⁶

3. O Cade tende a negar sua competência para analisar distúrbios concorrenciais oriundos de práticas tributárias

Diante da aparente resistência da autoridade antitruste em analisar denúncias de infração à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias dos agentes investigados, bem como da escassa literatura no tema, a pesquisa por precedentes do Cade na matéria foi julgada essencial para verificar se, na prática, a autoridade já foi provocada a se manifestar sobre esse tipo específico de distúrbio concorrencial e, caso afirmativo, identificar as razões pelas quais a autoridade sistematicamente nega sua competência para analisá-lo.⁷

Especificamente no que toca às denúncias envolvendo a prática de sonegação fiscal, foi possível identificar seis casos em que a alegação de

⁶ *Rodrigo Veiga Freire e Freire, destacando a escassez de trabalhos que trataram da matéria, conclui que “embora não existam parâmetros normativos explícitos sobre a atribuição institucional do CADE para avaliar casos de desequilíbrios concorrenciais tributários, a interpretação que parece mais próximo do objetivo constitucional de evitar o abuso do poder econômico é a defensora da competência do CADE, inclusive dada a lacuna legal de outro órgão que possa exercer tal atribuição no Brasil” (FREIRE, 2017, p. 55).*

⁷ *Como detalhado no Anexo 1, para o levantamento dos casos, recorreu-se tanto à doutrina que de alguma forma analisou a interface entre a tributação e concorrência, ainda que não da mesma perspectiva que o presente trabalho adota, bem como ao Sistema Eletrônico de Informações do Cade (Sei!), plataforma destinada à busca processual de casos que tramitaram junto à autoridade. Com base na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), foi solicitada a digitalização dos processos físicos que ainda estavam pendentes de disponibilização no Sei. O Anexo 1 detalha a metodologia utilizada para o levantamento dos precedentes.*

infração à ordem econômica estava diretamente relacionada à prática evasiva dos agentes investigados, conforme detalhado na Tabela 1 abaixo.

Tabela 1. Precedentes do CADE: Sonegação Fiscal

Processo	Conduta Investigada	Data do Julgamento	Decisão	SBDC é competente para analisar efeitos concorrenciais da sonegação?
Caso SMARJA (Processo Administrativo nº 08012.000208/1999-79)	Limitar ou impedir o acesso ao mercado e dificultar a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de concorrente	19/06/2002	Arquivamento	Sim
Caso CERPASA (Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33)	Preço Predatório	15/09/2004	Arquivamento	Não
Caso Alphargal S/A Averiguação Preliminar 08012.002528/2001-85	Preço Predatório	01/02/2006	Arquivamento	Não
Caso SYL Industrial (Averiguação Preliminar nº 08012/003648/2005-23)	Preço Predatório	11/11/2009	Arquivamento	Não
Caso Funderg Hiper Freios (Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12)	Preço Predatório	16/12/2009	Arquivamento	Não
Caso Têxtil Serrano (Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98)	Preço Predatório	07/04/2010	Arquivamento	Sim

Nesses casos, as denúncias levadas ao Cade não apontavam a sonegação fiscal como infração à ordem econômica, mas tão somente que, a partir dela, os agentes econômicos sonegadores obtinham vantagem competitiva significativa frente a seus concorrentes, viabilizando outros atos, estes sim supostamente consistentes em infrações à ordem econômica, como a exclusão de concorrentes do mercado, a prática de preços abaixo dos do mercado ou preços inferiores aos custos. Neles, o Cade sistematicamente negou sua competência para analisar os efeitos à concorrência decorrentes da evasão fiscal, apesar de ter admitido, em poucas ocasiões, que tais distúrbios poderiam ser por ele analisados, mas somente nos casos em que a conduta foi anteriormente confirmada pelos órgãos competentes.

Também foi possível verificar que tais divergências quanto à competência e razões que levaram a autoridade a negar ou confirmar sua competência não podem ser sistematizadas como uma evolução ou alteração de entendimento ao longo do tempo. Ordenados cronologicamente, os casos revelam que houve alternância desses entendimentos, sem diálogo significativo com casos anteriormente julgados ou manifestações precedentes, o que reforça a conclusão de que não há um consenso ou tese uniforme da autoridade na matéria.

3.1 Casos em que o Cade negou sua competência para analisar distúrbios à concorrência decorrentes da sonegação fiscal

Na maioria dos casos levados ao Cade, a autoridade negou sua competência para avaliar os distúrbios concorrenciais oriundos da sonegação fiscal. As razões apresentadas pela autoridade para negar sua competência nem sempre foram as mesmas. Por vezes, o fundamento apresentado foi o de que competiria à administração tributária, e não ao SDBC, o poder legal de examinar, fiscalizar ou reprimir condutas ilícitas perante a ordem tributária. Foi o caso, por exemplo, da denúncia contra a Cervejaria Paraense S/A

(Cerpasa)⁸ e da denúncia contra empresas atuantes no mercado de tubos com costura de aço de carbono.⁹

Em outros casos analisados, as razões apresentadas pelo Cade para afastar sua competência foram diferentes. Apesar de não ter negado a possibilidade de práticas como a sonegação fiscal apresentarem distúrbios à concorrência, a autoridade consignou o entendimento de que, na medida em que tais efeitos seriam decorrentes de meros descumprimentos de mandamentos legais, eles seriam mitigados a partir do momento em que as autoridades competentes atuassem no sentido de cessar a irregularidade. Assim, quando do retorno aos parâmetros habituais de legalidade, tais distúrbios seriam prontamente corrigidos, e essa discussão deveria se dar no âmbito judicial ou na esfera dos órgãos fiscalizadores administrativos respectivos. Esse entendimento, também como já apontado, parece ser o mesmo que a autoridade veicula em seu site institucional.

⁸ Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33. Representante: Distribuidora Amapaense de Bebidas Ltda. Representada: Cervejaria Paraense S/A (“Cerpasa”). Julgamento: 15/09/2004. Na ocasião, foi consignado o entendimento de que: *“Quanto à denúncia de que a CERPASA estaria sonegando ICMS, não recolhendo o imposto sobre o real preço do produto distribuído, uma vez que o preço do engradado da CERPA 600 ml estava sendo distribuído a preços abaixo do seu custo de produção, tem-se que referida prática denunciada não se enquadra no universo de condutas repudiadas pela Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, a qual vem sendo devidamente investigada pela Secretaria do Estado da Fazenda – SEFA – acerca de crimes contra a ordem tributária, como consta em matéria jornalística juntada aos autos à fl. 14.”* (grifos nossos) (Cf. Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33, p. 50-51).

⁹ Averiguação Preliminar nº 08012.002528/2001-85. Representante: Associação Brasileira da Indústria de Tubos e Acessórios de Metal. Representadas: Açoborja Ind. E Com. Ltda., Alphargal S/A – Galvenização e Tubos; Comafal Comercial Ind. De Ferro e Aço Ltda., Icatu Metais Ltda., Embu Tubos Ind. Com. E Beneficiamento de Produtos Siderúrgicos Ltda., Manchester Ferro e Aço Ltda., Metalpack Fitas e Perfilados Ltda., Grupo Vanzin e Ferrobraz Ind. Ltda. Julgamento: 01/02/2006. Nesse caso, o Cade também afirmou que as acusações feitas pela Representante estavam tipificadas e previstas na Lei nº 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária e, assim, competiria às autoridades públicas fazendárias e não ao SDBC o poder legal de examinar, fiscalizar ou reprimir crimes contra a ordem tributária. Nesse sentido, determinou o encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público e às autoridades fiscais para adoção de medidas cabíveis.

Em caso julgado em 2009, por exemplo, foi levada ao Cade denúncia pela Fras-Le S.A. por meio da qual alegava que a empresa SYL Industrial Ltda., Representada, estaria praticando preços substancialmente inferiores aos de seus concorrentes no mercado nacional de reposição de pastilhas de freio, justamente em virtude da sonegação fiscal de IPI.¹⁰ Nos termos da denúncia, por meio dessa prática, a Representada estaria prejudicando os concorrentes que adimpliam com suas obrigações fiscais, os consumidores finais e principalmente os cofres públicos.

Após a confirmação de que a Receita, em processo que investigava a prática de sonegação fiscal pela investigada, havia confirmado a conduta fraudulenta da empresa, determinando a manutenção das penalidades aplicadas pelo Fisco, o Cade, sob relatoria do Conselheiro César Costa Alves de Mattos, manteve a decisão pelo arquivamento do feito. Especificamente quanto à competência da autoridade para analisar denúncias diretamente relacionadas a práticas tributárias dos agentes econômicos, em que pese ter afirmado que a tutela pela regularidade fiscal das empresas não é questão afeta aos órgãos do SBDC, consignou-se o entendimento de que é sim possível sustentar a geração de distorções na concorrência originadas pelo descumprimento de obrigações legais. Contudo, no caso em tela, concluiu o Conselho que tal desequilíbrio era pontual e deveria ser corrigido, como o foi, pela Secretaria da Receita Federal.¹¹ No mais, entendeu o Conselheiro que não restou caracterizada a prática de preços predatórios, sob a qual a denúncia foi analisada. Isso porque a ausência de posição dominante pela empresa investigada, a existência de um número significativo de *players* no mercado e a ausência de prova de que o preço praticado pela Representada era efetivamente abaixo do seu custo variável médio, retiravam a racionalidade da conduta predatória.

¹⁰ *Trata-se de Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23. Representante: Fras-Le S.A. Representada: Syl Industrial. Julgamento: 11/11/2009.*

¹¹ *Para o Relator, seria possível “sustentar a geração de distorções originadas por descumprimento de obrigações legais. Por meio de uma conduta originalmente ilícita, o agente consegue reduzir artificialmente os custos da firma, possibilitando a conquista ou até mesmo domínio de mercado em prejuízo à livre concorrência. [...] No caso em tela, há uma distorção no equilíbrio competitivo, porém pontual, a ser corrigida (como já foi) por outro órgão de governo, no caso a Secretaria de Receita Federal. Dessa forma, a priori, não há indícios para se constatar a ocorrência da conduta alegada” (Cf. Averiguação Preliminar nº 08012.003648/2005-23, p. 683-685).*

No mesmo ano, quando do julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12¹², o Cade mais uma vez expressou o entendimento de que, apesar de ser possível sustentar a ocorrência de distúrbios à concorrência oriundos de descumprimentos de mandamentos legais, tais desequilíbrios seriam pontuais, de modo que cessariam no momento do retorno aos parâmetros habituais de legalidade. Na espécie, a Representante, Jofund S.A., alegava que diversas empresas atuantes na fabricação de freios, por meio de sonegação fiscal, estariam praticando preços substancialmente inferiores aos custos de produção em condições normais de legalidade, o que caracterizaria a prática de preços predatórios. Após a decisão pela instauração de averiguação preliminar para apurar os fatos denunciados, ocasião em que a SDE destacou que toda e qualquer conduta, ainda que não expressamente prevista no rol do artigo 21 da então vigente Lei nº 8.884/94, poderia ser analisada pelo SBDC, a extinta Secretaria de Direito Econômico, decidindo pelo arquivamento do feito, afirmou que os distúrbios concorrenciais gerados pela sonegação fiscal, apesar de possíveis, cessariam no momento do retorno aos parâmetros habituais de legalidade. Nesses termos, a Secretaria ressaltou que os órgãos de defesa da concorrência não se prestariam a se manifestar quando as distorções à concorrência decorrem de descumprimento de mandamento legal, cuja apuração dependa da atividade de outros órgãos, mais especificamente do Poder Judiciário e de órgãos fiscalizadores respectivos. Especificamente no que toca à sonegação fiscal, a Secretaria afirmou que, da forma como relatada na denúncia, embora hipoteticamente ela possa apresentar efeitos na estrutura competitiva de um determinado mercado, constitui matéria de competência das receitas Federal e estaduais e do Poder Judiciário. Uma vez corrigida eventual distorção por tais órgãos, com a adoção de medidas previstas pela legislação pertinente, eventuais distúrbios à concorrência seriam solucionados.

O Cade, sob relatoria do Conselheiro Fernando de Magalhães Dias, manteve a decisão da SDE pelo arquivamento do feito. O raciocínio exposto no Voto do Relator, contudo, divergiu do da SDE. O Conselho considerou desnecessário o aprofundamento da questão sobre a possibilidade de eventual ilegalidade fiscal gerar efeitos concorrenciais, bem como sobre a competência dos órgãos do SBDC para avalia-los. Isso porque, a seu ver, o conjunto probatório trazido pela Representante era insuficiente para demonstrar que as supostas condutas de fato existiram, “*pressuposto*

¹² *Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12. Representante: Jofund S.A.. Representada: Funderg Hipper Freios Ltda. Julgamento: 16/12/2009.*

necessário para a análise de seus impactos no ambiente concorrencial". Ao contrário, foram juntadas aos autos, pelas empresas investigadas, declarações negativas de débito, declarações de regularidade fiscal, além de outros documentos que refutavam as alegações da Representante.

3.2 Casos em que o Cade não afastou sua competência para analisar distúrbios à concorrência decorrentes da sonegação fiscal

Apesar de o Cade sistematicamente negar sua competência para analisar os distúrbios à concorrência oriundos da sonegação fiscal, houve ocasiões em que a autoridade ressaltou a possibilidade de vir a analisar tais distúrbios. Como apontado anteriormente, não é possível afirmar que houve uma evolução no entendimento do Cade na matéria, o que é evidenciado pelo fato de que os dois casos identificados em que a autoridade não afastou sua competência para analisar distúrbios à concorrência decorrentes da sonegação fiscal foram julgados nos anos de 2002 e 2010, e os demais casos, nos quais essa competência foi negada e que foram explorados no item anterior, foram julgados entre esses dois anos.

Na denúncia apresentada por Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção em face da Sociedade das Mineradoras do Rio Jacuí (Smarja)¹³, por exemplo, o Cade reconheceu sua competência para avaliar os distúrbios concorrenciais decorrentes da sonegação fiscal. Os Representantes alegavam que a Representada, atuante no mercado de extração e comercialização de areia da Grande Porto Alegre, Rio Grande do Sul, estaria impedindo o desenvolvimento de empresas a elas não associadas, por meio de "condutas abusivas e cartelistas". Dentre essas condutas, a denúncia apontava fraudes no preenchimento de notas fiscais, possíveis graças ao regime de autofiscalização a que estava submetida a Smarja, e que possibilitavam que a Representada praticasse preços substancialmente inferiores aos do mercado.

O Cade, sob relatoria do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, manteve a decisão da SDE pelo arquivamento do feito. Especificamente no que toca à denúncia de sonegação fiscal, o Conselho reconheceu que a conduta, além de constituir crime contra a ordem tributária, sem dúvidas

¹³ *Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98. Representante: Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção Ltda. Representada Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí Ltda ("Smarja"). Julgamento: 19/06/2002.*

violava a concorrência por via reflexa.¹⁴ Em sede de embargos de declaração opostos pela Representada em face da decisão do Cade, especificamente contra o trecho do Voto do Relator que, na visão da Smarja, teria reconhecido que a requerida estaria praticando ato criminoso consistente em sonegação fiscal, a Procuradoria Especializada junto ao CADE (PROCADE), negando provimento aos embargos, interpretou o trecho supracitado. Para a PROCADE, ao reconhecer que questões tributárias fugiriam à competência do CADE, o Relator teria salientado que *“apenas as repercussões concorrenciais de eventuais crimes contra a ordem tributária poderiam ser objeto de análise pelo CADE”*.

Outro caso interessante foi o Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98¹⁵, em que foi levada ao CADE denúncia, apresentava pela empresa Nellitex Indústria Têxtil Ltda., em que se narrava a prática de venda casada e de preços predatórios na comercialização de tecido sintético de polipropileno pela empresa Têxtil J. Serrano Ltda., com base em sonegação fiscal.¹⁶

Após uma análise detalhada, a SDE, apesar de ter reconhecido que a sonegação fiscal suscitada pela Representante poderia explicar a

¹⁴ “Tal sonegação, desta forma, estaria sendo usada como instrumento para a viabilização de uma melhor oferta de preço ao consumidor final. **Trata-se conduta que, obviamente, viola o direito à concorrência por via reflexa, posto que alcançar melhores preços mediante burla à legislação tributária constitui, além de crime contra a ordem tributária, verdadeira prática de concorrência desleal. Em razão da denúncia de sonegação fiscal, faz-se necessária a remessa de cópia dos presentes autos ao Ministério Público, a fim de que seja feita a apuração de eventual crime contra a ordem tributária.**” (*grifos nossos*) (*Voto do Conselheiro Relator Celso Fernandes Campilongo, p. 2-3, disponível nos autos do Processo Administrativo nº 08012.000208/1999-79, p. 1.453/1.454.*

¹⁵ Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98. Representante: Nellitex Indústria Têxtil Ltda. Representada: Têxtil J. Serrano Ltda. Julgamento: 07/04/2010.

¹⁶ *Especificamente no tocante à prática de preços predatórios, a denúncia narrava que a empresa investigada, após a entrada da Representante no mercado, baixou seus preços abruptamente, em uma margem de 30% a 50%, passando a praticar preços abaixo aos do mercado e, possivelmente, abaixo dos custos de produção. O processo foi instaurado pela SDE nos termos do artigo 21, caput e incisos IV, V, IX, e XVIII da Lei nº 8.884/94. Uma das práticas investigadas, tal qual apontada pela SDE, consistia justamente em prejudicar a concorrência através de possível sonegação fiscal.*

incongruência entre o volume de matéria-prima de polipropileno efetivamente utilizado e a quantidade declarada pela Representada, entendeu que essa possibilidade envolveria aspectos alheios à sua competência, mas, ainda assim, retificou os dados técnicos apresentados pela Representada. Ou seja, reconheceu que os dados técnicos estavam subestimados, concluindo pela configuração da prática de preços predatórios, por meio da venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo e utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros, com a aptidão de impedir a atuação da concorrente no mercado nacional e criar dificuldades à constituição, ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa concorrente. Inconformada com as considerações tecidas pela SDE no tocante à acusação de sonegação fiscal, a Representada alegou que, além de fugir de sua competência a apuração de eventuais ilícitos tributários, a Receita Federal, após ter sido oficiada pela Secretaria, concluiu que não haviam sido constatadas incorreções no registro de notas fiscais de saída relativas aos anos de 2002 a 2003, afastando, com isso, qualquer dúvida acerca da ocorrência do ilícito tributário.

Com base em tais alegações, o CADE, sob relatoria do Conselheiro Olavo Chinaglia, arquivou o processo, entendendo que a conduta predatória não seria racional. Isso porque o mercado não apresentava barreiras à entrada significativas e as vendas futuras, pós predação, não seriam rentáveis o suficiente para permitir à Representada a recuperação do prejuízo inicialmente incorrido. Especificamente quanto à alegação de sonegação fiscal por parte da Representada, o Conselheiro entendeu que a SDE havia presumido o subfaturamento da Representada, o que posteriormente foi afastado pela diligência fiscal realizada pela Receita Federal. Diante dessa constatação, o CADE entendeu imperioso tomar como corretas as quantidades declaradas pela Representada, de modo que a subprecificação à qual chegara a SDE deixaria muito provavelmente de existir em uma nova análise.¹⁷

Nesse precedente, envolvendo a denúncia contra a empresa Têxtil Serrano, o CADE não se esquivou de analisar eventuais efeitos anticoncorrenciais da sonegação fiscal. Na realidade, por meio de prerrogativa prevista no artigo 36 da então vigente Lei nº 8.884/94, qual seja, a de assistência e colaboração da Receita Federal, entendeu a autoridade que a sonegação fiscal, antes presumida pela SDE, fora devidamente afastada pela autoridade competente a verificar as irregularidades fiscais da Representada.

¹⁷ *Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98, p. 7.949.*

3.3 Breves comentários quanto aos precedentes levantados

Alguns comentários podem ser tecidos a partir da análise dos precedentes supracitados. Em primeiro lugar, foram poucos os casos em que o CADE de fato analisou a relação entre a tributação e a livre concorrência; nestas ocasiões, a tendência do órgão é a de analisar a questão sob a perspectiva de preços predatórios, cuja comprovação é reconhecidamente difícil e complexa. Na maioria dos casos levados ao CADE em que a denúncia de infração à ordem econômica relacionava-se diretamente à sonegação fiscal, os mercados envolvidos não apresentavam barreiras à entrada significativas, de modo que a racionalidade predatória era prontamente afastada pela autoridade antitruste. No mais, não restou claro de que maneira os encargos fiscais seriam incorporados nos valores a serem utilizados como parâmetros para a análise de custos da empresa (preço praticado e custo variável médio).¹⁸

Em segundo lugar, tendo em vista que não raramente a autoridade antitruste se declara incompetente para avaliar quaisquer distúrbios concorrenciais oriundos da sonegação fiscal, vale destacar que não há, no sistema jurídico brasileiro, um outro órgão com atribuição legal para apurar e aplicar sanções contra as condutas anticompetitivas tributárias que não o Cade. Esse quadro em matéria tributária difere-se, por exemplo, do debate envolvendo a sobreposição de atribuições entre o Cade e o Bacen, no que toca à especialidade ou não da legislação do mercado financeiro em detrimento da legislação antitruste, como aponta Freire (2017, p. 49).

4. Conclusão

Não há dúvidas de que a prática de sonegação fiscal é capaz de gerar impactos à concorrência. Partindo do pressuposto de que os tributos aumentam o preço dos produtos e serviços ofertados e reduzem a renda e patrimônio dos contribuintes, a tributação passa a ser um fator a ser

¹⁸ Para Paula Forgioni, o termo “custo” não possui significado unívoco na teoria econômica e, do modo em que utilizado na Lei nº 12.529/2011, poderia se referir tanto ao custo fixo, custo variável, custo total, custo médio ou mesmo marginal. Mesmo o teste de Arreda-Turner, que define o custo médio variável como patamar determinante da licitude do preço praticado, recebe inúmeras críticas dos economistas, principalmente porque a identificação dos custos variáveis pode não ser tarefa simples e a existência de capacidade ociosa por parte do agente predador poderia distorcer os resultados obtidos (Forgioni, 2015, p. 294-295)

considerado na própria decisão do particular. Com a redução da incidência tributária por meio da sonegação fiscal, torna-se possível oferecer produtos e serviços a preços menores ou simplesmente aumentar a lucratividade, conferindo-se real vantagem competitiva ao contribuinte sonegador.

Parece existir consenso de que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a possibilidade de a tributação, por meio da extrafiscalidade, vir a corrigir comportamentos abusivos por parte dos contribuintes. Fosse isso viável, inclusive, haveria risco de conflito entre as normas da Lei nº 12.529/2011, que estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e as eventuais normas tributárias que buscassem reprimir o exercício abusivo do poder econômico. Como bem pontua o Silveira (2011, p. 104-107), ainda, os tributos não podem constituir sanção de atos ilícitos, à luz do artigo 3º do Código Tributário Nacional. Assim, a utilização da tributação para coibir práticas econômicas consideradas abusivas não seria legítima, sob pena de desviar a própria natureza da imposição fiscal. A tributação jamais pode ser aplicada como sanção.

Nesse sentido, não parece ser acertada a afirmação de que, *a priori*, os efeitos à concorrência de práticas tributárias não seriam passíveis de punição pelo SBDC, na medida em que a própria Lei nº 12.529/2011 prevê que podem constituir infração à ordem econômica os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou que possam produzir, ainda que potencialmente, os efeitos listados nos incisos do artigo 36.

Como bem observado por Carvalho (2017), apesar dessa aparente incompetência, o Cade, na prática, já se manifestou sobre o mérito de condutas cuja licitude dependia da análise da legalidade perante outras legislações. Isso ocorreu, por exemplo, em processos envolvendo o abuso do direito de petição das empresas investigadas (conduta internacionalmente conhecida como *sham litigation*), ocasiões em que a autoridade antitruste, ao fim, decidiu sobre o mérito dos direitos de P.I. das empresas investigadas para concluir sobre um possível ilícito concorrencial. Pertinente, portanto, o questionamento: qual o limite aceito pela autoridade para decidir sobre condutas “não imediatamente concorrenciais”? O Cade parece se entender competente para analisar os distúrbios concorrenciais de algumas condutas cuja licitude depende da análise de legalidade perante outras legislações, como no caso da propriedade intelectual, mas resiste quanto a outras, como a sonegação fiscal e o desrespeito às normas ambientais.

No mais, parecem emergir evidências de que há distúrbios à concorrência oriundos da tributação que não são só pontuais, mas

*significativos e sistemáticos, como consta das propostas de regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal. Estas propostas destacam que a evasão fiscal, especialmente em mercados marcados por alta carga tributária, não raramente inviabiliza a competição entre pagadores e sonegadores e que, nesses casos, os meios tradicionais de controle fiscal têm se mostrado insuficientes ao combate de práticas tributárias restritivas da concorrência. Tais projetos, inclusive, indicam setores da economia mais sensíveis a distúrbios concorrenciais oriundos da tributação.¹⁹ No mais, destaca-se mais uma vez a limitação da tributação como meio de *prevenção* dos desequilíbrios oriundos da tributação e a necessidade de engajamento do SBDC no debate.²⁰*

Ainda, diante da emergência de uma “nova vertente” em matéria de sanções políticas, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a imposição de medidas restritivas à livre iniciativa em decorrência de situações extremas de inadimplência tributária²¹, e das próprias críticas a

¹⁹ O PLS nº 161/2013, por exemplo, destaca serem eles os setores em que a tributação constitui fator relevante na composição de preços de produtos ou serviços, de modo que o não recolhimento de tributos possa exercer influência preponderante sobre o respectivo comportamento concorrencial; os setores cujas condições estruturais de mercado dificultem o controle eficiente das diferentes formas de evasão fiscal como causa recorrente de desequilíbrios concorrenciais; e, por fim, os setores em que a vantagem competitiva proporcionada pelo não recolhimento de tributos conduza ou reforce situações de posição dominante na estrutura do mercado.

²⁰ *O PLS nº 161/2013 propôs, em seu artigo 7º, sem prejuízo da adoção de critérios especiais de tributação, que os órgãos integrantes do SBDC atuassem e examinassem os efeitos concorrenciais das práticas tributárias para efeitos de repressão ao abuso de poder econômico.*

²¹ Em que pese a vedação tradicional de sanções políticas em matéria tributária, decisões recentes do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, vêm moldando a abrangência de seu conceito, passando a admitir a livre concorrência, sob uma perspectiva coletiva (e não mais individual), como justificativa suficiente para a adoção de medidas tributárias voltadas a preservar o equilíbrio do mercado. Esse foi o caso, por exemplo, das ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade do cancelamento do registro de funcionamento de empresas tabagistas inadimplentes. Ver ADI nº 3.952 e RE nº 550.769/RJ, por exemplo. (Cf. BARROS, Flávio Pereira da Costa. “Sanções políticas: uma nova vertente na jurisprudência constitucional brasileira?”. In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra (coord.). *Grandes temas do direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 153-169).

ela voltadas²², questiona-se o papel que o SBDC poderia desempenhar nessa agenda. O Cade é a autoridade a quem o ordenamento jurídico brasileiro, especificamente por meio da Lei 12.529/2011, conferiu competência expressa para reprimir condutas anticompetitivas, tendo à disposição medidas efetivas ao combate de distúrbios concorrenciais e menos drásticas que o cancelamento de registros necessários ao funcionamento de empresas. Assim, além dos motivos expostos ao longo do trabalho que legitimam a possibilidade de atuação da autoridade antitruste frente a distúrbios concorrenciais oriundos da tributação, as penalidades legalmente previstas pela Lei de Defesa da Concorrência revelam-se como medidas razoáveis e mais proporcionais do que restrições diretas à livre iniciativa, como as observadas na “nova vertente” de sanções políticas.

Como bem aponta Carvalho (2017), não se trata de “de defender que o Cade deva passar a analisar e julgar todo ilícito que possa vir a ter impacto concorrencial. Isso provavelmente faria com que o órgão desperdiçasse grande parte do seu tempo e de seus poucos recursos com discussões de relevância mínima”. Contudo, concorda-se com o entendimento de que casos mais graves de ilícitos não concorrenciais que gerem efeitos anticompetitivos significativos deveriam ser analisados pelo órgão, sem seu arquivamento *a priori*, como se verificou nas denúncias levadas ao Cade envolvendo práticas tributárias dos agentes investigados.

²² *Parte da doutrina tributária, criticando tais precedentes, afirma que a proteção do mercado contra práticas ilícitas é matéria de que se ocupa o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, atualmente estruturado pela Lei nº 12.529/2011. Para Schoueri (2017, p. 385), é a Lei de Defesa da Concorrência que disciplina as práticas abusivas e os meios para apuração dos ilícitos, assegurando aos contribuintes a ampla defesa e o contraditório e, eventualmente, culminando na punição dos infratores: “o emprego de normas tributárias com o fito de afastar práticas ilícitas não se coaduna com o Ordenamento brasileiro. Em síntese, ou bem se está no campo da licitude quando é possível o emprego do tributo, inclusive em seu aspecto indutor), ou bem é o caso de ilícito (quando já não mais se fala em tributo, mas em punição). Perigosa é a tendência de se adotarem normas tributárias com o efeito de afastar práticas ilícitas”. No mesmo sentido, Barros (2010, p. 153-169), analisando o julgamento pelo STF da ação cautelar no recurso extraordinário envolvendo a empresa American Virginia (AC 1.657-MC/RJ), pontuou que a restrição admitida contra a empresa de cigarros não vinha como penalidade ao infrator, mas como medida de proteção ao mercado, o que deveria, na sua visão, ser analisado pelo Cade, e não pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

Alguns parâmetros indicados ao longo do presente trabalho podem orientar a autoridade antitruste na delimitação da “fronteira” de sua competência. Há diversas manifestações, especialmente no âmbito da regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, que identificam setores potencialmente mais vulneráveis a desequilíbrios da concorrência. Além disso, a regulamentação do artigo 146-A, bem como a crescente definição dos critérios necessários à caracterização do contribuinte como devedor contumaz pelas legislações estaduais²³, podem servir de parâmetro à identificação de situações sensíveis a esses distúrbios.

Não atendidos eventuais parâmetros a serem adotados pela autoridade antitruste ou não verificados, ainda que potencialmente, os efeitos listados no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, revela-se como essencial que, ao lado do Cade, o próprio Poder Judiciário avalie os distúrbios à concorrência oriundos da evasão fiscal. Nessa esfera, poderão ser avaliados os efeitos da sonegação como forma de concorrência desleal, entendida não necessariamente como conduta ilícita na seara de direito de propriedade intelectual (tipificada na Lei nº 9.279/96), mas, de maneira mais ampla, como prática antiética de concorrência que favorece um agente econômico em detrimento daqueles que cumprem zelosamente com suas obrigações fiscais.

Bibliografia

BARROS, Flávio Pereira da Costa. Sanções políticas: uma nova vertente na jurisprudência constitucional brasileira?. In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra (coord.). Grandes temas do direito tributário sancionador. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 153-169.

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. Defesa da Concorrência e Tributação – à luz do artigo 146-A da Constituição. Série Doutrina Tributária Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Limites da análise concorrencial? Jota, 30 Jun. 2017. Disponível em: <https://jota.info/colunas/coluna-do->

²³ *Diferentes estados* da Federação vêm definindo o contribuinte enquadrado como “devedor contumaz”, de modo a autorizar o Fisco a adotar regimes especiais de tributação. Sobre o assunto, conferir: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/estados-fecham-cerco-aos-devedores-contumazes-03052017>. Acesso em 01 de junho de 2018.

[vinicius/limites-da-analise-concorrencial- 30062017](#). Acesso em 01 de junho de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Consulta nº 0038/99. Consulente: Pensamento Nacional das Bases Empresariais. Julgamento: 22/03/2000.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98. Representante: Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção Ltda. Representada Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí Ltda. Julgamento: 19/06/2002.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33. Representante: Distribuidora Amapaense de Bebidas Ltda. Representada: Cervejaria Paraense S/A. Julgamento: 15/09/2004.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 08012.002528/2001-8. Representante: Associação Brasileira da Indústria de Tubos e Acessórios de Metal. Representadas: Açorborja Ind. E Com. Ltda., Alphargal S/A – Galvenização e Tubos; Comafal Comercial Ind. De Ferro e Aço Ltda., Icatu Metais Ltda., Embu Tubos Ind. Com. E Beneficiamento de Produtos Siderúrgicos Ltda., Manchester Ferro e Aço Ltda., Metalpack Fitas e Perfilados Ltda., Grupo Vanzin e Ferrobraz Ind. Ltda. Julgamento: 01/02/2006.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23. Representante: Fras-Le S.A. Representada: Syl Industrial. Julgamento: 11/11/2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12. Representante: Jofund S.A.. Representada: Funderg Hipper Freios Ltda. Julgamento: 16/12/2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98. Representante: Nellitex Indústria Têxtil Ltda. Representada: Têxtil J. Serrano Ltda. Julgamento: 07/04/2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Práticas tributárias e abuso de poder econômico. In: Revista de Direito da Concorrência, nº 9. Brasília, jan./mar. 2006. P. 73-91.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obrigação Tributária e Acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado. In: FERRAZ, Roberto (coord.). Princípios e limites da tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 717-735.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FREIRE, Rodrigo Veiga Freire e. Livre concorrência tributária: limites legais e institucionais do CADE para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas baseadas nos efeitos das normas tributárias. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. Sanções Políticas no Direito Tributário. In: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 30, 1998, p. 46.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2017, 7ª ed.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre Concorrência e Tributação. In: OLIVEIRA, Valdir de (coord.). Grandes questões atuais do direito tributário. São Paulo: Dialética, 2007.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Tributação e Concorrência – Série Doutrina Tributária Volume IV. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ANEXO 1²⁴

Como adiantado na Introdução a este trabalho, a presente pesquisa envolveu o levantamento de casos que tramitaram perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em que a alegação de infração à ordem econômica estava diretamente relacionada a práticas tributárias dos agentes investigados.

Tal levantamento foi feito a partir de duas fontes de informação principais. A primeira delas, descritas no **item A** deste Anexo, envolveu a identificação de precedentes citados pela doutrina em obras que trataram, de alguma maneira, da correlação entre Tributação e Concorrência. Tal método foi julgado essencial para identificar o maior número de casos pertinentes à presente pesquisa, tendo em vista existir um número considerável de

²⁴ O levantamento dos precedentes do Cade, detalhado neste Anexo, foi feito no âmbito da Pesquisa “Concorrência e Tributação” realizada junto ao Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (Cedes).

processos físicos ainda pendentes de digitalização no Sistema Eletrônico de Informações do Cade, site em que é possível fazer pesquisas públicas processuais da autoridade antitruste.²⁵

A segunda fonte de informação, descrita no **item B** deste Anexo, envolveu justamente a busca de precedentes via o Sistema Eletrônico de Informações do Cade.

Como o objetivo do presente trabalho era examinar o tratamento conferido pela autoridade antitruste a *condutas* de particulares diretamente relacionadas à tributação, processos envolvendo outros tipos de controle antitruste que não condutas propriamente ditas foram desconsiderados, como a análise de *estruturas* (atos de concentração).

A. Levantamento de precedentes na doutrina

Para o levantamento de precedentes citados pela doutrina, foram consultadas 3 (três) obras que trataram, de alguma maneira, da correlação entre Tributação e Concorrência. Foram elas: **(i)** *Defesa da Concorrência e Tributação - à luz do artigo 146-A da Constituição*, de José Luis Ribeiro Brazuna (2009); **(ii)** *Tributação e Concorrência*, de Rodrigo Maito da Silveira (2011); e, por fim, a obra **(iii)** *Livre Concorrência Tributária – limites legais e institucionais do CADE para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas baseadas nos efeitos das normas tributárias*, de Rodrigo Veiga Freire e Freire (2017).

Na obra de Brazuna (2009), apenas um caso foi identificado, indicado na Tabela 1 deste Anexo como o precedente 1. Na obra de Silveira (2011), além do precedente 1, foram identificados 7 (sete) outros precedentes, indicados como os precedentes 2 a 8 na Tabela 1. Já na obra de Freire (2017), foram identificados 4 (quatro) outros casos que não haviam sido identificados nas obras anteriores, correspondentes aos precedentes 9 a 12 na Tabela 1:

Tabela 1. Precedentes identificados na doutrina

Número do Precedente	Tipo de Processo	Número do Processo
1	Consulta	0038/99

²⁵ O *Sei!* pode ser acessado aqui: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Último acesso em 14 de junho de 2018.

2	Averiguação Preliminar	08000.013472/1995-51
3	Processo Administrativo	08012.000668/1998-06
4	Processo Administrativo	08012.006746/1997-41
5	Averiguação Preliminar	08012.006665/2001-99
6	Processo Administrativo	08000.004542/1997-13
7	Consulta	08700.002380/2006-35
8	Processo Administrativo	08012.000208/1999-79
9	Averiguação Preliminar	08700.002374/1999-33
10	Averiguação Preliminar	08012.06665/2001-99
11	Averiguação Preliminar	08012.003648/2005-23
12	Averiguação Preliminar	08012.004657/2006-12

Como nem todos os processos acima identificados acima estavam disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações do Cade, as digitalizações respectivas foram solicitadas, com base da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), à Coordenação Geral Processual da autoridade, que procedeu à disponibilização dos processos requeridos.

B. Levantamento de processos no Sistema Eletrônico de Informações do Cade

Além da consulta às obras citadas no item A, também se procedeu ao levantamento de precedentes via pesquisa processual do Sistema Eletrônico de Informações do Cade (Sei)²⁶. As palavras-chaves utilizadas na pesquisa (campo “pesquisa livre”), bem como os casos levantados, são indicadas na Tabela 2:

Tabela 2. Precedentes identificados no Sei

PALAVRAS-CHAVE	RESULTADOS	PROCESSO SELECIONADOS
"evasão fiscal" E "vantagem competitiva" E "prática anticompetitiva"	8 (oito)	Uma análise preliminar dos casos permitiu concluir que nenhum deles tratava de denúncias diretamente relacionados à evasão fiscal
"sonegação fiscal" E "vantagem"	23 (vinte e três)	Além dos precedentes que já haviam sido identificados na Tabela 1, uma análise preliminar dos resultados da pesquisa permitiu concluir que

²⁶ A pesquisa foi feita no dia 14 de junho de 2018.

competitiva" E "prática anticompetitiva"	dois deles tratavam de denúncias diretamente relacionados à evasão fiscal:		
	Número do Precedente	Tipo de Processo	Número do Processo
	13	Processo Administrativo	08012.007104/20 02-98
	14	Procedimento Administrativo	08700.003984/20 10-85

PODER DE PORTFÓLIO EM CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS: PREOCUPAÇÕES E DESDOBRAMENTOS

Anna Binotto

RESUMO: Este artigo pretende trazer um panorama geral da análise empreendida pelo Cade em atos de concentração que levantem preocupações relacionadas à criação de efeitos conglomerados e, principalmente, de poder de portfólio. Para tal, apresenta-se a teoria do dano que mais recorrentemente é empregada para justificar a análise das autoridades concorrenciais sobre estas estruturas empresariais em sede de controle de concentrações, e se indica que, dada esta aparente escolha de política de defesa da concorrência, é mais coerente que preocupações relacionadas a poder de portfólio sejam deixadas ao controle repressivo de condutas.

Palavras-Chave: *Atos de concentração; poder de portfólio, efeitos conglomerados; Cade.*

Keywords: *Merger review, portfolio effects, conglomerate effects, Cade.*

1. Introdução

Na medida em que setores da economia passam ficar subsequentemente mais concentrados ou cada vez mais integrados verticalmente (BOGUS, 2015; ORBACH, REBLING, 2012), cresce a preocupação do direito da concorrência, enquanto instrumento de intervenção do Estado nos mercados, com atos de concentração econômica entre agentes que, embora não atuem nos mesmos mercados relevantes, atuam em mercados relacionados, complementares, ou mesmo em mercados não relacionados (LIM, 2017; BUNDESKARTELLAMT, 2006). Essa preocupação materializa-se, dentre outras formas, na aferição, nos casos práticos, da existência e extensão dos chamados efeitos conglomerados e/ou do poder de portfólio dos agentes econômicos.

O presente artigo pretende tratar, brevemente, das raízes teóricas da preocupação do antitruste com o poder de portfólio e localizar tal preocupação no atual movimento de revisão da análise empreendida pela política antitruste em seu controle de concentrações bem como, mais amplamente, na própria expansão dos objetivos que a política pretende alcançar. Para tal, perpassa-se

os principais casos recentes em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) avaliou a presença de efeitos conglomerados e/ou poder de portfólio.

2. Tamanho Absoluto e Transversal: A Raiz do Problema

A preocupação do controle de estruturas com a criação de efeitos conglomerados ou com fortalecimento do poder de portfólio de determinados agentes econômicos perpassa, necessariamente, a revisão de conceitos clássicos caros ao antitruste clássico (FIRST, 2018). Isso porque, para teóricos ligados à tradicional análise da Escola de Chicago – sabidamente predominante entre os estudiosos e aplicadores do direito concorrencial – as autoridades antitruste jamais deveriam intervir em operações que não geram efeitos horizontais claros, isto é, em operações que não sejam propriamente *concentrações* econômicas (POSNER, 1969; BORK, 1965; BOGUS, 2015; SPIVACK, 1970).

Para a análise tradicional, esta concentração econômica é medida em termos de *tamanho relativo* dos agentes econômicos, ou seja, de seu tamanho, poder de mercado, posição dominante, e possibilidade/probabilidade de abusar dessa posição, aferido dentro das fronteiras de um específico mercado relevante (SHAPIRO, 2017). Para aqueles que entendem nessa medida o primordial instrumento de avaliação de poder dos agentes econômicos sobre os mercados, não faria sentido algum que a autoridade antitruste impusesse qualquer tipo de restrição sobre operações em que o resultado líquido não é uma concentração *sobre um* mercado relevante, mas apenas *de* mercados relevantes (SIDAK, TEECE, 2009; MCGOWAN 2013).

Se, por outro lado, se inclui sob a tutela da política de defesa da concorrência a contenção da concentração agregada dos mercados (genericamente considerados e, portanto, ultrapassando as fronteiras do mercado relevante) e/ou do poder de dominação *dos mercados* que grandes empresas, com elevado *tamanho absoluto* podem exercer sobre a economia, então faz mais sentido que a autoridade de defesa da concorrência debruce-se sobre operações que criam dão origem ou fortalecem estes *players* de altíssimo tamanho absoluto (KHAN, 2016).

As teorias dos efeitos conglomerados e as preocupações com o fortalecimento do poder de portfólio em transações submetidas à análise da autoridade antitruste estão inseridas nesse debate. Nesses casos, como defenderia a literatura tradicional, não há, de fato, concentrações econômicas

puras, e podem ser identificáveis potenciais eficiências relacionadas especificamente à atuação de um mesmo agente econômico em diversos mercados, como economias de escopo, inclusive através da possibilidade de estruturação de *one-stop shops*, da redução de custos de relacionados à qualidade e customização, além da possibilidade de estruturar discriminação de preço eficiente entre clientes (OCDE, 2002). Nesse sentido, portanto, definir quando a intervenção antitruste se dará e, especialmente, se ela incidirá no contexto do controle de estruturas (ou seja, na análise prévia de atos de concentração), é essencial.

O que se vê, no entanto, é que os objetivos das autoridades antitruste ao limitar ou não a criação de efeitos conglomerados e, conseqüentemente, de poder de portfólio nos mercados, se manifestam na escolha, durante a análise de prévia de transações econômicas, de uma ou outra teoria do dano. Ou seja, a aplicação de uma moldura geral de correlação entre dada estrutura de mercado (o conglomerado com poder de portfólio) e dados efeitos concorrenciais negativos, será responsável por indicar qual preocupação concorrential a autoridade estará inclinada a mitigar.

Há pelo menos quatro teorias do dano aplicáveis a casos envolvendo efeitos conglomerados ou a criação de vastos portfólios. A primeira delas conhecida como *entrenchment doctrine*, está relacionada à possibilidade de empresas atuantes em diversos mercados, adquirirem elevado poder econômico e financeiro, o que seria, por si só maléfico à concorrência.¹ A segunda, conhecida como *substantial lessening of competition*, presume que a criação de conglomerados ou relevantes portfólios prejudica a concorrência atual e, principalmente, a concorrência potencial, sobretudo porque as partes da transação poderiam, na medida em que atuassem em mercados próximos, relacionados ou complementares, exercer pressão competitiva (mesmo que

¹ Segundo essa teoria, a principal preocupação concorrential da criação de conglomerados, conseqüentemente, dotados de poder de portfólio, é o poder econômico dos players resultantes das transações, os quais podem criar subsídios internos para reduzir seus preços em determinados mercados, criando ou fortalecendo posições dominantes (LIM, 2017), e gerando a redução geral da capacidade de seus concorrentes competirem (EUROPEAN COMMISSION). A aplicação dessa teoria é recorrente pela autoridade alemã, a qual avalia se operações conglomeradas podem (i) do fortalecer seu poder financeiro, (ii) de aumentar seu acesso a outros mercados, ou então (iii) impedir a atuação de concorrentes potenciais (BUNDESKARTELLAMT, 2006).

potencialmente) uma sobre a outra.² Outra teoria do dano, ainda, relaciona-se ao aumento global da concentração agregada,³ tratando-o como um problema concorrencial em si (OECD, 2007; EUROPEAN COMMISSION, 2007; BUNDESKARTELLAMT, 2006; POSNER, 1969; LIM 2017)

Mas nenhuma dessas teorias encontrou amplo espaço para aplicação prática quanto a chamada teoria dos *reciprocity dealings*. Adotada expressamente pela OECD em seu documento *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, pela Comissão Europeia em suas Diretrizes para Operações com Efeitos Não-Horizontais e – como se verá – pelas autoridades concorrenciais brasileiras e da União Europeia como principal teoria do dano para avaliação de casos práticos, esta teoria permite a avaliação de transações com efeitos conglomerados ou com preocupações relacionadas a poder de portfólio de maneira consistente.

Essa teoria é, talvez, a mais clara em conectar as estruturas de mercado que geram poder de portfólio a condutas comerciais que podem gerar efeitos competitivos mais explícitos. Diferentemente das demais, portanto, a teoria da atuação transversal não pretende imbuir o direito antitruste da tarefa, certamente não consensual,⁴ de tutelar, genericamente, a criação de grandes

² A preocupação com a diminuição da concorrência potencial está relacionada à identificação de que, sob a perspectiva dos demais concorrentes de um mercado, a parte que no momento da operação não se sobrepunha a suas atividades, era, no entanto, percebida como uma entrante potencial. A preocupação com a concorrência potencial, i.e., a constatação de que a operação analisada elimina concorrência ou impede a entrada de um agente (em geral, uma das partes) em um mercado em que potencialmente poderia competir, está relacionada à manutenção da constante ameaça de um novo entrante, o que levaria as empresas a concorrer mais vigorosamente. A análise da relevância de um entrante potencial vai depender, obviamente, da constatação da configuração atual do mercado em questão: número de players, existência de barreiras à entrada e histórico de entrada. Mas a existência de concorrência potencial entre as partes pode, para alguns, descaracterizar o caráter complementar (e, conseqüentemente, de conglomerado) da operação em questão. Já, a preocupação com a concorrência atual, relaciona-se com a identificação de que os mesmos resultados da operação poderiam ser atingidos de forma menos prejudicial à concorrência, por exemplo, por meio da aquisição de um concorrente menor ou menos poderoso).

⁴ Nesse sentido, o posicionamento de HOVENKAMP, H. *Antitrust Policy and Inequality of Wealth*, University of Pennsylvania Law School, Faculty

conglomerados com elevado poder econômico. Pelo contrário, ela apenas explicita que a elevação do poder de portfólio de quaisquer agentes econômicos, seja pela criação, ou, seja pela expansão de um conglomerado, poderá criar incentivos para a prática de duas condutas anticompetitivas principalmente: *tying*, ou venda casada, e *bundling*, ou “empacotamento”.

Segundo essa teoria do dano, a criação de portfólios diversos pode incentivar os agentes econômicos a alavancar sua participação em um mercado (especialmente se houver posição dominante), para ganhar mercados nos quais não atuava, ou atuava mais limitadamente. As formas de fazer isso envolveriam a vinculação das compras de um bem (pertencente a um mercado), a outro bem (integrante de outro mercado). Se a vinculação é pura e coercitiva, caracteriza-se a venda casada ou *tying* (SALOMÃO FILHO, 2013), já se os produtos não são efetivamente vinculados, mas há um “empacotamento” que incentive razoavelmente a sua aquisição em conjunto, se estaria diante da prática de *bundling*, o qual poderá ser puro (quando os produtos só podem ser comercializados em conjunto em proporções fixas), ou misto (quanto há oferta dos produtos separadamente, mas o preço cobrado pela solução integrada é substancialmente inferior).

A OCDE também destaca a possibilidade de que, em uma operação efeitos conglomerados, uma empresa com posição dominante em um ou mais mercados utilizarem a complementaridade entre os produtos ou serviços ofertados por sua contraparte, não para alavancar sua participação no mercado não antes explorado, mas para fortalecer sua posição de dominância no mercado em sobre o qual já detém poder. A preocupação é que com o *bundle* ou *tying* de produtos ou serviços complementares a um produto ou serviço em que se tem dominância impede ou prejudica a entrada de concorrentes capazes de exercer rivalidade nos mercados adjacentes. Ou seja: a preocupação principal está relacionada com um potencial fechamento do mercado – o exemplo clássico é o do caso da Microsoft que, ao unir a venda de seu sistema operacional Windows, em que detinha posição dominante, ao navegador de

Scholarship. 1769, 2017, p. 6; TAPLIN, J., Is It Time to Break Up Google?, NYT (Apr. 22, 2017), disponível em <https://www.nytimes.com/2017/04/22/opinion/sunday/is-it-time-to-break-up-google.html>); FIRST, H. *Woodstock Antitrust*, Antitrust Chronicle, Competition Policy International, 2018, p. 58; KATZ, M.; SHELANSKY, H. Shumpeterian Competition And Antitrust Policy In High Tech Markets Competition, Vol. 14, p. 47, 2005 KHAN, L. Amazon’s Antitrust Paradox, Yale Law Journal, 2016.

Internet Explorer, resultava em um desincentivo à competitividade nesse segundo mercado (OECD, 2002).

Essa preocupação é especialmente relevante quando os produtos vinculados são complementares, o que se identifica através de aspectos técnicos (e.g., produtos que, por suas características técnicas, podem ser consumidos em conjunto), comerciais (e.g., produtos que podem ser distribuídos pelos mesmo canais de distribuição), e ligadas à elasticidade da demanda entre de um e outro (e.g., a demanda por um produto pode ser afetada substancialmente pelo aumento da demanda de outro) (OECD, 2002). Nesses casos, cria-se a potencialidade de fechamento do mercado alavancado (ou seja, daquele em que o agente econômico possivelmente não atuava), tendo em vista a possível imposição de custos proibitivos para que quaisquer outros agentes replicassem a estratégia comercial de alavancagem.

Para a Comissão Europeia, três avaliações deverão ser feitas para identificar atuação transversal negativa para a concorrência resultante de efeitos conglomerados. A primeira, sobre a possibilidade de os agentes econômicos engajarem-se nessas condutas. A segunda, sobre a probabilidade de os agentes econômicos efetivamente engajarem-se em tais práticas, o que significa, de maneira geral, avaliar se tais atuações transversais seriam lucrativas ou não. A terceira, sobre a potencialidade de tais condutas efetivamente gerarem prejuízos à concorrência. Nesse caso, não seria suficiente que as atividades dos demais concorrentes fosse prejudicada (i.e., que houvesse redução da oferta dos produtos ou serviços pelos concorrentes), mas, sim, que tal prejuízo impedisse a entrada de concorrentes potenciais e que houvesse redução substancial da oferta de produtos e serviços (gerando, portanto, fechamento de mercado) (EUROPEAN COMMISSION, 2007).

A grande questão que se levanta é que, em sendo a principal preocupação concorrencial decorrente dessas operações é se vale a pena, sob o ponto de vista de política pública de defesa da concorrência, despendere esforços para identificar os incentivos para tais condutas em sede de controle de estruturas, ou fazê-lo apenas em controle de condutas. Nesse sentido, segundo a OCDE, nunca se pode estar certo de que tais condutas (decorrentes da atuação transversal) possam efetivamente ser praticadas e, portanto, esperar que elas ocorram permite que sejam analisadas segundo condições atuais e

efetivas de mercado pode facilitar a avaliação de se seus efeitos são pró ou anticompetitivas (OECD, 2002).⁵

Outra questão que surge está relacionada às eventuais restrições que podem ser aplicadas a casos de atos de concentração em que o poder de portfólio é uma preocupação suficientemente grande. Conforme se esclarece na próxima sessão, não foram comuns os casos recentes em que a autoridade brasileira identificou problemas específicos com o portfólio das partes no cenário pós-operação. Por outro lado, quando endereçou tais problemas com remédios específicos o fez sempre com restrições comportamentais (ou seja, não houve casos em que a autoridade condicionou a aprovação da operação à alienação de uma ou outra linha de produtos).

Esta percepção está em linha com posicionamento recente da Comissão Europeia no sentido de que preocupações relacionadas à criação de efeitos conglomerados e à criação ou ao fortalecimento de poder de portfólio deveriam ser superadas com remédios comportamentais.⁶ Isso porque, se a

⁵ Nesse mesmo sentido, destaca-se o posicionamento do Conselheiro Paulo Burnier, no caso Bayer/Monsanto, em que destacou que a experiências das autoridades americana e europeia salientava a complexidade de sustentar que efeitos conglomerados poderiam, realmente, trazer efeitos negativos para a dinâmica concorrencial dos mercados, e que o poder de portfólio deles decorrentes não necessariamente levaria a efeitos concorrenciais negativos, dadas as importantes economias de escala e escopo possibilitadas por efeitos conglomerados, que poderiam ser repassadas aos consumidores na forma de melhores preços e condições para aquisição de produtos (Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61).

⁶ A decisão foi emitida na análise do caso Intel/McAfee e afirmou que “(...) remedies other than divestiture appear best suited to address the concerns raised. Indeed, this is a case where one of the main concerns is that control of key technology and possibly related IP rights may lead to foreclosure of competitors the products of which need to interoperate with this technology on an equal footing. (...) In these circumstances, commitments to grant competitors access to the necessary information may eliminate the competition concern. In those cases, commitments should foresee non-exclusive licenses or the disclosure of information on a non-exclusive basis to all third parties which depend on the IP rights of information for their activities”, Case M.5884 – Intel/MacAfee (2011), p. 54 No caso, a principal preocupação da autoridade – que aplicou a teoria do dano da atuação transversal – era o acesso de concorrentes às diversas plataformas das requerentes, as quais eram complementares entre si e, portanto, poderiam ser empregadas para alavancar suas respectivas posições dominantes. O caso não

preocupação principal relacionada ao poder de portfólio é o fechamento de mercado a concorrentes atuais ou potenciais (a partir da atuação conjunta e/ou coordenada em outros mercados), então a intervenção mais efetiva das autoridades seria a garantia de efetivo acesso a estes mercados, o que se daria com a imposição de obrigações às partes da transação.

Estas duas questões parecem estar relacionadas justamente à eleição da atuação transversal como teoria do dano para a avaliação de efeitos conglomerados e, portanto, de poder de portfólio em atos de concentração. Uma vez que se identifiquem as duas condutas que se pretendem evitar (no caso, a venda casada e o empacotamento de produtos), faz sentido que as autoridades procurem fazê-lo preferencialmente em sede de controle de condutas e, quando em sede de controle de estruturas, evitando intervenções mais contundentes, especialmente as de caráter estrutural.

3. Poder de Portfólio na Prática: A Atuação Recente do Cade

Alguns casos recentes mostram como o problema dos efeitos conglomerados tem sido enfrentado na prática, bem como os instrumentos que vem sendo aplicados para tentar mitigá-los, quando necessário.

Talvez o mais relevante caso envolvendo preocupações de portfólio tenha sido a operação intentada entre Condor e Tigre.⁷ Naquele caso, a Superintendência-Geral do Cade identificou dois principais efeitos concorrenciais decorrentes da aquisição de um portfólio relevante nos mercados de tigres e pincéis. O primeiro era positivo e consistia na relativa diminuição dos custos de transação dos clientes, que poderiam adquirir todos os seus produtos de um só fornecedor (como um “*one-stop shop*”). O segundo, negativo, dizia respeito à possibilidade de o poder de portfólio das requerentes gradativamente aumentarem a dificuldade de rivalização pelos concorrentes, principalmente porque o efeito descrito acima geraria gradual fechamento de mercado para os demais players do mercado, o que, em médio e longo prazo poderia criar efeitos negativos para os consumidores.

No caso Halliburton/Baker Hughes,⁸ em que também houve preocupações com o fortalecimento do portfólio das requerentes, a

tratou especificamente de poder de portfólio, mas focou sua análise nos efeitos conglomerados, mas serve como ilustração da orientação da autoridade europeia.

⁷ Ato de Concentração nº 08700.009988/2014-09.

⁸ Ato de Concentração nº 08700.007191/2015-40.

Superintendência-Geral destacou, para além dos dois efeitos indicados no caso Tigre/Condor, que o portfólio extenso possibilitaria a um agente econômico o engajamento em estratégias comerciais agressivas direcionadas ao fechamento de mercado aos concorrentes, como “a formatação da política de preços em diferentes mercados, baixando, por exemplo, o preço em mercados onde os concorrentes estejam ganhando participação, enquanto compensam essa perda de receitas com o aumento de preços em mercados onde seu domínio seja mais estabilizado ou diluindo esse aumento em diversos mercados”.

Mais recentemente, destaca-se o caso Bayer/Monsanto⁹, avaliado pelo Cade em 2017 e aprovado, pelo Tribunal Administrativo. No caso, as preocupações com efeitos conglomerados estiveram claramente relacionadas ao elevado poder de portfólio das partes do cenário pós-operação. De maneira, geral as preocupações suscitadas referiam-se à presença de Bayer e Monsanto, respectivamente com defensivos agrícolas e sementes transgênicas, nas cadeias de cultivo de diversas culturas “em praticamente todas as etapas de uma mesma cadeia de valor, como o desenvolvimento da biotecnologia, produção e comercialização de sementes, tratamento de sementes, defensivos, biológicos e agricultura digital”.

Segundo a Superintendência-Geral, as preocupações tinham duas faces (i) uma de curto prazo, relativa ao fortalecimento do poder de portfólio das Requerentes e de vantagens em termos de canais de distribuição; e (ii) outra, de médio prazo, relacionada à possibilidade de incremento da capacidade de atuação com soluções integradas de produtos complementares, o que aumentaria as barreiras à entrada nos mercados afetados (já concorrentes passariam a ter que atuar em mais de um mercado, como defensores e biotecnologia), e também favorecida a alavancagem do poder de mercado para mercados de produtos complementares em que ainda não detinham dominância.¹⁰

Outro caso em que Superintendência-Geral e Tribunal estacaram diretamente a criação de poder de portfólio no cenário pós-operação, foi

⁹ Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61.

¹⁰ A análise do mesmo caso pela Comissão Europeia concluiu pela ausência de incentivos para comercialização de soluções integradas, tendo os remédios impostos por aquela autoridade sido voltados apenas para o enfrentamento das sobreposições horizontais localizadas, ver Case M.8084 – Bayer/Monsanto (2017).

TGM/WEG¹¹, envolvendo os mercados de geradores e turbinas para cogeração de energia. Naquele caso, a preocupação estava relacionada à possibilidade de concessão de subsídios cruzados na venda dos equipamentos integrantes do sistema de cogeração de energia (turbinas a vapor, redutores a turbo, e geradores para turbina a vapor), da discriminação abusiva de preços, através da comercialização integrada dos produtos das duas empresas, inclusive por meio de venda casada. Os agentes de mercado oficiados durante a instrução do caso foram uníssomos ao afirmar a inexistência de outros concorrentes com portfólio semelhante ou ao menos apto a competir com as duas empresas combinadas após a operação. Segundo a Superintendência-Geral,

“Detendo tamanho portfólio, a WEG será capaz de discriminar seus clientes de modo a ofertar geradores aos concorrentes do mercado de turbinas e redutores sob condições menos competitivas, limitando a capacidade dos mesmos de ofertar o turbogerador integrado e rivalizar com a WEG. Tal discriminação poderia ocorrer sem que pudesse ser comprovada uma conduta anticompetitiva. Isso porque uma eventual diferença de preços poderia ser justificada por outros fatores que não uma tentativa de fechamento de mercado, como, por exemplo, a recompensa a clientes que são supostamente considerados melhores pagadores ou que contratam conjuntamente serviços de assistência técnica”.

Ainda, outro caso que pode ser citado, é Exilor/Luxotica¹², envolvendo os mercados de produtos ópticos. Ali, a Superintendência-Geral do Cade entendeu não haver incentivos reais de condicionamento ou favorecimento na comercialização integrada de produtos no fornecimento de produtos oftálmicos para laboratórios, e tampouco para oferta de vouchers (com efeitos de descontos de rebate) na venda de máquinas de montagem para o varejo, ou com máquinas oftalmológicas e substratos.

Também foram afastadas as preocupações relacionadas ao potencial abuso do poder de portfólio das requerentes nos mercados de varejo óculos e lentes e armações uma vez que o mercado seria marcado pela necessidade de

¹¹ Ato de Concentração nº. 08700.008483/2016-81.

¹² Ato de Concentração nº. 08700.004446/2017-84. A mesma decisão foi tomada pela Comissão Europeia, na análise do caso, ver Case M.8394 – *Exilor/Luxotica* (2017).

diversificação de fornecedores pelas óticas, as quais seriam, mais que as marcas, referência para os consumidores. No Voto do Conselheiro Relator do caso perante o Tribunal, Paulo Burnier, destacou-se que “na instrução empreendida nos autos demonstra que, muito pelo contrário, a possibilidade de venda conjunta de produtos pode até mesmo aumentar o nível de concorrência no mercado varejista, possibilitando ofertas de produtos mais baratos ou de melhor qualidade, beneficiando ao consumidor final – sem resultar em fechamento de mercado”. Tanto a Superintendência-Geral, quanto o Tribunal, afastaram as preocupações concorrenciais resultantes da operação, sobretudo em relação aos efeitos conglomerados, aprovando-a sem quaisquer restrições.

Por fim, no caso entre UTC e Rockwell Collins¹³, o mais recente caso avaliado pela Superintendência-Geral envolvendo debates sobre poder e portfólio, a aquisição da Rockwell Collins pela UTC, as quais atuavam, respectivamente, nos mercados de fabricação e fornecimento de produtos de aviação e soluções integradas para aplicações comerciais e militares, e serviços e produtos para sistemas de edifícios e para a indústria aeroespacial, com produtos e serviços altamente complementares. Naquela ocasião, as preocupações foram afastadas sobretudo diante da constatação de que haveria baixos incentivos para o oferecimento de soluções integradas compreendendo

¹³ Ato de Concentração nº. 08700.001324/2018-17. No mais recente caso avaliado pela Superintendência-Geral envolvendo debates sobre efeitos conglomerados, a aquisição da Rockwell Collins pela UTC, as quais atuavam, respectivamente, nos mercados de fabricação e fornecimento de produtos de aviação e soluções integradas para aplicações comerciais e militares, e serviços e produtos para sistemas de edifícios e para a indústria aeroespacial, com produtos e serviços altamente complementares. As preocupações foram afastadas sobretudo diante da constatação de que haveria baixos incentivos para o oferecimento de soluções integradas compreendendo produtos e serviços de cada uma das empresas. A operação foi aprovada sem restrições. Segundo o Parecer da Superintendência-Geral, “*tendo em vista o tempo de planejamento e construção de uma aeronave, e considerando a forma como a aquisição dos componentes é realizada (por etapas), não seria racional para um fornecedor diminuir o preço de um produto para aumentar a sua participação em outro mercado (leverage), ou fechar o mercado para os seus concorrentes e depois compensar em outro produto em que ela tem alta participação. Isso porque não seria possível saber, de antemão, e com elevado grau de certeza que justificasse o risco de diminuir os seus lucros, se a empresa conseguiria compensar a sua perda na venda de outro produto, já que a escolha do fornecedor desse outro produto dependeria do fabricante da aeronave no futuro*”.

produtos e serviços de cada uma das empresas. A operação foi aprovada sem restrições. Segundo o Parecer da Superintendência-Geral,

“tendo em vista o tempo de planejamento e construção de uma aeronave, e considerando a forma como a aquisição dos componentes é realizada (por etapas), não seria racional para um fornecedor diminuir o preço de um produto para aumentar a sua participação em outro mercado (leverage), ou fechar o mercado para os seus concorrentes e depois compensar em outro produto em que ela tem alta participação. Isso porque não seria possível saber, de antemão, e com elevado grau de certeza que justificasse o risco de diminuir os seus lucros, se a empresa conseguiria compensar a sua perda na venda de outro produto, já que a escolha do fornecedor desse outro produto dependeria do fabricante da aeronave no futuro”.

Como se percebe, a análise recente do Cade envolvendo efeitos conglomerados e a criação ou fortalecimento de poder de portfólio em atos de concentração é cautelosa. Empregando a teoria do dano da atuação transversal, Superintendência-Geral e Tribunal procuraram afastar, na maior parte dos casos, os incentivos para adoção das condutas tipicamente estimuladas pela detenção de grande portfólio, afastando as preocupações concorrenciais relacionadas, especificamente, a esse ponto.¹⁴

4. Conclusões

Da análise dos casos recentes do Cade, e da breve introdução teórica que pretendeu delinear as principais preocupações concorrenciais relacionadas à avaliação de efeitos conglomerados e, especificamente, de poder de portfólio em atos de concentração, pode-se concluir que a autoridade é cautelosa em identificar, nessas estruturas de mercado, preocupações concorrenciais relevantes. Em linha com as diretrizes e guias internacionais, o Cade aplica a teoria do dano que liga os elevados portfólios dos conglomerados a incentivos a uma atuação transversal, de um mesmo agente econômico, em diversos mercados próximos ou relacionados. As duas condutas que esta teoria identifica como potencialmente incentivadas por estruturas conglomeradas são as de vinculação da compra de um produto ou

¹⁴ Vale lembrar que tais operações levantaram outras preocupações concorrenciais, relacionadas a sobreposições horizontais e verticais, que levaram à imposição de outros remédios.

serviço a outro, ou seja, da utilização da participação do agente em um dado mercado para alavancar sua participação em outro mercado.

Esta teoria não endereça todas as preocupações teóricas com conglomerados ou agentes econômicos com poder transversal sobre diversos e distintos mercados. Teorias que veem nessas estruturas empresariais uma ameaça ao ambiente concorrencial por conta de seu elevado poder econômico ou tamanho absoluto não são contempladas na análise tradicionalmente emplacada pelo Cade.

Talvez estas outras teorias sustentassem uma atuação da autoridade que fosse mais interventiva da autoridade antitruste em sede do controle de concentrações, por exemplo, com a imposição de remédios de caráter estrutural. Isso porque, fosse a preocupação da autoridade enfrentar o poder econômico ou tamanho absoluto dos agentes econômicos, tais intervenções seriam mais coerentes. Mas, considerando a teoria do dano adotada pela autoridade (e incluída nos guias e orientações internacionais), de fato, parece razoável que se privilegie o enfrentamento das condutas típicas de atuação transversal ao controle repressor de condutas, ou que, as enderece por meio de remédios concorrenciais voltados a evitar o fechamento de mercado.

5. Referências Bibliográficas

BOGUS, C. The New Road to Serfdom: The Curse of Bigness and the Failure of Antitrust, *University of Michigan Journal of Law Reform*, n. 49, 2015.

BORK, R. *Goals of Antitrust: A Dialogue on Crisis*, 1965.

BUNDESKARTELLAMT, *Conglomerate Mergers in Merger Control: Review and Prospects*, Discussion Paper for the meeting of the Working Group on Competition Law on 21 September 2006.

CADE, Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61.

CADE, Ato de Concentração nº. 08700.001324/2018-17.

CADE, Ato de Concentração nº. 08700.004446/2017-84.

CADE, Ato de Concentração nº. 08700.008483/2016-81

EUROPEAN COMMISSION, *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*.

- EUROPEAN COMMISSION, Case M.5884 – Intel/MacAfee (2011).
- EUROPEAN COMMISSION, Case M.8084 – Bayer/Monsanto (2017).
- EUROPEAN COMMISSION, Case M.8394 – Exilor/Luxotica (2017).
- FIRST, H. Woodstock Antitrust, *Antitrust Chronicle*, Competition Policy International, 2018, p. 58.
- GINSBURG, D. H., WRIGHT, J. D., *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, *Antitrust Law Journal*, V. 78, N. 1, 2012.
- GUERRERA, F. Decline sets in at the conglomerate, *Financial Times*, 2007, disponível em <https://www.ft.com/content/58d234f0-b48c-11db-b707-0000779e2340>
- HOVENKAMP, H. *Antitrust Policy and Inequality of Wealth*, University of Pennsylvania Law School, Faculty Scholarship. 1769, 2017
- KAHN, L. Amazon’s Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal* v. 126, n. 3, January 2017.
- KATZ, M.; SHELANSKY, H. Shumpeterian Competition And Antitrust Policy In High Tech Markets *Competition*, Vol. 14, p. 47, 2005
- KHAN, L. Amazon’s Antitrust Paradox, *Yale Law Journal*, 2016.
- KHAN, L. The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 3, 1 March 2018, Pages 131–132.
- KOLASKY, William J. *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels*. Address before the George Mason University Symposium, 2001.
- LEON, I., *Latin American Competition Policy: From Nirvana Antitrust Policy to Reality-Based Institutional Competition Building*, *Chicago-Kent Law Review*, V.39, 2007.
- LIM, Y. Tech wars: return of the conglomerate: Throwback or dawn of a new series for competition in the digital era?, 2017.
- MARKOVITS, R.S., *Economics and the Interpretation and Application of U.S. and E.U. Antitrust Law*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014.
- MCGOWAN, D. *Innovation, Uncertainty, and Stability in Antitrust Law*, 2013, pp. 741-756.
- OECD, *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, 24-jan-2002, p. 7.
- ORBACH, B., Rebling, G. C. The Antitrust Curse of Business, *Southern California Law Review*, v. 85, p. 605, 2012

POSNER, R. Conglomerate Mergers and The Antitrust Policy: An Introduction, *St. John's Law Review*, V. 44, 1969.

SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial*, São Paulo: Malheiros, 2013.

SHAPIRO, C. *Antitrust in a Time of Populism*, 2017.

SIDAK, G.; TEECE, D. Dynamic Competition in Antitrust Law. *Journal of Competition Law & Economics*, 5(4), p. 593.

SPIVACK, G. B. Conglomerate Mergers and the Antitrust Laws, Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 4111., 1970, disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4111

REMÉDIOS ANTITRUSTE, MEDIDAS DE PRESERVAÇÃO E DE SEPARAÇÃO E MONITORAMENTO: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DOS JULGADOS DO CADE NA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011

Maria Carolina de Sá França

Resumo. O presente trabalho realizou pesquisa empírica dos remédios antitruste aplicados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a partir da vigência da Lei 12.529/2011. Foram analisados 29 atos de concentração submetidos ao controle prévio do Cade, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017, aprovados com restrições. Em síntese, foram examinados os remédios antitruste, as medidas de preservação e separação do negócio desinvestido e o monitoramento de remédios antitruste adotados. Por fim, os resultados obtidos foram avaliados à luz dos incentivos gerados pelo sistema de análise prévia, bem como do amadurecimento do Cade como autoridade de defesa da concorrência.

Palavras-chave: Atos de Concentração; Remédios Antitruste; Medidas de Preservação e Separação; Monitoramento de Remédios Antitruste; Lei 12.529/2011.

1. Introdução

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) sofreu mudanças significativas a partir do amadurecimento institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e da adoção da Lei 12.529/2011.

Entre as alterações decorrentes da nova Lei, destaca-se a instituição do sistema de análise prévia de concentrações¹, que determina a notificação do ato de concentração (AC) ao Cade antes da efetivação da operação, a fim de que este decida acerca de sua aprovação, reprovação ou aprovação com restrições².

¹ Nos termos do artigo 88º, § 2º, da Lei 12.529/2011, o controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

² Durante a vigência da revogada Lei 8.884/1994, a análise prévia de concentrações não era obrigatória, tratava-se de um sistema misto, podendo as partes

Os remédios antitruste, aplicados pelo Cade aos atos de concentração aprovados com restrições, também passaram por modificações nos últimos anos, em decorrência da evolução da prática da autoridade antitruste brasileira e dos incentivos gerados pelo novo sistema de análise prévia de concentrações.

Nessa perspectiva, este trabalho realiza pesquisa empírica dos remédios antitruste aplicados pelo Cade a partir da vigência da Lei 12.529/2011. A autora identificou os atos de concentração submetidos ao controle prévio do órgão no período de janeiro/2013 a dezembro/2017. Destes, foram analisados 29 atos de concentração aprovados com restrições, com a consequente imposição de remédios antitruste. Em síntese, foram examinados os remédios antitruste aplicados, as medidas de preservação e separação do negócio desinvestido determinadas, e o monitoramento adotado.

O artigo adota a seguinte estrutura: a Seção 2 apresenta a pesquisa empírica da prática do Cade no que se refere ao desenho e ao monitoramento de remédios, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017; a Seção 3 demonstra os resultados obtidos à luz dos incentivos gerados pelo sistema de análise prévia, bem como do amadurecimento do Conselho como autoridade de defesa da concorrência; e a Seção 4 tece considerações finais.

2. Pesquisa empírica da prática do cade de janeiro/2013 a dezembro/2017

O presente artigo analisou os dados públicos obtidos por meio de pesquisa documental – atas de sessões de julgamento do Tribunal do Cade, votos dos Conselheiros, pareceres da Superintendência-Geral, e Acordos em Controle de Concentração (ACCs) – no sítio eletrônico do Cade. Foram identificados 31 atos de concentração aprovados com restrições pela autoridade antitruste, no período de 2013 a 2017, sob a égide da Lei 12.529/2011³.

Entre os 31 casos aprovados com remédios, identificou-se que 2 deles tratavam de restrições relacionadas à cláusula de não concorrência e não aos efeitos econômicos da concentração, motivo pelo qual foram excluídos da

compromissárias notificarem a concentração ao Cade até 15 dias úteis da sua realização.

³ Foram excluídos da pesquisa os atos de concentração analisados pelo Cade nos termos da Lei 8.884/1994.

presente pesquisa. Foram analisados, portanto, 29 atos de concentração aprovados com remédios pelo Cade, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017. Serão apresentados, a seguir, os resultados obtidos a partir da presente pesquisa.

2.1 Forma de aplicação de remédios antitruste e local de início das negociações de ACCs

Entre os 29 atos de concentração aprovados com restrições pelo Cade, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017, em apenas 1 caso, julgado em 2014, foi aplicado remédio por meio de uma decisão unilateral do Conselho, o que representa 3%. Observa-se, portanto, a prevalência de soluções negociadas.

O ACC pode ser negociado tanto na Superintendência-Geral, que sugere ao Tribunal condições para a sua celebração⁴, quanto no próprio Tribunal do órgão, cabendo ao Plenário deste aprovar seus termos⁵. No período analisado, observou-se que 31% das negociações de acordo tiveram início na Superintendência-Geral, o que evidencia o esforço das partes em antecipar uma solução negociada com o órgão antitruste brasileiro.

2.2 Remédios antitruste na prática do Cade

Quanto aos tipos de remédios antitruste aplicados, estruturais ou comportamentais, estes podem se dar de forma isolada ou conjunta, ou seja, podem ser definidos remédios puramente estruturais, puramente comportamentais, ou uma combinação de ambos, estrutural e comportamental.

Dos remédios antitruste aplicados pelo Cade, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017, nesses 29 casos, 52% foram puramente comportamentais, 27% foram puramente estruturais e 21% foram estruturais e comportamentais.

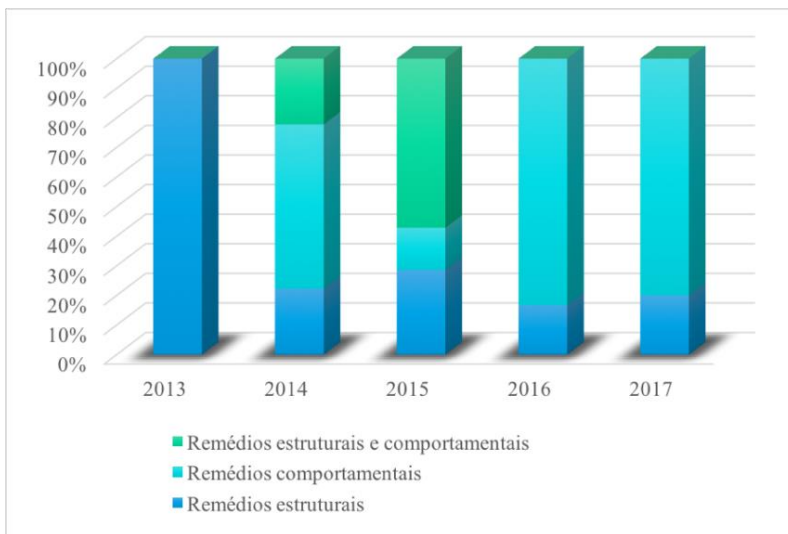
O gráfico a seguir apresenta a evolução dos remédios antitruste na prática do Cade, nos últimos cinco anos, por meio do qual é possível observar a presença elevada de remédios estruturais, isolados ou em conjunto com remédios comportamentais, de 2013 a 2015, e o aumento da

⁴ Trata-se de previsão do art. 13, X, da Lei 12.529/2011.

⁵ Trata-se de previsão do art. 9, V, da Lei 12.529/2011.

utilização de remédios puramente comportamentais, especialmente em 2016 e 2017.

Gráfico 1. Remédios antitruste aplicados pelo Cade, de 2013 a 2017.



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade. Contagem por remédios.

2.2.1 Remédios antitruste em casos de integração vertical e sobreposição horizontal

Consoante anteriormente indicado, a literatura antitruste relaciona remédios estruturais a casos de sobreposição horizontal, enquanto os remédios comportamentais estão mais associados a casos de integração vertical⁶.

A partir da pesquisa realizada, constatou-se que a realidade brasileira está em linha com essa literatura, no que se refere aos casos de integração vertical, dado que foram utilizados apenas remédios comportamentais pelo Cade, de janeiro/2013 a dezembro/2017.

Dos remédios antitruste aplicados pelo Cade em casos de sobreposição horizontal, 31% foram puramente estruturais, 46% foram puramente comportamentais, e 23% foram estrutural e comportamental.

⁶ CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios antitruste em atos de concentração: uma análise da prática do Cade**. IX Prêmio SEAE, 2014.

Observa-se, portanto, a prevalência de remédios puramente comportamentais em casos de sobreposição horizontal no Brasil, em sentido contrário ao apontado pela literatura antitruste.

2.3 Remédios estruturais na prática do Cade

Quanto aos remédios estruturais, contatou-se a prevalência de três tipos principais: (i) venda de pacote de ativos (55%); (ii) venda ou licenciamento de propriedade intelectual (28%); (iii) venda de uma unidade de negócio (17%).

De acordo com a ICN⁷, a *venda de um pacote de ativos* ou de uma parte de uma unidade de negócio das partes constitui “um pacote de ativos aceitável, caso tais ativos sejam suficientes para que o comprador possa competir de maneira efetiva no mercado relevante”.

A *venda ou licenciamento de propriedade intelectual*, por sua vez, ocorre quando uma propriedade intelectual constitui um ativo crítico ou uma barreira que impede a concorrência, as partes compromissárias devem fornecer os “direitos relevantes e necessários a esse ativo, por meio de sua venda ou de seu licenciamento”⁸.

Ainda segundo a ICN⁹, a *venda de uma unidade de negócio* trata-se da venda de uma unidade de negócio existente e autônoma de uma das partes, operante no mercado relevante. Destaca que

Uma unidade de negócio existente geralmente possui todos os ativos tangíveis e intangíveis (como propriedade intelectual), pessoal, lista de clientes, fornecedores, sistemas de informação, e infraestrutura de gerenciamento necessários para produção e distribuição eficientes dos produtos relevantes.

2.4 Medidas de preservação e separação do negócio desinvestido na prática

⁷ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Merger Remedies Guide**. ICN Merger Working Group, 2016, p.12. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf>>

⁸ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2016, p. 13.

⁹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2016, p. 10.

do Cade

Por sua vez, quanto às medidas de preservação e separação do negócio desinvestido (ou seja, medidas acessórias aos remédios estruturais), contatou-se a aplicação de cinco tipos principais: (i) preservação de viabilidade, de comercialização e de competitividade do negócio desinvestido (31%); (ii) cláusula de não aliciamento ou não solicitação (22%); (iii) proibição de acesso a informações concorrencialmente sensíveis (*ring fencing*) (17%); (iv) diligência legal (17%); (v) e obrigações de isolamento (13%).

A medida de preservação e separação do negócio desinvestido *preservação de viabilidade, de comercialização e de competitividade do negócio desinvestido* busca preservar a viabilidade econômica e comercial e a competitividade do negócio desinvestido, de acordo com as boas práticas do mercado, de forma a minimizar o risco de perda de seu potencial competitivo. Tem-se como exemplo a realização de um contrato de fornecimento de insumo essencial para a manutenção do negócio a ser desinvestido.

A medida de preservação e separação do negócio desinvestido *cláusula de não aliciamento ou não solicitação* trata-se de proibição das partes compromissárias aliciarem, solicitarem ou criarem incentivos para a migração de pessoal-chave transferido com o negócio desinvestido. Quando o pessoal-chave é essencial à competitividade do negócio a ser desinvestido, dada a suas habilidades, *expertise*, reputação ou relações com clientes, deve-se garantir a sua transferência, caso contrário, parte do negócio fica comprometida¹⁰.

A medida de preservação e separação do negócio desinvestido *proibição de acesso a informações concorrencialmente sensíveis (Ring fencing)*, consoante apontado por Patrícia Cabral¹¹, é definida pela Comissão Europeia como sendo uma medida que busca

evitar a troca de informações entre o negócio desinvestido e o vendedor. Tais medidas envolvem especialmente sistema de informação da empresa e restrições a determinados funcionários em relação à troca de informação comercial sensível.

¹⁰ CADE, 2018, p. 25.

¹¹ CABRAL, 2014.

A medida de preservação e separação do negócio desinvestido *diligência legal* estabelece o fornecimento pelas partes compromissárias de informações comerciais suficientes sobre o negócio desinvestido e seus funcionários aos potenciais compradores.

A medida de preservação e separação do negócio desinvestido *obrigações de isolamento (hold separate provisions)*, nos termos do disposto pelo DOJ¹², mantém os ativos desinvestidos separados, distintos e próprios para a venda. Seu objetivo é garantir a independência e a viabilidade do negócio desinvestido, preservando a concorrência no mercado até a finalização do processo de desinvestimento.

2.5 Remédios comportamentais na prática do Cade

Os remédios comportamentais aplicados pelo Cade a atos de concentração, a partir da pesquisa realizada, foram classificados pela autora da seguinte maneira: (i) manutenção ou alteração da oferta (quantidade e qualidade) (20%); (ii) comunicação e transparência (19%); (iii) proibição de estratégias exclusionárias e de fechamento de mercado e garantia de acesso (15%); (iv) vedação de troca de informações e manutenção de independência (15%); (v) tratamento não discriminatório (12%); (vi) *compliance* (5%); (vii) outros tipos de remédios comportamentais (14%).

O remédio comportamental *manutenção ou alteração da oferta (quantidade e qualidade)* refere-se à oferta de uma empresa, em termos quantitativos ou qualitativos, de forma a mantê-la ou alterá-la. Estão incluídas categorias como obrigações de produtividade e qualidade, metas de investimentos, produção, capacidade e/ou eficiências e limitações de expansão de oferta/capacidade e de aquisição de players ou de novas unidades de produção.

Já o remédio comportamental *comunicação e transparência* abrange medidas que determinam a disponibilização de informações à autoridade antitruste que, em regra, não seriam disponibilizadas¹³, além de uma maior comunicação das empresas com seus clientes, por exemplo. Entre as

¹² ESTADOS UNIDOS. **Department of Justice policy guide to merger remedies.** 2011, pp. 25-27. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>>

¹³ ESTADOS UNIDOS, op. cit., p. 16, tradução livre.

dificuldades para a implementação e o monitoramento, a ICN¹⁴ destacou a dificuldade de delineamento do remédio e de seu *enforcement*.

O remédio comportamental *proibição de estratégias exclusionárias e de fechamento de mercado e garantia de acesso* abrange medidas que facilitam a entrada de novos concorrentes e garantem seu acesso a insumos e a infraestrutura importantes para a sua atuação no mercado. Estão também agrupadas nessa categoria medidas que proíbem ou revogam acordos de exclusividade quando considerados prejudiciais à concorrência. Seu intuito é garantir condições favoráveis à entrada e à expansão de concorrentes.

Ademais, nessa categoria foram incluídas medidas de acesso a direitos de propriedade intelectual. De acordo com o DOJ¹⁵, o licenciamento de tecnologia, de patentes, de *know-how*, de marcas ou outros direitos de propriedade intelectual podem mitigar as preocupações concorrenciais decorrentes de uma concentração, a partir da realocação de insumo essencial aos concorrentes.

No entanto, a ICN¹⁶ aponta que o licenciamento

pode ser problemático, uma vez que envolve incertezas, estabelece um relacionamento entre o licenciante e o licenciado, cujo comportamento concorrenciais pode ser influenciado, podendo resultar em disputas entre ambos.

Ressalta-se que este tipo de remédio é comumente utilizado quando o ato de concentração apresenta integração vertical. Isto pois, integrações verticais podem suscitar preocupações concorrenciais quanto à possibilidade de fechamento do mercado à montante ou à jusante¹⁷, resultando na exclusão

¹⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit.

¹⁵ ESTADOS UNIDOS, op. cit., pp. 15-16.

¹⁶ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 31, tradução livre.

¹⁷ O fechamento do mercado à montante/*upstream* ocorre quando a empresa à jusante detém poder de mercado e incentivos para adquirir insumos apenas da empresa verticalizada, acarretando prejuízos aos demais agentes do mercado à montante; o fechamento do mercado à jusante/*downstream* ocorre quando a empresa à montante possui poder de mercado e possui incentivos para direcionar sua produção para a empresa verticalizada, ou ainda, praticar condutas tendentes ao fechamento de mercado, tal como a discriminação de preços (Voto do ex-Conselheiro Carlos

ou prejuízo de competidores e, conseqüentemente, na redução da oferta, na degradação de qualidade de produtos e serviços e/ou no aumento de preços.

O remédio comportamental *vedação de troca de informações e manutenção de independência* estipula a vedação de troca de informações confidenciais ou concorrencialmente sensíveis, comumente conhecido como *firewall*, e tem como objetivo, segundo o DOJ¹⁸, “impedir a disseminação de informações entre firmas”.

Este tipo de remédio pode ser utilizado, por exemplo, em integrações verticais, ou seja, diante da compra de uma empresa que atua no mercado *downstream* por uma empresa atuante no mercado *upstream*, a autoridade antitruste deve se preocupar com a possível troca de informações entre ambas, capaz de facilitar a prática de condutas anticompetitivas¹⁹. A ICN²⁰ aponta que há a necessidade de um monitoramento rigoroso para que, de fato, a previsão seja respeitada, e que sua eficácia é incerta, não sendo aplicada em algumas jurisdições.

Nessa categoria também foram englobadas medidas que determinam a manutenção de independência das empresas, para que não haja ingerências no funcionamento, tampouco obtenção de informações comerciais.

O remédio comportamental *tratamento não discriminatório* visa a garantir a “igualdade de acesso, de esforços e de termos”²¹ das empresas no mercado. Trata-se, por exemplo, de um incentivo às empresas *upstream* não fornecerem condições favoráveis à empresa adquirida que atua no mercado *downstream*, em detrimento dos demais concorrentes, por meio de termos contratuais menos atrativos ou de recusa de contratar²². A ICN²³ ressalta que este tipo de remédio exige “monitoramento extensivo e sua efetividade é incerta”, motivo pelo qual não é utilizado por algumas jurisdições.

O remédio comportamental *compliance* abarca medidas que buscam implementar ou aprimorar a política corporativa antitruste. Já na categoria

Emmanuel Joppert Ragazzo no Ato de Concentração n° 08012.005212/2009-01 (Requerentes: Satipel Industrial S.A. e Duratex S.A.).

¹⁸ ESTADOS UNIDOS, op. cit., p. 13, tradução livre.

¹⁹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 31

²⁰ Ibid.

²¹ ESTADOS UNIDOS, op. cit., pp. 14-15.

²² Ibid., pp. 14-15.

²³ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 31

outros tipos de remédios comportamentais estão incluídos remédios comportamentais diversos, que não se enquadram nas classificações acima expostas.

2.6 Monitoramento de remédios antitruste na prática do Cade (*trustee e auditoria externa independente*)

Com base nos dados obtidos pela presente pesquisa, verificou-se que dos 29 atos de concentração em que foram aplicados remédios, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017, em 9 deles houve a previsão de *trustee*, em ACCs pactuados com as partes compromissárias, que corresponde a quase 31%, enquanto que em 5 deles houve a previsão de auditoria externa independente, o correspondente a 17% do total de ACCs²⁴.

Vale salientar que, no período de 1994 a 2013²⁵, em pesquisa realizada por Patrícia Cabral²⁶, constatou-se que a prática do Cade não revelou a utilização de *trustees*. Durante este período, a autarquia utilizou apenas auditoria externa independente, no total de 23% dos casos em que foram aplicados remédios.

Em 2017, todavia, houve a previsão de *trustees* em todos os atos de concentração aprovados com restrições pela autoridade antitruste brasileira. Tal fato demonstra que o órgão, no último ano, preocupou-se em adotar um monitoramento mais abrangente e com determinações de atuação mais específicas.

Nesse sentido, por meio da pesquisa realizada, foi possível observar a previsão de 3 tipos de *trustees* em ACCs: (i) *trustee* de monitoramento; (ii) *trustee* de desinvestimento; e (iii) administrador independente.

O *trustee* de monitoramento é responsável por supervisionar o cumprimento de compromissos assumidos pelas partes em ACC e assegurar a

²⁴ Não foram analisados os dados referentes ao monitoramento pelo próprio Cade.

²⁵ Casos analisados sob a égide da Lei 8.884/1994.

²⁶ CABRAL, op. cit.

sua efetiva realização²⁷. Segundo a ICN²⁸, cabe ao *trustee* de monitoramento informar, de forma imparcial, à autoridade de defesa da concorrência acerca da implementação e da efetividade do remédio antitruste estabelecido, além de elaborar relatórios para que haja o acompanhamento periódico pela autoridade.

A partir da pesquisa realizada, conclui-se que a participação de *trustees* de monitoramento cresceu significativamente entre 2015 e 2017, em ACs aprovados com remédios, o que demonstra uma maior preocupação do órgão com o monitoramento dos remédios implementados, bem como um maior alinhamento com as melhores práticas internacionais. Vale ainda registrar que 67% dos casos com previsão de *trustee* de monitoramento foram concentrações internacionais.

Em regra, a autoridade de defesa da concorrência estabelece um período para que as partes cumpram o compromisso de desinvestir. Caso não seja possível realizar o desinvestimento no prazo inicialmente estipulado, o *trustee* de desinvestimento será responsável por realizar e supervisionar o desinvestimento, podendo, em alguns casos, opinar de forma imparcial acerca do comprador²⁹.

A partir da pesquisa realizada, conclui-se que a previsão de *trustees* de desinvestimento cresceu entre 2015 e 2017, em ACs aprovados com remédios estruturais. Vale ressaltar que os dados obtidos fazem referência apenas à sua previsão em ACCs e não a sua efetiva atuação. Conforme já mencionado, o Cade, em regra, determina que as partes compromissárias realizem o desinvestimento, cabendo ao *trustee* de desinvestimento realizá-lo apenas em caso de descumprimento do prazo inicialmente estabelecido.

Quando se estabelece o desinvestimento num ato de concentração, pode-se optar por um administrador independente que administre a negócios a ser desinvestido, de forma a garantir sua independência com relação às partes e sua competitividade no mercado³⁰.

²⁷ O Cade aponta que o *trustee* de monitoramento “pode ou não ser uma empresa de auditoria. O relevante é que o *trustee* tenha condições de realizar a avaliação antitruste necessária para fazer o acompanhamento do ACC, não se limitando a aspectos contábeis e financeiros, mas também a questões do mercado afetado”. Em: CADE, 2018, p. 47.

²⁸ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit.

²⁹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 25

³⁰ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 25.

De acordo com DOJ³¹, o administrador independente³² é responsável pelo dia a dia do negócio a ser desinvestido, assegurando que este continuará operando de forma competitiva, durante o período de desinvestimento. Entre os 15 atos de concentração nos quais foram determinados remédios estruturais pelo Cade, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017, 2 deles previram um administrador independente no ACC pactuado, ambos em 2015. Não se trata, portanto, de prática comumente utilizada pela autoridade de defesa da concorrência brasileira.

3. O sistema de análise prévia e a evolução na aplicação de remédios antitruste pelo Cade

A partir da pesquisa realizada, foi possível observar algumas mudanças na aplicação de remédios antitruste pelo Cade, tanto em termos de procedimento, quanto em termos de conteúdo, com o amadurecimento institucional da autarquia e a instituição do sistema de análise prévia de estruturas, na nova lei de defesa da concorrência.³³

Vale mencionar que, com a adoção do sistema de análise prévia, o tempo de análise tornou-se crucial para as partes, que devem agora esperar a

³¹ ESTADOS UNIDOS, op. cit.

³² O DOJ utiliza a nomenclatura “*operating trustee*”. Em: ESTADOS UNIDOS, op. cit., p.26.

³³ Thaianne de Abreu, ao analisar os remédios antitruste aplicados a atos de concentração pelo Cade de maio/2012 a maio/2017, apontou que, em termos gerais, “observou-se uma diminuição relevante no número de casos total analisados pela autarquia”. Além disso, “(...) 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 concorrência, mesmo com o entendimento do Cade já pacificado”. Em: DE ABREU, Thaianne Vieira Fernandes. **Análise dos Remédios Antitruste Aplicados pelo Cade a partir da Vigência da Lei 12.529/11**. Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 23, n. 2, 2017, pp. 78-79.

decisão do Conselho para efetivarem a operação³⁴⁻³⁵. Tal sistema, portanto, gerou incentivos a uma maior participação das requerentes na fase de instrução e na formulação de soluções acordadas, com o intuito de dar maior celeridade à análise da operação³⁶, além de permitir a elaboração de remédios antitruste melhores e mais efetivos pelo Cade, uma vez que a operação ainda não foi consumada pelas partes³⁷.

Nessa perspectiva, observou-se um aumento de soluções negociadas³⁸ em atos de concentração aprovados com remédios³⁹. No período de janeiro/2013 a dezembro/2017, sob a vigência da Lei 12.529/2011, verificou-se a prevalência de restrições impostas por meio de ACC na quase a totalidade dos casos, uma vez que em 97% dos atos de concentração

³⁴ De acordo com o ex-conselheiro Fernando Furlan, no sistema de análise prévia “as requerentes passam a ser as grandes interessadas em uma decisão mais célere”, fornecendo informações de forma mais completa e rápida, o que permite com que a operação seja consumada mais rapidamente. Em: FURLAN, Fernando de Magalhães. **Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica**. In: GILBERTO, André Marques et al. (organizadores). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 173.

³⁵ Thiane de Abreu aponta que “o SBDC não possuía nenhum prazo formal para a decisão final quanto às concentrações, o que acarretava na diminuição de incentivos das partes em proverem informações rápidas e consistentes”. DE ABREU, op. cit., p. 75.

³⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; AZEVEDO, Paulo Furquim. **Remédios no âmbito de Acordos em Controle de Concentração (ACCs): um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/2011**. In: CARVALHO, Vinícius Marques (organizador). *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2015.

³⁷ CABRAL, Patrícia. **What has been Cade’s preference in remedies: structural, behavioral or a combination of both?** In: IBRAC. *Merger Control in Brazil: frequently asked questions*, 2018, p. 228.

³⁸ Segundo Caio Neto e Paulo Azevedo “de um lado, há maior interesse das empresas em entrar em um processo de negociação, de modo a participar da solução do caso em esfera administrativa, seja para abreviar o tempo de análise, seja para participar do desenho dos remédios aplicáveis. De outro, há também maior poder de barganha da autoridade na imposição de remédios que lhe pareçam mais apropriados para assegurar as condições de concorrência”. Em: PEREIRA NETO; AZEVEDO, op. cit.

³⁹ A solução negociada ocorre por meio da celebração do Acordo em Controle de Concentrações (ACC). Trata-se de acordo firmado entre o Cade e as partes, nos termos do artigo 9º, III, da Lei 12.529/2011.

aprovados com restrições foram determinados remédios por meio de acordos. Além disso, nesse mesmo período, observou-se que 32% das negociações tiveram início na Superintendência-Geral, o que demonstra o esforço das partes em se antecipar a uma solução negociada com o órgão antitruste brasileiro.

Importa destacar que o aumento do número de soluções negociadas decorre não só dos incentivos gerados a partir da nova lei de defesa da concorrência, como também do amadurecimento institucional da autoridade antitruste brasileira. A adoção de soluções negociadas, consoante já aventado, aumenta o número de possibilidades para a elaboração de um remédio que enderece o problema concorrencial identificado pelo Cade e preserve a concorrência, além de reduzir as prováveis contestações das decisões do órgão no âmbito do Poder Judiciário.

Além do incremento de soluções negociadas por meio de ACCs, observou-se a evolução institucional do Cade a partir de algumas mudanças nos acordos firmados, como, por exemplo, o aumento de: (i) previsões de *trustees* de monitoramento e de desinvestimento; (ii) medidas de preservação e separação do negócio desinvestido; e (iii) previsões de procedimento arbitral como método alternativo à resolução de controvérsias.

Conforme já relatado, ocorreu expressiva majoração na quantidade de *trustees* previstos em ACCs, em detrimento de previsões de auditoria externa independente. Em 2017, todos os atos de concentração aprovados com restrições pela autoridade de defesa da concorrência previram algum tipo de *trustee*, o que demonstra a preocupação do órgão com a adoção de um monitoramento mais abrangente e com determinações de atuação mais específicas.

Nesse sentido, ressalta-se que previsões, tanto de *trustees* de monitoramento⁴⁰, quanto de *trustees* de desinvestimento, cresceram significativamente, alcançando a totalidade dos atos de concentração, em 2017 e 2016, respectivamente. Ademais, destaca-se que o Guia de Remédios Antitruste do Cade⁴¹, ainda em versão preliminar, aponta a preferência por

⁴⁰ Segundo o Guia de Remédios Antitruste preliminar do Cade, “a adoção de um *monitoring trustee* favorece a identificação tempestiva de eventual descumprimento de obrigações e deveres das Compromissárias e a adoção de medidas cabíveis pela Autoridade, aumentando a probabilidade de efetividade dos remédios”. Em: CADE, 2018, p. 17

⁴¹ CADE, 2018, p. 15.

trustee de monitoramento, diante da impossibilidade de acompanhamento e de supervisão diários dos compromissos estabelecidos pela própria autarquia.

Cumpra mencionar também que, na pesquisa ora realizada, observou-se a previsão de procedimento arbitral como método alternativo à resolução de controvérsias, em ACCs celebrados pelas partes com o Cade, em 5 atos de concentração aprovados com restrições, no período de 2013 a 2017, o que corresponde a 17% do total de casos com remédios.

Nesse contexto, destaca-se que a previsão de procedimento arbitral para a resolução de litígios cresceu consideravelmente em 2017, cuja aplicação ocorreu em 60% dos atos de concentrações aprovados com restrições no referido ano, em conformidade com o que se observa na seara internacional⁴². Cabe aqui o registro de que tal previsão foi aplicada pela primeira vez em 2014, e uma única vez em 2015.

Segundo o Conselheiro Paulo Burnier⁴³, nos primeiros casos em que houve a previsão de arbitragem pelo Cade, tal mecanismo de resolução de controvérsias “serviria de apoio a uma decisão da autoridade antitruste”⁴⁴. Posteriormente, o Cade passou a estabelecer, em ACC firmados com as partes, ao juízo arbitral “poderes suficientemente amplos (...) com caráter definitivo e irrecorrível”, não tendo, necessariamente, como causa de pedir uma disposição prevista no ACC.

Ainda de acordo com o Conselheiro, o Cade

tem cada vez mais se preocupado em fazer uso da arbitragem de maneira técnica, sem descaracterizar a essência do instituto

⁴² De acordo com a OCDE, “o uso de métodos alternativos de solução de controvérsias, incluindo arbitragem e mediação, para solucionar controvérsias comerciais com componente concorrencial, cresceu de forma exponencial nos últimos anos. Esta interface entre arbitragem e concorrência estimulou intensos debates entre acadêmicos, advogados e economistas, o que permitiu o desenvolvimento de interessante jurisprudência sobre o assunto”. Em: OCDE, **Arbitration and Competition**. OECD, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>. (Voto-vogal proferido pelo Conselheiro Paulo Burnier no ato de concentração n° 08700.001390/2017-14.)

⁴³ Voto-vogal proferido pelo Conselheiro Paulo Burnier no ato de concentração n° 08700.001390/2017-14.

⁴⁴ Voto-vogal proferido pelo Conselheiro Paulo Burnier no ato de concentração n° 08700.001390/2017-14.

enquanto mecanismo heterocompositivo de resolução de conflitos cujo regime jurídico encontra-se estabelecido na Lei 9.307/1996⁴⁵.

A OCDE⁴⁶ aponta que a utilização de cláusulas arbitrais, especialmente em casos de remédios comportamentais, que necessitam de monitoramento contínuo, auxilia a redução dos custos relativos ao seu monitoramento. Conforme a Organização,

a possibilidade de recorrer à arbitragem oferece a todos os potenciais beneficiários um incentivo para garantir uma implementação precisa dos remédios pelas partes compromissárias. Isso poderia ser mais efetivo que qualquer atividade de monitoramento pela autoridade antitruste⁴⁷.

No que se refere aos remédios comportamentais adotados em atos de concentração pelo Cade, no período analisado, destaca-se que os remédios “manutenção ou alteração da oferta (quantidade e qualidade)” e “vedação de troca de informações e manutenção de independência”, apesar de serem amplamente utilizados pela autoridade antitruste brasileira, geram altos custos de monitoramento e elevam o risco de ineficácia do remédio, uma vez que, em geral, determinam que as firmas atuem contrariamente a seus incentivos⁴⁸.

Os remédios comportamentais “proibição de estratégias exclusionárias e de fechamento de mercado e garantia de acesso” e “tratamento não discriminatório”, por outro lado, são vistos, nacional e internacionalmente, como alternativas mais adequadas para casos de integração vertical⁴⁹.

Outro incentivo gerado pelo sistema de análise prévia refere-se à maior adoção de remédios estruturais, de forma isolada ou concomitantemente aos remédios comportamentais. De acordo com o relatório da OCDE⁵⁰, o

⁴⁵ Voto-vogal proferido pelo Conselheiro Paulo Burnier no ato de concentração n° 08700.001390/2017-14.

⁴⁶ OECD. **Remedies in Cross-Border Merger Cases**. OECD, 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf>.

⁴⁷ Ibid., p. 11.

⁴⁸ CADE, 2018.

⁴⁹ CADE, 2018.

⁵⁰ OECD/BID. **Lei e política de concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. 2010.

sistema de análise posterior de atos de concentração adotado pela antiga Lei 8.884/1994, no Brasil, favoreceu a prevalência de remédios comportamentais em detrimento de remédios estruturais.

No período de 1994 a 2013, em pesquisa realizada por Patrícia Cabral⁵¹, constatou-se que em 37% dos casos de sobreposição horizontal⁵² foram aplicados remédios estruturais (26% apenas estruturais; e 11% comportamentais e estruturais). No entanto, de 2013 a 2017, observou-se um crescimento na adoção de remédios estruturais nesses casos, correspondendo a 57% (30% apenas estruturais; e 27% comportamentais e estruturais).

Observa-se, portanto, um aumento do número de remédios estruturais adotados em casos de sobreposição horizontal, tanto de forma individual, quanto acompanhado de remédios comportamentais. No entanto, mesmo após a vigência da Lei 12.529/2011, remédios comportamentais prevalecem na prática da autarquia, visto que foram aplicados em mais de 70% dos casos com remédios, durante o período analisado.

Ademais, é importante destacar que nos últimos anos, mais especificamente de 2016 a março de 2018, conforme apontado por Patrícia Cabral⁵³, os remédios puramente comportamentais foram mais utilizados que os remédios puramente estruturais ou remédios comportamentais e estruturais em conjunto, mesmo em casos de sobreposição horizontal.

Segundo a autora⁵⁴, a adoção de remédios comportamentais não significa que o Cade prefira tais remédios aos estruturais, tampouco que a sua abordagem tenha sido menos rigorosa. Aponta que

em realidade, desde os anos finais da Lei 8.884/1994, é possível observar que os remédios, em geral, estão mais complexos e rigorosos, e o número de concentrações rejeitadas aumentou, em comparação aos anos iniciais do controle de estruturas no Brasil.

Além disso, o recente Guia de Remédios Antitruste do Cade⁵⁵, publicado em maio de 2018, ainda em versão preliminar, demonstra clara

⁵¹ CABRAL, op. cit., p. 74

⁵² Em casos de integração vertical foram utilizados apenas remédios comportamentais, tanto no período de 1994 a 2013, quanto de 2013 a 2017.

⁵³ CABRAL, op. cit., 2018.

⁵⁴ Ibid., p. 231.

⁵⁵ CADE, 2018, p. 15.

preferência por remédios estruturais. Isso pois, de acordo com a autarquia, tal remédio direciona a causa do dano concorrencial de forma mais direta, dado que este reside em mudança na configuração da estrutura de um mercado relevante, e incorre em menores custos de monitoramento e em menores riscos de distorções do mercado quando da sua aplicação.⁵⁶

Nesse sentido, vale salientar que, em pesquisa realizada por Thaiane de Abreu⁵⁷, a autora concluiu que a autoridade antitruste brasileira, a partir da vigência da nova Lei 12.529/2011, passou a aplicar “remédios antitruste com olhos nas melhores práticas de autoridades antitruste como o DOJ e a Comissão Europeia, além de estar atento para as recomendações de organizações internacionais como a ICN e a OCDE”.

Por fim, a adoção do sistema de análise prévia permitiu uma maior cooperação internacional, no que se refere, entre outras coisas, à implementação e ao monitoramento de remédios em operações mundiais, posto que a maioria dos países adota esse tipo de sistema.

4. Conclusão

O presente trabalho buscou analisar a evolução da prática do Cade e os impactos do sistema de análise prévia, adotado pela nova lei, nos remédios antitruste em atos de concentração aprovados com restrições pela autarquia, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017. Por meio da pesquisa realizada, foi possível observar mudanças significativas no desenho e no monitoramento de remédios determinados pelo Cade.

Em suma, constatou-se que de todos os remédios antitruste aplicados nesses 29 casos, 27% foram estruturais, 52% foram comportamentais, e 21% foram estruturais e comportamentais. Ainda, observou-se que, em contraponto à literatura antitruste nacional e internacional, no Brasil, os remédios comportamentais estão associados aos casos de sobreposição horizontal, em maior medida que os remédios estruturais. Nos atos de concentração em que

⁵⁶ O Guia de Remédios Antitruste preliminar do Cade aponta, também, que apenas na eventualidade do remédio estrutural não ser cabível: (i) por ser insuficiente no endereçamento de problemas concorrenciais de forma efetiva; ou (ii) por não ser efetivo em razão de questões regulatórias ou fáticas, serão aplicados remédios comportamentais, desde que eficazes, para a reversão do prejuízo concorrencial da operação. Em: CADE, 2018, p. 40.

⁵⁷ DE ABREU, op. cit., p. 79.

houve sobreposição horizontal (26), os remédios antitruste aplicados foram 54% estruturais (31% estruturais “puros” e 23% estruturais “mistos”), ao passo que 69% foram comportamentais (46% comportamentais “puros” e 23% comportamentais “mistos”).

No que tange aos casos de integração vertical, a prática da autoridade antitruste brasileira está de acordo com a literatura nacional e internacional antitruste, uma vez que os resultados apontaram a aplicação de remédios puramente comportamentais em 100% dos casos de integração vertical (3).

No que se refere aos remédios estruturais, constatou-se a prevalência de três tipos principais, conforme classificação desta autora: venda pacote de ativos (55%); venda ou licenciamento de propriedade intelectual (28%) e venda de unidade de negócio existente (17%).

Por sua vez, quanto às medidas de preservação e separação do negócio desinvestido, constatou-se a aplicação de cinco tipos principais, conforme classificação desta autora: medidas de preservação de viabilidade, de comercialização e de competitividade do negócio desinvestido (32%); cláusula de não aliciamento ou não solicitação (18%); proibição de acesso a informações concorrencialmente sensíveis (*ring fencing*) (18%); diligência legal (18%); obrigações de isolamento (14%).

Por fim, quanto aos remédios comportamentais, nota-se a existência de sete tipos principais de medidas adotadas, conforme classificação desta autora: manutenção ou alteração da oferta (quantidade e qualidade) (20%); comunicação e transparência (19%); proibição de estratégias exclusionárias e de fechamento de mercado e garantia de acesso (15%); vedação de troca de informações e manutenção de independência (15%); tratamento não discriminatório (12%); *compliance* (5%); outros tipos de remédios comportamentais (14%).

Uma vez aplicados e encaminhados para monitoramento, a pesquisa verifica que o Cade monitora por auditoria externa independente em 17% e por *trustee* em 31% dos casos.

Importa mencionar que o Cade elaborou um Guia de Remédios Antitruste que, até o presente momento, está em versão preliminar, e ficou disponível para contribuições da sociedade até 22 de junho de 2018. O

documento reúne as melhores práticas e procedimentos adotados no desenho, na aplicação e no monitoramento de remédios estabelecidos pelo Cade⁵⁸.

Ante todo o exposto, constata-se que o sistema de análise prévia e o amadurecimento institucional do órgão contribuíram sobremaneira para as mudanças observadas ao longo dos últimos anos. A prática do Cade demonstra a adoção de remédios mais direcionados aos problemas concorrenciais identificados em cada caso, e um monitoramento mais efetivo e específico.

Finalmente, ressalta-se a importância da coleta de dados pelo Cade dos remédios antitruste aplicados, bem como a análise da efetividade dos remédios estabelecidos, como forma de avaliar as decisões tomadas pelo órgão.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm. Acesso em 10 de março de 2018.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 10 de março de 2018.

CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios antitruste em atos de concentração**: uma análise da prática do Cade. IX Prêmio SEAE, 2014.

_____. **What has been Cade's preference in remedies**: structural, behavioral or a combination of both? In: IBRAC. Merger Control in Brazil: frequently asked questions, 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.009882/2012-35. Requerentes: Munksjö AB e Ahlstrom Corporation, Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 22/05/2013.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006437/2012-13. Requerentes: WP Roaming III S.à.r.l

⁵⁸ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-versao-preliminar-de-guia-sobre-remedios-antitruste>.

Syniverse Holdings, Inc., Relator Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani, julgado em 22/05/2013.

_____. Ato de Concentração nº 08700.007621/2014-42. Requerentes: Holcim Ltd. e Lafarge S.A., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 10/12/2014.

_____. Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19. Requerentes: Videolar S.A., Sr. Lirio Albino Parisotto, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e Innova S.A., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 1º/10/2014.

_____. Ato de Concentração nº 08700.000658/2014-40. Requerentes: Minerva S.A. e BRF S.A., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 20/08/2014.

_____. Ato de Concentração nº 08700.010688/2013-83. Requerentes: JBS S.A., Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. e Forte Empreendimentos e Participações Ltda., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 20/08/2014.

_____. Ato de Concentração nº 08700.002372/2014-07. Requerentes: Cromossomo Participações II S.A. e Diagnósticos da América S.A., Relator Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani, julgado em 16/07/2014.

_____. Ato de Concentração nº 08700.009198/2013-34. Requerentes: Estácio Participações S.A. e TCA Investimento em Participações Ltda., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 14/05/2014.

_____. Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12. Requerentes: Anhanguera Educacional Participação S.A. e Kroton Educacional S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 14/05/2014.

_____. Ato de Concentração nº 08700.004957/2013-72. Requerentes: Bayer S.A. e Monsanto do Brasil Ltda., Relator Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani, julgado em 22/01/2014.

_____. Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda. e ICL Brasil Ltda., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 10/12/2014.

_____. Ato de Concentração nº 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.

_____. Ato de Concentração nº 08700.009731/2014-49. Requerentes: Telefônica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e Mediobanca S.p.A., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25/03/2015.

_____. Ato de Concentração nº 08700.008607/2014-66. Requerentes: GlaxoSmithKline PLC. e Novatis AG., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25/02/2015.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006567/2015-07. Requerentes: Ball Corporation e RexamPLC, Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 09/11/2015.

_____. Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL - América Latina Logística S.A., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 11/02/2015.

_____. Ato de Concentração nº 08700.004185/2014-50. Requerentes: Continental Aktiengesellschaft e Veyance Technologies Inc., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 29/01/2015.

_____. Ato de Concentração nº 08700.001437/2015-70. Requerentes: Dabi Atlante S.A. Indústria Médico Odontológica e Gnatus Equipamentos Médico-Odontológicos Ltda., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira julgado em 25/11/2015.

_____. Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41. Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda., Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 08/06/2016.

_____. Ato de Concentração nº 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 Macedo, julgado em 13/04/2016.

_____. Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 11/05/2016.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21. Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo, Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda.,

Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 11/05/2016.

_____. Ato de Concentração n° 08700.003462/2016-79. Requerentes: Reckitt Benckiser (Brasil) Ltda. e Hypermarchas S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 14/09/2016.

_____. Ato de Concentração n° 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 da Silveira, julgado em 09/11/2016.

_____. Ato de Concentração n° 08700.005937/2016-61. Requerentes: The Dow Chemical Company e E.I. Du Pont de Nemours and Company, Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 17/05/2017.

_____. Ato de Concentração n° 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. - Mercados Organizados, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 22/03/2017.

_____. Ato de Concentração n° 08700.004211/2016-10. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways Plc., Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 08/03/2017.

_____. Ato de Concentração n° 08700.001642/2017-05. Requerentes: Itaú Unibanco Holding S.A. e Banco Citibank S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 16/08/2017.

_____. Ato de Concentração n° 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 18/10/2017.

_____. **Guia Análise de Atos de Concentração.** Brasília, 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>.

_____. **Guia de Remédios Antitruste.** Versão Preliminar. Brasília, 2018, p. 11. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/guia-remedios-antitruste-versao-preliminar.pdf>>.

DE ABREU, Thaianie Vieira Fernandes. **Análise dos Remédios Antitruste Aplicados pelo Cade a partir da Vigência da Lei 12.529/11.** Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 23, n. 2, 2017.

ESTADOS UNIDOS. **Department of Justice policy guide to merger remedies.** 2011. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>>.

FURLAN, Fernando de Magalhães. **Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica.** In: GILBERTO, André Marques et al. (organizadores). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração.* São Paulo: Editora Singular, 2011, pp. 171-173.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Merger Remedies Guide.** ICN Merger Working Group, 2016. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf>>

OECD. **Remedies in Merger Cases.** OECD, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>>.

_____. **Arbitration and Competition.** OECD, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>.

_____. **Remedies in Cross-Border Merger Cases.** OECD, 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf>.

OECD/BID. **Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares.** 2010.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, e AZEVEDO, Paulo Furquim. **Remédios no âmbito de Acordos em Controle de Concentração (ACCs): um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/2011.** In: CARVALHO, Vinícius Marques (organizador). *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência.* São Paulo: Editora Singular, 2015, pp.

REPERCUSSÕES CONCORRENCIAIS DAS *DISTRIBUTED LEGDER TECHNOLOGIES* (DLTS)

Levi Borges de Oliveira Veríssimo

Resumo: Os diferentes usos da *blockchain*, espécie de tecnologia de registro distribuído (“DLT”), afetam de maneira gradativa diversos mercados e modelos de negócios. Após a repercussão gerada pelo uso da tecnologia no *Bitcoin*, questiona-se quais as fronteiras e limites, inclusive jurídicos, dessa inovação. Nesse contexto, o presente artigo discute as potenciais repercussões das DLT no âmbito do Direito da Concorrência, sob um ponto de vista exploratório. Para tanto, o texto define *blockchain* e destaca as características essenciais que potencialmente repercutirão em modelos de negócios no futuro, bem como qual papel e proveitos a autoridade de regulação antitruste possui nesse contexto.

Palavras-Chave: Direito da Concorrência. Blockchain. Antitruste. Distributed Ledger Technologies. Direito e Tecnologia.

Keywords: Competition Law. Blockchain. Antitrust. Distributed Ledger Technologies. Law and Technology.

Introdução

Inventada há cerca de dez anos¹, a tecnologia *blockchain* ganhou repercussão principalmente em razão de seu uso na criptomoeda *Bitcoin*. Atualmente, entusiastas da tecnologia a apontam como uma revolução e mesmo um renascimento da internet². Nesse contexto, a referida inovação tecnológica tem desafiado mercados tradicionais e organizações empresariais e contratuais ao redor do mundo. Qual o motivo de tamanha repercussão?

¹ A criação da *blockchain* é atribuída ao/à também criador/a do *Bitcoin*, que publicou em 2008 o *paper* “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*” sob o pseudônimo de Satoshi Nakamoto.

² TAPSCOTT, A. & TAPSCOTT, D. **Blockchain Revolution**. São Paulo: Ed. Senai – SP. 2017, p. 13.

A tecnologia *blockchain* é categoria do gênero *Distributed Ledger Technology* (“DLT”³), que pode ser definida como bancos de dados que permitem a guarda e transmissão de informações de maneira autêntica, compartilhada e cronológica, assegurando a veracidade das trocas sem a necessidade de intermediários. Aos poucos, os agentes de mercado têm percebido o potencial inovador dessa tecnologia, que afeta significativamente diferentes arranjos e relações sociais e jurídicas.

A propagação dessa nova tecnologia entre agentes de mercado está ligada às características de rede, especialmente à confiança dos usuários em relação às informações registradas na plataforma. Em razão da proposta eliminação de intermediários – e da relação de confiança estabelecida entre agentes – há inclusive autores com visão mais extrema em relação aos impactos no mundo jurídico, como Thibault Schrepel, que questiona a possibilidade da *blockchain* representar a “morte” do direito antitruste⁴.

Caso prevaleçam as previsões mais otimistas, veremos nos próximos anos o surgimento de novos modelos de negócios e mercados estruturados integralmente nas redes DLT. Tratando-se de uma tecnologia extremamente nova, juristas e reguladores ainda observam a conformação e os efeitos potenciais dessas ferramentas para que seja possível estabelecer o papel do Direito nesse contexto, bem como a eventual necessidade de mudança do panorama legislativo.

Certamente, a mudança em organizações empresariais e contratuais trará repercussões na seara antitruste, de modo que o presente artigo busca justamente investigar os potenciais efeitos concorrenciais ante as características distintivas dos mercados estruturados em *blockchain*.

Desse modo, o estudo abrange inicialmente de maneira exploratória as características da DLT para, em seguida, partir para uma análise do ponto de vista do Direito da Concorrência, em três aspectos: controle de estruturas, o controle de condutas e os potenciais usos da tecnologia como ferramenta regulatória. Para tanto, o artigo é dividido em cinco partes, incluindo esta introdução.

³ Para fins didáticos, utilizaremos neste texto os termos *blockchain* e DLT como sinônimos, embora saibamos que o termo DLT signifique um conceito mais amplo.

⁴ Vide: SCHREPEL, T. **Is blockchain the death of antitrust law?** Em: *The Blockchain Antitrust Paradox* (prelo). 2018.

No segundo capítulo, são destacadas as características técnicas das DLT com enfoque nos pontos de potencial interesse para a análise antitruste, ainda, conceituando os tipos de DLT com relação a critérios de elegibilidade e número de usuários. Em seguida, passa-se ao objeto da análise, abrangendo inicialmente de maneira geral as repercussões concorrenciais da tecnologia, dividindo-se o capítulo em subtópicos específicos relativos ao controle de estruturas e ao de condutas. O quarto capítulo explora o potencial uso da *blockchain* como ferramenta regulatória, especificamente no âmbito concorrencial.

Por fim, o quinto e último capítulo traz um compilado das informações abordadas e conclui pela necessidade da correta distinção e categorização dos usos das DLTs, bem como de uma análise quanto à efetividade das ferramentas regulatórias disponíveis para que seja feita uma regulação adequada aos serviços de fato oferecidos.

2. Distributed ledger technologies: conceito, características e tipos

2.1 Conceito e características

A tecnologia *blockchain* é uma espécie do gênero *Distributed Ledger Technologies*, que resumidamente permitem a realização segura, indelével e rastreável de uma transação, qualquer que seja o objeto a ser transacionado (bens, ativos, dados)⁵. Em termos práticos, a *blockchain* pode ser definida como uma base de dados compartilhada⁶ (aberta ou fechada), cronológica⁷, inviolável⁸ e auditável⁹ (ou transparente). Há autores que apontam ainda o anonimato (ou “pseudônimo”) dos usuários como

⁵ SWAN, M.; DE FILLIPI, P. **Toward Philosophy of Blockchain**. *Metaphilosophy* (Wiley) Vol. 48, N. 5, 2017.

⁶ Nenhum nó de rede pode atuar sozinho como uma "parte confiável", que contém uma cópia mestra da cadeia de blocos.

⁷ Cada bloco possui um identificador exclusivo e contém um link de referência (*hash*) para o bloco anterior.

⁸ Extrema dificuldade de inserção de uma transação fraudulenta ou mesmo apenas um erro de transação na cadeia de blocos.

⁹ Os registros das cadeias são aferíveis por todos os usuários da rede.

característica, embora este não seja um elemento comum a todas as redes em *blockchain*¹⁰.

Portanto, trata-se de um meio seguro para guarda de dados, em que cada usuário da rede pode aferir a veracidade das informações ali inseridas, uma vez que a possibilidade de verificação da informação é assegurada pelos demais usuários a cada nova informação inserida. Com essas características principais em mente e considerando o objetivo de formular uma abordagem perspectiva desta tecnologia no meio antitruste, deixaremos de abordar exaustivamente os aspectos técnicos das DLT.

Nesse cenário, sabemos que o uso mais propagado da tecnologia atualmente são as chamadas criptomoedas, especialmente o *Bitcoin*¹¹. A título comparativo, da mesma forma que as SMTP (*simple mail transfer protocol*) permitem a transmissão de mensagens eletrônicas via e-mail independentemente dos provedores (como *Gmail e Hotmail*), o *Bitcoin* foi pioneiro ao permitir que usuários de sua rede realizassem transferências de valores de maneira independente das instituições financeiras¹².

Do ponto de vista das possíveis utilizações da *blockchain*, Swan divide a breve evolução histórica desta tecnologia em três períodos: *Blockchain 1.0*, baseado unicamente em transações financeiras como o *Bitcoin*; *Blockchain 2.0*, baseado em contratos inteligentes (*smart contracts*) e suas repercussões; e, por fim, a *Blockchain 3.0*, baseada em inovações além das transações financeiras, econômicas e de mercado¹³. Conforme veremos

¹⁰ Exemplificativamente, a rede utilizada para transações em *Bitcoin* não identifica os usuários detentores de chaves públicas. Dessa forma, qualquer pessoa pode ver que uma transação está sendo realizada entre os usuários A e B, sem que seja possível identificar A e B. Contudo, é tecnicamente possível construir uma rede sem essa característica, ou mesmo exigir legalmente a identificação dos usuários como requisito de validade jurídica das transações. Desse modo, entendemos que o anonimato não seja fundamental, embora a privacidade seja um grande atrativo do *blockchain* usado pelo *Bitcoin*.

¹¹ Vide FOBE, Nicole Julie. O Bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos. FGV – SP, 2016.

¹² SWAN, M.; DE FILLIPI, P. *op. cit.*, p. 10.

¹³ SWAN, M. **Blockchain – Blueprint for a new economy**. California: O'Reilly Books. 2017.

adiante¹⁴, o potencial impacto concorrencial dessas tecnologias estão especialmente abrangidos pelas *Blockchains* 2.0 e 3.0.

À primeira vista, diversos modelos tradicionais de negócios parecem não se encaixar na proposta do *blockchain*, uma vez que eliminação de intermediários significa, em última análise, o fim dos mercados como conhecemos hoje. Contudo, conforme aponta Swam, a efetiva implementação dos negócios em *blockchain* permitirá o surgimento de novos serviços voltados à oferta de ferramentas às empresas que aderirem às DLT¹⁵.

Assim, o principal atrativo e novidade dessas bases de dados é a possibilidade de eliminação da necessidade de um “terceiro confiável” (como uma empresa de cartão de créditos ou um banco) que ateste a validade das transações, como ocorre em grande parte dos arranjos comerciais tradicionais. Com base nas características elencadas ao longo do presente tópico, poderemos classificar os diferentes tipos de *blockchain* de acordo com modelos de acesso, uso e número de usuários.

2.2 *Blockchain pública e privada (ou por permissão)*

A segunda distinção necessária a fazer, antes de adentrarmos nas repercussões concorrenciais das tecnologias distribuídas, diz respeito à distinção entre *blockchains* públicas e privadas. Essencialmente, os formatos distinguem-se quanto à limitação de acesso e número de usuários da base de dados. Enquanto nas plataformas públicas o acesso é permitido a qualquer usuário interessado, as chamadas *blockchains* privadas, híbridas e em consórcio são acessíveis apenas a um número restrito e predeterminado ou autorizado de pares¹⁶.

A *blockchain* onde são realizadas as transações do Bitcoin é o exemplo mais conhecido de DLT pública. Por outro lado, empresas de *software* e instituições financeiras têm desenvolvido bases de dados próprias em *blockchain* para guarda de dados ou realização de transações financeiras entre os próprios clientes, sendo estes considerados modelos privados de DLT.

¹⁴ Vide tópico III.1.

¹⁵ SWAN, M. **Blockchain – Blueprint for a new economy**. California: O’Reilly Books. 2017, p. 85.

¹⁶ PERCIC, L. **Public vs. Permissioned (Private) Blockchains**. Disponível em: <https://medium.com/iryio-network/public-vs-permissioned-private-blockchains-99c04eb722e5>. Acesso em 17.07.2018.

De início, cabe destacar que a repercussão e a novidade entorno do *blockchain*, inclusive potenciais usos apontados como “revolucionários” ou “disruptivos”, estão ligados principalmente ao seu caráter público. Em verdade, do ponto de vista técnico, a utilização de uma base dados em *blockchain* ainda é considerada limitada em termos de escalabilidade, em razão da necessidade de checagem das informações por todos os nós – o que gera uma demora na confirmação da inserção de novos dados¹⁷ – sendo esta uma desvantagem em relação às bases de dados comuns.

Assim, críticos das chamadas *blockchain* privadas entendem como um certo oportunismo empresarial a utilização da tecnologia para fins internos, visto que não haveria novidade nesse modelo em comparação às bases de dados comuns¹⁸. Há, ainda, espécies intermediárias (chamadas de “semi-privada”/híbrida e em consórcio), em que a cadeia é aberta a todos os usuários que atendam a critérios determinados por uma entidade privada, que mantém a base de dados¹⁹.

Thibault Schepel²⁰ resume as classificações da *blockchain* da seguinte forma:

Tipos de blockchain	Pública	Híbrida	Privada	Consórcio
Acesso	Sem permissão requerida	Usuários autorizados <i>online</i>	Apenas membros privados	Apenas membros privados (que podem ser os cofundadores)
Uso	Como uma rede <i>blockchain</i> aberta	Lançada por uma empresa que <i>acquire</i>	Implementada por meio de rede	Implementada por meio de rede <i>blockchain</i> privada

¹⁷ A rede bitcoin processa em média sete transações por segundo, enquanto a rede da empresa de cartão de crédito Visa processa até 56 mil transações por segundo. Vide: <https://tecnoblog.net/219501/bitcoin-escalabilidade-segwit-bip-91-148/>. Acesso em 21.08.2018.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ MOUGAYAR, William. *The Business Blockchain: Promise, Practice, and Application of the Next Internet Technology*. New Jersey: Wiley, 2016, p. 26.

²⁰ SCHREPEL, T. **Is blockchain the death of antitrust law?** Em: *The Blockchain Antitrust Paradox* (prelo). 2018, p. 13.

Tipos de blockchain	Pública	Híbrida	Privada	Consórcio
		usuários posteriormente	<i>blockchain</i> privada	
Alvo da inovação	Novos modelos de negócio	Apoio a negócios existentes ou novos serviços	Apoio a negócios existentes ou novos serviços	Processos dentro de arranjos existentes
Governança da rede	Consenso público	Controlado por um único detentor	Controlado por um único detentor	Peso igual a todos os participantes
Número de usuários	Milhões	Centenas de milhares	Centenas a poucos milhares	Centenas a poucos milhares

A possibilidade das *blockchains* privadas serem alteradas por seu “proprietário” – presumivelmente detentor de mais da metade dos nós – acaba por esvaziar características centrais das DLT, como a imutabilidade e ausência de intermediários. Assim, a rigor, uma visão mais ortodoxa pode considerar que as modalidades privadas, híbridas e em consórcio de *blockchain* constituem, na verdade, apenas bases de dados privadas, sem inovação propriamente.

Em que pese a pertinência do debate acerca das redes privadas serem ou não consideradas espécies *blockchain* (DLT) em sentido estrito, consideraremos para fins do presente estudo tanto os potenciais efeitos das *blockchains* públicas quanto das privadas, de modo que seja possível uma visão mais ampla e abrangente do fenômeno do ponto de vista concorrencial.

Conforme veremos a seguir, tanto as DLTs públicas quanto as privadas propiciarão mudanças significativas nos modelos de mercado como conhecemos atualmente. Feitas tais considerações gerais sobre usos e características da tecnologia, passaremos a analisar as repercussões dessas tecnologias no campo do Direito da Concorrência e Antitruste.

3. A influência competitiva das DLT

A tecnologia *blockchain* é apontada como alternativa a diversas estruturas de mercado tradicionais. Dentre os arranjos que poderão ser desafiados com os potenciais usos da tecnologia estão, dentre outros, o de serviços notariais (que no Brasil estão a cargo dos oficiais registradores e

tabeliões), instituições financeiras (não apenas para realização de transações financeiras, mas também emissão de moedas), serviços públicos (resolução de disputas, licitações) e bancos de dados em geral (como prontuários médicos e rastreamentos logísticos)²¹.

A potencial eliminação de intermediários não é um consenso. Em artigo publicado em abril de 2018, a economista e Diretora-Geral do FMI Christine Lagarde afirmou que “a revolução da tecnologia financeira não eliminará a necessidade de intermediários confiáveis, como corretores e banqueiros. Há esperança, no entanto, de que operações descentralizadas impulsionadas por criptoativos levem à diversificação do panorama financeiro²²”.

A principal dificuldade em traçar um cenário panorâmico da repercussão concorrencial das DLTs nos mercados está ligada à versatilidade da tecnologia. Ao mesmo tempo em que pode ser utilizada para criar novos mercados (como o *Bitcoin* ou a *Ethereum*), pode ser também um valor mobiliário (por meio das chamadas ICOs²³) ou o meio de efetivação da empresa em si (conforme veremos adiante, por meio das DAOs, Dapps e DACs). Dessa forma, a *blockchain* ora se comporta como infraestrutura a novos mercados, ora se torna o mercado em si, inaugurando um novo modelo de negócio em que a competição dar-se-á ante outras *blockchains*.

Conforme veremos a seguir, para fosse possível abranger de maneira satisfatória as repercussões concorrenciais das DLT nos mercados tradicionais, optamos pela tradicional divisão de abordagem entre controle de condutas e estruturas, com um recorte metodológico com enfoque nos efeitos diretamente ligados à *blockchain*, em detrimento aos efeitos vinculados aos aspectos concorrenciais já existentes.

²¹ Para uma visão mais aprofundada sobre potenciais usos da tecnologia *blockchain*, vide: TAPSCOTT, A. & TAPSCOTT, D. *Blockchain Revolution*. São Paulo: Ed. Senai – SP, 2017.

²² LAGARDE, C. *An Even-handed Approach to Crypto-Assets*. 2018.

Tradução livre. Disponível em: <https://blogs.imf.org/2018/04/16/an-even-handed-approach-to-crypto-assets/>.

²³ Uma Initial Coin Offering (ICO) é uma oferta pública de ativos mobiliários criptografados via *blockchain*, o equivalente virtual à uma oferta pública de ações (IPO), onde o valor mobiliário negociado é uma informação guardada na rede *blockchain*. Vide: <https://www.negociosedinheiro.com/o-que-e-ico-initial-coin-offering>.

3.1 Controle de estruturas: novos modelos de organização empresarial (DAOs e DACs) e o Direito da Concorrência

Considerando-se os grupos societários e contratuais como objeto do controle de estruturas, a inserção do *blockchain* nesse cenário certamente trará mudanças de perspectivas e exigirá das autoridades reguladoras e dos agentes econômicos novos comportamentos para adequação à nova realidade. Conforme apontamos nos capítulos iniciais do presente estudo, o prognóstico de impacto concorrencial está principalmente atrelado às *Blockchains* 2.0 e 3.0. Isso porque a *Blockchain* 1.0 está adstrita às chamadas criptomoedas que, embora tenham evidentes efeitos concorrenciais, estão principalmente ligadas à regulação das autoridades monetárias.

Dentre as inovações inclusas nas chamadas *Blockchain* 2.0 e 3.0 estão tipos empresariais baseados em *smart contracts*, denominadas Organizações Descentralizadas Autônomas e Empresas Descentralizadas Autônomas (respectivamente DAO e DAC²⁴, na sigla em inglês²⁵), especialmente interessantes do ponto de vista do Direito da Concorrência.

Como visto anteriormente, a *Blockchain* 2.0 é definida pela possibilidade de firmar contratos - denominados *smart contracts* - auto executáveis, que permitem a implementação automática de uma cláusula assim que verificada a ocorrência de determinada condição ou termo. Na definição de Nick Szabo²⁶, os *smart contracts* representam programas de computador que atuam como contratos onde as cláusulas podem ser pré-programadas com a habilidade de auto executoriedade e/ou auto aplicabilidade. Desse modo, as tecnologias de registro distribuído (como o *blockchain*) e seus mecanismos de confiança descentralizada permitem a elaboração de contratos que não envolvam nenhum intermediário (como o Poder Judiciário) para seu fiel cumprimento.

A rede *Ethereum* é hoje o principal expoente dentre as plataformas baseadas em *blockchain* que oferecem como “serviço” a possibilidade de

²⁴ Decentralized autonomous organizations/corporations.

²⁵ Idem, op. cit, p,

²⁶ SZABO, Nick. **Formalizing and Securing Relationships on Public Networks**. First Monday Journal. Volume 2, Number 9 - 1 September 1997, p. 02.

criação de *smart contracts*, sem cobrar dos contratantes por isso. Diferentemente de outros tipos de DLT, a *Ethereum* permite aos usuários que criem softwares para funcionarem com base em seu protocolo, de modo que é possível criar inúmeros modelos de contrato inteligente a serem usados em qualquer site por meio da *Ethereum*.

Nesses casos, teríamos a rede *Ethereum* funcionando como plataforma intermediária entre partes de um contrato, onde o serviço oferecido pela plataforma são justamente os mecanismos que permitem a programação do contrato conforme a vontade dos contraentes do negócio jurídico.

Dessa forma, diferentemente de um contrato tradicional, o *enforcement* jurídico pode advir da própria vontade das partes – desde que observados os requisitos formais de validade. Além disso, o registro em cadeia de informações permite que ao usuário realizar auditorias de maneira automática e completa, sem a possibilidade que eventual informação escape do exercício do controle – inclusive do regulador.

O caráter imperativo do cumprimento das cláusulas, por outro lado, leva alguns autores a entender que os *smart contracts* não possuem natureza contratual. Nesse sentido DuPont e Maurer apontam que a inexistência de incerteza na execução e ausência de algo a adimplir tornaria os *smart contracts* “meros jogos automáticos de verificação”²⁷. Os autores lembram que até mesmo Vitalik Buterin, um dos criadores da *Ethereum*, admitiu certo arrependimento em chamar o objeto da tecnologia de “contratos”, uma vez que se tratam de programas “arbitrários”²⁸.

Um estágio intermediário entre os modelos de negócios atuais e as organizações totalmente descentralizadas (DAO e DACs) são as *Distributed Applications* (Dapps), que executam softwares de maneira autônoma para oferecimento de um serviço, sem haver um intermediário gerindo a oferta entre as pontas do negócio. Nesse modelo, são oferecidos atualmente serviços como o de caronas e vendas online sem intermediários (exemplificativamente: *LaZooz*, uma espécie de *Uber* compartilhado e *OpenBazaar*, que funciona como a *Amazon* ou *Ebay* em *blockchain*).

²⁷ DUPONT, Q.; MAURER, B. Ledgers and Law in the Blockchain. Kings Review. Disponível em: <http://kingsreview.co.uk/articles/ledgers-and-law-in-the-blockchain/>. Acesso em 01.08.2018.

²⁸ Idem, *ibidem*.

Por sua vez, as DAOs e DACs serão organizações complexas e automatizadas baseadas em *smart contracts*, tornando-se entidades empresariais autônomas, que poderão oferecer serviços previamente programados (e potencialmente auto programáveis, quando pensamos na combinação com inteligência artificial) ligados à *blockchain*²⁹. Certamente, o advento de mercados compostos inteiramente de empresas autônomas e autoexecutáveis significa um desafio ao controle de estruturas sob diversas óticas como definição de mercado relevante do ponto de vista geográfico e do produto, controle de preços, barreiras à entrada, concorrência potencial e mensuração de participação de mercado dos agentes.

A infraestrutura *blockchain* permite ainda a expansão de mercados automatizados (*automatic markets*), em que um recurso fungível (como água, energia elétrica, comida) é transacionado diretamente e sem intermediários, com definição de preço e quantidades definidas conforme a necessidade do usuário e a disponibilidade total do bem³⁰. Ressalte-se que a oferta de bens essenciais segundo o modelo automatizado dependeria de fatores como a capacidade de pagamento dos usuários, uma vez que um mercado integralmente automatizado deverá considerar as diferentes realidades numa sociedade desigual.

Quanto à definição de mercado relevante sob a ótica do produto, Schrepel aponta diferentes métodos para definição de critérios nos mercados baseados em *blockchain*³¹. O autor conclui que a análise deve ser feita de acordo com a aplicação utilizada por meio da *blockchain*, de modo que redes *blockchain* podem concorrer com mercados tradicionais a depender do serviço oferecido pelo usuário final.

Tal definição estaria de acordo com o Guia para análise de atos de concentração horizontal do Cade, que define a delimitação do mercado relevante como a “identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da

²⁹ SWAM, M. *op cit.*, p. 23.

³⁰ SWAN, M. **Automatic Markets**. Broader Perspective blog, 2009. Disponível em: <http://futurememes.blogspot.com/2009/08/automatic-markets.html>. Acesso em 10.08.2018.

³¹ SCHREPEL, T. *op. cit.*, pp. 22-25.

empresa resultante da operação”³². Assim, eventualmente, uma *blockchain* poderia se tornar um mercado relevante por si só, porém não é possível presumir verdadeira tal afirmativa em relação a todos os mercados, uma vez que é perfeitamente possível o surgimento de *blockchains* concorrentes entre si ou mesmo com outros mercados tradicionais.

Por outro lado, a definição de mercado conforme a finalidade do serviço não oferece solução quanto aos critérios para aferição de participação de mercado dos agentes. Nesse sentido, poderia ser utilizado como parâmetro o número de usuários de uma rede, o número de transações, o número de nós ou blocos de uma rede, as receitas totais movimentadas, dentre outros³³. Além disso, considerando a inexistência de barreiras geográficas, A definição quanto ao aspecto geográfico também demanda uma análise própria e detalhada.

Conforme aponta Ana Frazão, os critérios e metodologias tradicionais de identificação de mercados relevantes podem ser falhos quando aplicados a mercados estruturados pela tecnologia³⁴, não sendo diferente em relação a arranjos baseados em DLT. Vê-se, portanto, que a implementação das DLT para substituir totalmente ou competir com os mercados tradicionais desafiará a análise antitruste especialmente em relação aos critérios utilizados hoje no âmbito do controle de estruturas.

3.2 Controle de condutas: perspectivas

Dentre os elementos distintivos das DLT, duas características em especial despertam atenção do ponto vista do controle de condutas: o caráter compartilhado da rede e o anonimato dos usuários. Em relação ao caráter compartilhado, conforme aponta Schrepel, a diversidade de agentes atuando em conjunto por meio da *blockchain* dificulta a identificação do chamado agente dominante e, conseqüentemente, a caracterização ou não de abuso de posição dominante.

³² CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. 2016, p. 13. 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 16.08.2018.

³³ SCHREPEL, T. *op. cit.*, p. 26.

³⁴ FRAZÃO, A. *Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 144.

Igual dificuldade surge fins de aferição de participação de mercado³⁵, de modo que a multiplicidade de nós de uma rede *blockchain* pode impossibilitar a identificação de uma empresa ou grupo econômico de maneira clara, permitindo o excêntrico surgimento de monopólios sem monopolistas³⁶. A combinação tácita de preços ou adoção de comportamentos abusivos por meio de redes anônimas não são hipóteses remotas.

Nesse contexto, Huberman *et al* destacam que a regulação concorrencial em mercados monopolísticos se dá justamente para mitigar os abusos de poder dos agentes monopolistas³⁷. Entretanto, considerando a possibilidade de surgimento de mercados em que o agente atua por meio de uma rede compartilhada anônima, os meios legais de regulação serão objeto de debate entre a sociedade, técnicos (do direito e da tecnologia) e legisladores.

Schrepele observa que a estrutura fornecida pelas DLT não só facilita a prática de condutas anticompetitivas já conhecidas como permite o surgimento de novas práticas relacionadas ao uso do *blockchain*³⁸. Contudo, necessário destacar que a probabilidade de implementação das referidas práticas está principalmente ligada às chamadas *blockchains* privadas, onde a existência de uma ou poucas entidades centrais controladoras permite o exercício de condutas abusivas e exclusionárias com maior facilidade.

Por outro lado, o caráter público das redes (presente em apenas alguns casos) permitiria em determinadas hipóteses a prevenção de práticas já conhecidas, como a combinação de preços, a recusa de venda e a venda casada. Não é sem razão que Buterin aponta a resistência à colusão como uma das principais utilidades da descentralização do sistema *blockchain*³⁹. A transparência das redes públicas, que possibilitam a auditoria de todas as transações pelos pares da rede, permite-nos inferir a tendência à diminuição de práticas anticompetitivas na eventual consolidação de mercados estruturados em DLTs públicas.

³⁵ SCHREPEL, T. *op. cit.*, p. 22.

³⁶ HUBERMAN, G.; LESHNO, J. D.; MOALLEMI, C. C. **Monopoly without a monopolist: an economic analysis of the Bitcoin Payment System**. Columbia Business School, 2017, p. 37.

³⁷ Idem, *ibidem*.

³⁸ SCHREPEL, T. *op. cit.*, p. 25.

³⁹ BUTERIN, V. *op. cit.*

Relativamente às práticas anticompetitivas introduzidas pelas DLTs, destaca-se a possibilidade de ocorrência de “inovação predatória”, definida como a alteração de um ou mais elementos técnicos de um produto com o propósito de eliminar ou limitar a concorrência⁴⁰. Nesse contexto, eventuais mercados estruturados completamente em uma rede *blockchain* privada estariam sujeitos a eventuais alterações técnicas impostas por um único agente.

Para evitar a concentração de poder de mercado com o detentor da infraestrutura *blockchain* (no caso de redes fechadas, híbridas ou em consórcio), é necessário assegurar meios de interoperabilidade e portabilidade das informações ali mantidas. No âmbito das discussões já realizadas pela União Europeia nesse contexto⁴¹, os Estados-membros indicaram a importância da garantia desses institutos (interoperabilidade e portabilidade) nos futuras normas a serem editadas sobre o tema.

Com efeito, o momento atual indica um crescimento das redes privadas em decorrência dos investimentos das grandes empresas⁴². Ao mesmo tempo, o crescimento de redes públicas tem enfrentado resistência inclusive de aparatos institucionais de relevo, como a referida manifestação da diretora do FMI em relação ao *Bitcoin*. Nesse contexto, é necessário que a análise das externalidades trazidas aos mercados pela *blockchain* seja feita de maneira específica e considerando as características específicas de cada tecnologia. A distinção necessária entre os potenciais usos das redes é também fator essencial no mesmo sentido.

4. DLT como ferramenta regulatória

Conforme visto ao longo do presente estudo, autoridades estatais buscam meios efetivos de regulação ante o rápido crescimento da tecnologia *blockchain*, sendo o principal alvo atualmente as chamadas criptomoedas

⁴⁰SCHREPEL, Predatory Innovation: The Definitive Need for Legal Recognition, SMU Sci. & Tech. L. Rev, 2017, p. 06.

⁴¹ Comissão Europeia. “Cooperation on a European Blockchain Partnership”. Disponível em http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50954. Acesso em 30.08.2018.

⁴² Nesse sentido: **PwC Global Survey: Corporate Interest in Blockchain on the Rise**. Disponível em: <https://bitcoinmagazine.com/articles/pwc-global-survey-corporate-interest-blockchain-rise/>. Acesso em 28.08.2018.

(especialmente o *Bitcoin*). No presente capítulo, veremos que a tecnologia DLT pode ser uma ferramenta regulatória em si, tanto com fundamento na chamada *lex cryptography*, de Wright e De Fillipi, ou mesmo com base na teoria “*code is law*” de Lessig⁴³.

Em razão de sua vasta aplicação, as DLTs permitem às autoridades reguladoras, especialmente à autoridade de defesa concorrência, atuar de maneira potencialmente mais efetiva quando comparamos o cenário atual de ferramentas disponíveis aos agentes do estado. Lawrence Lessig apontou em sua obra *Code*⁴⁴, que a regulação em meios digitais se daria por meio do código de programação do *software*, pois uma vez programado o protocolo da tecnologia funciona conforme as regras definidas pelo programador. Assim, a regulação no ciberespaço seria realizada primariamente por meio do código.

Especificamente no âmbito das DLT, Wright e De Fillipi percorrem caminho semelhante com a chamada *lex cryptography*⁴⁵. Enquanto Huberman *et al*, no ensaio “*Monopoly without a monopolist*”, concluem pela impossibilidade e desnecessidade de regulação da *blockchain* do *Bitcoin*, os juristas Wright e De Fillipi apontam para o surgimento de uma *lex cryptography*, onde a regulação e governança desses novos sistemas estariam previstos dentro de cada rede, e não impostas por um sistema legal centralizado⁴⁶.

Naturalmente, Estados e ordenamentos jurídicos não ficaram inertes às transformações trazidas pelo *blockchain* nos negócios, especialmente em relação ao *Bitcoin*. Japão, Reino Unido e alguns estados Norte-Americanos já possuem legislações específicas sobre as criptomoedas⁴⁷. Nesse sentido, os Estados-membros da Comissão Europeia assinaram em abril de 2018 a

⁴³ LESSIG, L. **Code v. 2.0**. New York: Basic Books. 2006, p. 83. Disponível em <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso em 20.08.2018.

⁴⁴ LESSIG, L. *op. cit.*, p. 83. .

⁴⁵ WRIGHT, A. DE FILLIPI, P, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁶ WRIGHT, A. DE FILLIPI, P. **Decentralized Blockchain Technology and the rise of lex cryptography**. 2015 p. 56. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664. Acesso em 17.07.2018.

⁴⁷ NELSON, A. **Cryptocurrency Regulation in 2018: Where the World Stands Right Now**. 2018. Disponível em: <https://bitcoinmagazine.com/articles/cryptocurrency-regulation-2018-where-world-stands-right-now/>. Acesso em 15.07.2018.

declaração de Cooperação em Parceria Europeia em *Blockchain*⁴⁸, como fruto do trabalho do Observatório e Fórum Europeu de *Blockchain*. Nesses casos, especialistas possuem ressalvas quanto ao modo de *enforcement* das sanções normativas, pois muitas vezes a mudança na programação das redes depende da anuência de milhares de usuários – que podem ser anônimos.

Além disso, há outras questões centrais a serem definidas para que seja possível encontrar um meio adequado de regulação das DLT. O próprio objeto da regulação, considerando as diferentes aplicações da tecnologia, não é algo claramente definido. O papel dos juristas e reguladores nesse momento é voltado à definição sobre quais atividades relacionadas à *blockchain* deveriam ser reguladas, bem como quais seriam os meios efetivos de aplicação das medidas regulatórias, uma vez que a rede é, em tese, programada para ser alterada apenas por seus pares.

Em termos práticos, a imposição de remédios antitruste a uma rede descentralizada e aberta (como DAOs e DACs) deveria contar com a anuência de, ao menos, mais da metade dos nós para que fosse implementada. Nesses casos, estaríamos falando em redes empresariais difundidas pelo mundo, de modo que a autoridade antitruste deveria ter jurisdição sobre a maior parte dos pares para fazer valer sua decisão.

Um caminho proposto para solucionar questões como essa são as chamadas regras de identificação dos usuários (*know your cliente rules*), que impõem aos programadores das redes a identificação dos pares para que o negócio possa ser implementado⁴⁹. Um segundo caminho é o conceito de Jeff Roberts denominado “infiltração regulatória”, que consiste na intervenção regulatória por meio do próprio protocolo do software regulado⁵⁰, justamente como proposto por Lessig em *Code*.

⁴⁸ Comissão Europeia. “*Cooperation on a European Blockchain Partnership*”. Disponível em http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50954. Acesso em 30.08.2018.

⁴⁹ Nesse sentido, a autoridade bancária de Singapura e a Securities and Futures Commission (SFC) of Hong Kong estabeleceram regras segundo o modelo *know your client* para transações com *Bitcoin*. Vide: <https://www.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/EN/circular/doc?refNo=17EC79>. Acesso em 30.08.2018.

⁵⁰ **The Law of Blockchain: Beyond Government Control?** http://amp.timeinc.net/fortune/2018/05/10/blockchain-law?__twitter_impression=true:

Schrepel aponta o modelo de infiltração regulatória como o mais efetivo, se não o único, meio de garantir a eficácia do Direito Antitruste no ambiente das DLTs. Para isso, as disposições normativas seriam transformadas em códigos de programação e inseridas nas redes *blockchain* em que fossem realizados os negócios jurídicos, propiciando o *compliance* obrigatório das normas de defesa da concorrência⁵¹. Desse modo, percebe-se que a implementação de DLTs oferece também ao agente regulatório novas ferramentas para atuar como “regulador digital” com paridade de armas ante os demais agentes de mercado.

5. Conclusões

O presente estudo teve como objeto uma abordagem abrangente e panorâmica, do ponto de vista concorrencial, das *Distributed Ledger Technologies*, conhecidas especialmente em razão da *Blockchain* e o uso no *Bitcoin*. Apesar do desafio de tratar de um tema novo e que ainda não foi abordado de maneira profunda pela doutrina antitruste e autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, é possível observar características e tendências que conduzirão os mercados nos próximos anos.

Tratando-se de um contexto tecnológico, naturalmente a discussão pode ser superada com o surgimento de novos produtos mais eficientes que a *blockchain*, por exemplo. Justamente por esse motivo, optou-se por utilizar o termo “DLTs”, que abrange inclusive *softwares* vindouros que contenham as características exploradas no presente ensaio.

No âmbito do controle de estruturas, os novos arranjos empresariais e contratuais proporcionados pelas chamadas *Blockchain 2.0* e *3.0* exigirão novas metodologias da análise antitruste tradicional, em especial em relação à definição de mercado relevante, do ponto de vista do produto e geográfico, bem como dos critérios de mensuração de participação de mercado.

Relativamente ao controle de estruturas, além do potencial uso das DLTs no contexto de condutas anticompetitivas já conhecidas, será necessária atenção do regulador para o crescimento das chamadas *blockchains* privadas e híbridas, cujo controle é atribuído a uma empresa ou grupos empresariais. Nesses cenários o caráter de transparências existente nas redes públicas é mitigado, de modo que um esforço regulatório maior será exigido para combater práticas anticompetitivas.

⁵¹ SCHREPEL, T. *op. cit.* p. 40.

Por fim, vimos ainda que as DLTs constituem também uma poderosa ferramenta regulatória que será útil para a construção de um ambiente competitivo e inovador que assegure o bem-estar do consumidor. Um panorama legal e regulatório desenvolvido de maneira adequada certamente trará vantagens para o crescimento das DLTs no Brasil.

Como visto, temos ainda um cenário de pouca regulação específica voltada para a *Blockchain* no mundo, pois vivemos ainda um estágio de observação. Nesse sentido, o papel do Direito da Concorrência, conforme aponta Ana Frazão, deve ser não apenas tutelar e fomentar a inovação, mas compreender o papel desta na própria evolução e conformação dos mercados⁵².

Referências bibliográficas

BUTERIN, V. **The Meaning of Decentralization**. 2017. Disponível em <https://medium.com/@VitalikButerin/the-meaning-of-decentralization-a0c92b76a274>. Acesso em 18.07.2018.

CADE. **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 16.08.2018.

DUPONT, Q.; MAURER, B. **Ledgers and Law in the Blockchain**. Kings Review. Disponível em: <http://kingsreview.co.uk/articles/ledgers-and-law-in-the-blockchain/>. Acesso em 01.08.2018.

FRAZÃO, A. *Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FOBE, Nicole Julie. *O Bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos*. FGV – SP, 2016.

⁵² FRAZÃO, A. *op. cit.* p. 63.

HUBERMAN, G.; LESHNO, J. D.; MOALLEMI, C. C. Monopoly without a monopolista: an economic analysis of the Bitcoin Payment System. Columbia Business School, 2017.

LAGARDE, C. **An Even-handed Approach to Crypto-Assets**. 2018. Disponível em: <https://blogs.imf.org/2018/04/16/an-even-handed-approach-to-crypto-assets/>.

LESSIG, L. **Code v. 2.0**. New York: Basic Books. 2006. Disponível em <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso em 20.08.2018.

MOUGAYAR, William. *The Business Blockchain: Promise, Practice, and Application of the Next Internet Technology*. New Jersey: Wiley, 2016.

NELSON, A. **Cryptocurrency Regulation in 2018: Where the World Stands Right Now**. 2018. Disponível em: <https://bitcoinmagazine.com/articles/cryptocurrency-regulation-2018-where-world-stands-right-now/>. Acesso em 15.07.2018.

PERCIC, L. **Public vs. Permissioned (Private) Blockchains**. Disponível em: <https://medium.com/iryo-network/public-vs-permissioned-private-blockchains-99c04eb722e5>. Acesso em 17.07.2018.

SCHREPEL, Predatory Innovation: The Definitive Need for Legal Recognition, *SMU Sci. & Tech. L. Rev*, 2017.

_____. **Is blockchain the death of antitrust law?** Em: *The Blockchain Antitrust Paradox* (prelo). 2018.

SWAN, M. **Automatic Markets**. Broader Perspective blog, 2009. Disponível em: <http://>

futurememes.blogspot.com/2009/08/automatic-markets.html. Acesso em 10.08.2018.

_____. **Blockchain – Blueprint for a new economy**. California: O'Reilly Books. 2017.

_____; DE FILLIPI, P. **Toward Philosophy of Blockchain**. *Metaphilosophy* (Wiley) Vol. 48, N. 5, 2017.

SZABO, Nick. **Formalizing and Securing Relationships on Public Networks**. *First Monday Journal*. Volume 2, Number 9 - 1 September 1997.

TAPSCOTT, A. & TAPSCOTT, D. **Blockchain Revolution**. São Paulo: Ed. Senai – SP. 2017.

WRIGHT, A. DE FILLIPI, P. Decentralized **Blockchain Technology and the rise of *lex cryotographia***. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664. Acesso em 17.07.2018.

TWO-SIDED MARKETS AND THE ROLE OF ANTITRUST LAW – LESSONS FROM GOOGLE SHOPPING AND AMERICAN EXPRESS

Jackson de Freitas Ferreira

Abstract: In this Feature, we will analyze the EU Google Shopping case to try to identify how the two-sided nature of Google’s business has affected the European Commission’s analysis. To do this, we will keep in mind lessons from the American Express case in the US and the controversy raised by the decisions of the US Court of Appeals for the Second Circuit and the US Supreme Court, adopting a single-market and net-effect approach to that case. We hope the lessons we draw from both cases will help us reflect on the future of antitrust law enforcement in view of modern two-sided platforms.

Key words: Two-sided markets – Platforms – Google Shopping – American Express – Antitrust

*Mercado de dois lados – Plataformas – Google Shopping –
American Express – Antitruste*

Introduction

In June 2017, the world was astonished at the €2.42 billion fine that the European Commission (also referred to in this Feature as “Commission” or “EU”) imposed on Google as a penalty for the company allegedly abusing its dominance in the search engine market, by building its Google Shopping service. After concluding an investigation that started in 2010, the EU determined that Google had abused a dominant position in the European Economic Area (EEA) by favoring its own comparison shopping service (Google Shopping) on its search results pages to the detriment of rival comparison shopping services.¹

¹ Commission Press Release, IP/17/1784 (Jun. 27, 2017) and Commission Decision, case AT.39740 (Google Search (Shopping)) (Feb. 25, 1991).

According to the Commission, Google adopted the strategy of systematically positioning and prominently displaying Google Shopping on the Google general search results pages, and of not applying the same system of penalties to Google Shopping, which it used to apply to other services. Crucial to the case is the fact that competitor comparison services were not allowed to bid for space on Google Shopping, so they were subjected to Google's search algorithms that pushed them down the list of search results. That allegedly caused an artificial diversion of traffic from the rival comparison shopping services, impairing their ability to compete, and ultimately hurting consumers and innovation.²

Google tried to defend itself by arguing that the company never intended to artificially divert traffic and harm consumers; rather, its intention was to improve the quality of its shopping service and, consequently, improve the user experience.³ The company is now appealing against this record fine. It has also been defending itself in other countries, regarding the same or similar issues, as is the case in Brazil and India.

Grasping the analysis of the Google Shopping case before the European Commission is challenging in a sense. The relevant product market for Google Shopping was defined as the market for comparison shopping services. Based on the literature, it can be reasonably considered a two-sided market corresponding to a two-sided platform.⁴

Note that, although the European Commission did not expressly refer to a two-sided platform when addressing the market for comparison

² Commission Press Release, IP/17/1784, *supra* note 1. See, also, <https://theconversation.com/googles-defence-for-breaking-eu-law-our-users-wanted-us-to-do-it-80218>.

³ As stated by Google's General Counsel on June 27, 2017 (see <https://www.blog.google/topics/google-europe/european-commission-decision-shopping-google-story/>). See also Google's appeal to the European General Court (European Commission, 'Action brought on 11 September 2017 – *Google and Alphabet v Commission*', Case T-612/17, Official Journal of the European Union (Oct. 30, 2017)).

⁴ For instance, Sébastien Broos and Jorge Marcos Ramos (2015): "Google Search is a two-sided platform... Google Shopping is also a two-sided platform operating a vertical search engine..." *Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets*. Giacomo Luchetta (2012) and Manne and Wright (2010), for instance, have different views.

shopping services, but only when referring to general search, we understand that Google Shopping is a two-sided platform and also that the European Commission was completely aware of this while analyzing the case.⁵ For us, the very fact that the Commission adopted a single-market approach to the relevant product market for comparison shopping services is evidence of this.

As we focus on comparison shopping services as the central market (encompassing advertisers, on one side, and users, on the other) at stake in the Google Shopping case, we wonder why, in another two-sided market case under the spotlight – *US v. American Express*⁶ – there was so much controversy over whether there should be a single or a multiple-market approach to the two-sided platform (the credit card transaction platform). That is, why, in that case, the District Court considered that the cardholders should occupy a different market than the merchants on the other side of the platform, instead of making up a single product market for credit card services. The US Court of Appeals for the Second Circuit (“Circuit Court”) later reverted the approach and the Supreme Court affirmed the Circuit Court’s decision in *Ohio v. American Express*.⁷

Moreover, we also wonder how much the EU’s refusal of Google’s central argument, in that the company’s intention with Google Shopping was to improve the user’s shopping experience,⁸ resembles the American Express (or, simply, “Amex”) controversy over whether the focus of the effects analysis should be in the “overall consumer satisfaction” (a “net-effect” analysis) or not. Our impression is that the resemblance is great, even though both situations may be significantly different in nature. We see in both cases the concern whether improvements for consumers, efficiencies, or even procompetitive effects can justify anticompetitive effects.

At the end of this Feature, we will conclude that both the Google Shopping and the American Express cases are very different from each other, requiring different rationales, even though both deal with two-sided platforms. But we also aim to show that they can be very similar in what matters most:

⁵ For instance, see language of paragraphs 159, 196 and 206 of the Commission Decision.

⁶ *United States v. Am. Express Co.*, 838 F.3d 179 (2d Cir. 2016).

⁷ *Ohio v. Am. Express Co.*, 138 S.Ct. 355 (2017) and *Ohio v. Am. Express Co.*, 138 S. Ct. 2274, 2280 (2018).

⁸ See the public note issued by Google’s General Counsel, *supra* note 3.

the importance given to antitrust principles when addressing potential anticompetitive effects and weighing them against gains and efficiencies.

1. The idea of two-sided markets and how it plays out in Google Shopping and Amex

As explained by Katz and Sallet (2018),⁹ the scholarly definition of two-sided (or multisided) platforms (or markets) comes from Jean-Charles Rochet and Jean Tirole in their 2006 work *Two-Sided Markets: A Progress Report*.¹⁰ In a nutshell, a firm is a platform if total transaction volume is affected when the structure of prices ($p1 + p2 = P$ as the net price level) is modified while holding the net price constant. If the structure (individual prices $p1$ and $p2$) does not matter, but only the net price, thus, under the definition, the firm is not a two-sided platform.

In practice, in two-sided markets, there are two groups of consumers and a platform is needed in order to connect them. This is because there are benefits arising from the simultaneous presence of the two groups and only the platform is able to internalize them, making both groups interdependent and, at the same time, dependent upon the platform.¹¹ Some of the most important online markets can be understood as two-sided platforms, such as Google, Facebook, Amazon and eBay. Other markets, such as credit cards, video-games, shopping centers and real estate brokers, are also two-sided platforms.¹²

Although Katz and Sallet make it clear that distinguishing between two-sided markets and single-sided ones is not always easy – which suggests that the nature of antitrust enforcement should not differ so much based on which type of market is being addressed¹³ – indeed, when it comes to two-

⁹ See Katz, Michael L. and Sallet, Jonathan, *Multisided Platforms and Antitrust Enforcement*, 127 YALE L.J. 2148, 2149 (2018).

¹⁰ Rochet, Jean-Charles & Tirole, Jean. *Two-Sided Markets: A Progress Report*, 37 RAND J. ECON. 645 (2006).

¹¹ See Mattiuzzo, Marcela. *Propaganda online e privacidade: o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Revista do IBRAC, v. 21, n. 26, at 5 and 6, jul./dez. 2014.

¹² Idem, at 5.

¹³ See Katz and Sallet (2018), *supra* note 9, at 2148.

sided platforms, economic analysis has to take into account the relationships between the sides of a platform before drawing antitrust conclusions.¹⁴

“Two-sided” and “multisided” are usually used as synonyms. In this Feature, we will prefer “two-sided” over “multisided”. Also, most of the time, we will use “market” and “platform” interchangeably, but for the cases where “market” stands for the technical term “relevant market”, when we will prefer it over “platform”.

The credit card industry is a good example of the idea of two-sided markets. As explained by the Circuit Court in the Amex case, the cardholder and the merchant depend on the widespread acceptance of a credit card. Cardholders will not see the benefit in holding a card unless it is accepted by a wide range of merchants; likewise, merchants will not be interested in accepting a card that not many cardholders use.¹⁵ To succeed, the credit card network has to strike the right price balance on the two sides of the market, although it may be difficult given the tension between the interests of the merchants and the cardholders – merchants want lower network fees, while cardholders want rewards, services and benefits that are funded by fees. A credit card company may even decide not to charge cardholders for usage (charging only merchants), given the tension.¹⁶

The tension between merchants and cardholders is at the heart of the Amex case. The complaint filed by the United States and seventeen Plaintiff States was exactly that merchants were prohibited, by the anti-steering provisions of the Amex merchant agreement, to encourage customers to use other less expensive or otherwise preferred competitors’ cards. Plaintiffs sustained that those provisions had the potential to eliminate Interbrand competition and reduce the incentives for networks to reduce credit card fees.¹⁷ Amex’s interest in maintaining those fees relates exactly to the potential that merchants’ steering behavior has of interfering with the network ability to balance its two-sided net price.¹⁸

¹⁴ Motta, Massimo. Interview for the Competition Policy International (CPI Talks), May 15, 2018.

¹⁵ *US v. American Express*, *supra* note 6, at 187.

¹⁶ *Idem*, at 187.

¹⁷ *US v. American Express*, *supra* note 6, at 192 and 193.

¹⁸ *Idem*, at 193.

As for Google Shopping, as we mentioned, we believe it is a two-sided platform. Feedback effects are a powerful indication of that. We disagree with Manne and Wright (2010) in that the feedback effects in Google are usually unidirectional, which would make them attenuated, as they are very much focused on the advertisers (who want more and more users) and not on the users (who are not interested in advertisers).¹⁹ But we believe that, in Google Shopping, this is simply not the case, as users looking for a product presumably want to have as many different advertisements as possible displayed on their screen for the purpose of price comparison. The more advertisers displaying the desired product on the shopping carousel, the better the users' shopping experience.²⁰ That is why we understand feedback effects in Google Shopping as being bidirectional.

In any event, and also considering that there is no consensus as to the definition of two-sided markets, one could apply the suggested concept of Katz and Sallet (2018),²¹ based on E. Glenn Weyl (2010)²², to realize that, even if the bilateral feedback effects were absent, Google Shopping could still be considered a two-sided platform. According to this concept, a firm can be considered a two-sided platform when “*cross-platform network effects* occur in at least one direction and the firm facilitates interactions between two or more groups of users, can set distinct prices to different user groups, and has market power with respect to those groups”. Cross-platform network effects happen when members on one side of the platform make the platform more attractive to users on the opposite side. As they point out, besides being able to encompass firms commonly labeled as two-sided platforms in recent antitrust litigation (which includes, in our opinion, Google Shopping) this approach is also more helpful for the purposes of antitrust enforcement.²³

Departing from the issues clearly identified by Katz and Sallet (2018),²⁴ we see two major implications when considering the comparison

¹⁹ Manne and Wright (2010), *supra* note 8, at 38.

²⁰ Obviously, provided that there is enough diversity on the carousel as to prices and types of products. This is not trivial considering that announcers bid for space on the carousel, instead of being subjected to a general search algorithm.

²¹ See *supra* note 9, at 2150.

²² Weyl, E. Glen. *A Price Theory of Multi-Sided Platforms*, 100 AM. ECON. REV. 1642, 1644 (2010).

²³ See *supra* note 9, at 2150.

²⁴ See *supra* note 9, at 2142 to 2146.

shopping service as a two-sided platform. The first one is to have to decide whether to adopt (i) a single-market approach, encompassing both sides of the platform as two interdependent mechanisms of one single structure, or (ii) a multiple-market approach, considering each side of the platform as a specific market. The second one is to adopt either (i) a net-effect analysis, accounting for possible benefits or efficiencies giving rise to the so-called “overall consumer satisfaction”, or (ii) a separate-effect analysis, whereby benefits or procompetitive effects on one side of the platform cannot compensate for anticompetitive effects on the other side.

Both implications are at the core of the controversy in the Amex case, as the Circuit Court (affirmed by the Supreme Court) did not agree with the District Court’s multiple-market approach (separating cardholders and merchants) and required that antitrust injury to cardholders (and not only to merchants) would also have to be proven. By adopting a net-effect approach and mentioning the need to advance the “overall consumer satisfaction”, the Circuit Court considered that the anti-steering provisions could be helpful to maintain cardholder satisfaction, which could, for its part, have positive effects on merchants’ sales.²⁵

Regarding Google Shopping, the European Commission conceived of a single market instead of two (one market corresponding to one side of the platform: users and advertisers) and analyzed the possible anticompetitive concerns with regards to the whole platform, and not to each side separately. On the other hand, as there were no anticompetitive effects on the other side of the platform (advertisers) at issue in the case, the EU did not have to address the net or separate-effect analysis issue within the platform. In any event, the Commission was not persuaded by the idea of considering benefits or efficiencies on one side of the platform (the comparison shopping users) as possibly outweighing (and, thus, *justifying*) anticompetitive effects on competitors.²⁶

²⁵ *US v. American Express*, *supra* note 6, at 207.

²⁶ We believe that there were no anticompetitive effects on the other side of the platform (advertisers) at issue in the case. In Google Shopping, alleged negative effects overflow the platform to reach competing comparison shopping platforms: competing comparison shopping platforms were claiming dominance abuse, not Google’s advertisers. We will discuss this in detail in chapter 3, below.

2. The approaches to market and effects

The Amex case can help us reflect on the appropriateness of defining a single market when dealing with two-sided markets. We do not believe that there is a one-size-fits-all approach to relevant market in all cases, because there are markets whose relationships within the platform seem to request a single-market approach (this is the case of Google Shopping, in our view), while others should be addressed by means of a multiple-market approach (for instance, the credit card platforms, such as Amex).

The Circuit Court disagreed with the District Court's market approach, which considered that the cardholders should occupy a different market than the merchants on the other side of the platform, instead of making up a single product market for credit card services. For the Circuit Court, the District Court should have collapsed the markets for credit card issuance and credit card network services into one platform-wide market for the provision of credit card services.²⁷ The US Supreme Court adopted the same approach²⁸. By now adopting this single-market approach, it was much easier to also adopt a net-effect analysis whereby the presence of potential procompetitive effects benefitting cardholders (including more rewards) could be deemed a legitimate reason for tolerating actual negative effects on merchants deriving from Amex's anti-steering provisions.

In Google Shopping, the Commission clearly identified two markets under its analysis – the markets for general search services and comparison shopping services.²⁹ In our opinion, however, the fact that one of the sides of the platform bore an intersection with the market for general search engines – that is, the Google Shopping platform is not exclusive inasmuch as it uses the general Google search page – does not mean that they belong to the same platform. The presence of the market for general search in the EU analysis was crucial, though, for the argument on abuse of dominance, according to which Google had tried to leverage its position in the comparison shopping market by using its established power in the general search market.

As for conduct effects, differences between both cases at issue are great. The US Supreme Court and the Circuit Court saw potential benefits

²⁷ *US v. American Express*, *supra* note 6, at 197.

²⁸ *Ohio v. Am. Express Co.*, *supra* note 7, at 2287.

²⁹ Commission Decision, case AT.39740 (Google Search (Shopping)), *supra* note 1, paragraphs 155 and 191.

associated with the anti-steering provisions, so much that it would not be the case to disturb the way the market operates and, in its view, it was an error to focus so much on the interests of merchants while not paying attention to those of cardholders.³⁰ On the other hand, the EU totally dismissed Google's central justification that its conduct had a good effect on the users' experience and, not being abusive, should not be condemned.³¹ For the EU, engaging in certain conduct just because consumers will react positively to it is no reasonable justification.

3. Why Google Shopping and Amex are so different

In Google Shopping, the EU accounted for a single market definition: the market for comparison shopping services, instead of defining two markets within the comparison shopping platform (with advertisers making up one of them, and users, another).

However, in Google Shopping, the EU ended up considering that the benefits to users, by virtue of the improvement in the users' experience, could not justify potential harm to competitors in the comparison shopping market. Those competitors, not being allowed to participate as advertisers on the other side of the Google Shopping platform, ended up being excluded from the market by Google allegedly diverting the traffic to its own service, as sustained by the EU.

This draws our attention in light of the approach of the Circuit Court and the US Supreme Court to the Amex case. There, the courts realized that procompetitive effects brought about by non-steered³² cardholders, including their possibility of gaining more rewards, and that potentially stimulating their increased use of the Amex card and ultimately benefiting merchants with more purchases³³ could outweigh anticompetitive effects on merchants. That is, the merchants not being able to request that cardholders make purchases with

³⁰ *US v. American Express*, *supra* note 6, at 204.

³¹ See the Commission Decision, case AT.39740 (Google Search (Shopping)), *supra* note 1, paragraph 159.

³² "Non-steered" as not being induced by merchants to use another card brand instead of Amex, as explained in chapter 1, above.

³³ See *US v. American Express*, *supra* note 6, at 206, for instance: "...merchants still would benefit from Amex's NDPs [nondiscriminatory provisions – the anti-steering provisions] insofar as those NDPs help attract cardholders."

cards that charge merchants less than Amex could be fine, in the eyes of the court, as long as there would be no injury to cardholders and that they actually ended up better off within the platform.³⁴

One might think that this approach is due to the fact that both sides of the comparison shopping platform are not interdependent to the same degree as in other two-sided markets, notably, the credit card platforms. In Google Shopping, advertisers are heavily dependent on the flux of users to verify whether advertising is worth it, but users may be comparatively less dependent on the number of advertisements displayed.³⁵ In Amex, the cardholders are so highly dependent upon the number of merchants that accept the credit card, and merchants are so highly dependent on the number of cardholders using the card, that an imbalance on either side can easily ruin the functioning of the entire platform.

Considering our arguments on the existence of feedback effects from the advertisers to benefit the users of a comparison shopping platform,³⁶ we are not really persuaded by this argument. We understand that the bond between the two sides of a credit card platform may be stronger than the ties within a comparison shopping platform. It actually seems that the interdependence in the latter case is more “organic” than in the former case because, hypothetically, it might be possible for a comparison shopping platform to operate with not so many advertisements, but users would hardly use a credit card that is not accepted by that many merchants. Even so, there is also a clear – and still strong – interdependence between users and advertisers in the comparison shopping platform, and this fact makes us wonder why the effects treatment on this platform would differ so much from the treatment given to credit card platforms.

In our view, the crucial difference between both cases does not rely on the degree of interdependence within the platforms. For us, the crucial difference is the concern about direct effects on *competition* in Google Shopping, while, in Amex, the effects were on merchants (that is, within the

³⁴ *US v. American Express*, *supra* note 6, at 205.

³⁵ Of course, users need a great number of comparison shopping results in order to find the platform useful, but there are reasonably so many results that users will look for and check out, not to mention the importance of the results quality in terms of diversity. As for advertisers, unless there is widespread use of the comparison search platform, it just may not be worth advertising.

³⁶ See *supra* chapter 1.

very platform) and not on competitors. This would render the comparison on net effects versus separate effects in each case – referring to the effects on each side of a platform – pointless, as they could not be reasonably opposed to effects borne outside the platform (i.e., by competitors) in the Google Shopping case.

It is true that the United States and the single states that sued Amex made their claim concerning possible negative effects that the anti-steering provisions could have on interbrand competition – by blocking competition from rival credit card networks. But the case made it crystal clear that central to the discussion were the interests of the merchants as opposed to those of the cardholders.³⁷

In Amex, it is rather plausible (although incorrect from the antitrust law standpoint, in our view) to defend that competition was not at issue, because the anti-steering provisions would allegedly have the potential to *foster* competition by rewarding cardholders and giving Amex more foreseeability to calibrate the tension between both sides of the platform. As for Google Shopping, it is difficult to deny that it was a case of classical anticompetitive effects – those negative effects against *competition* – because only competitors felt hurt by virtue of Google allegedly favoring its own comparison shopping on the general search page. Advertisers continued to advertise regardless of whether Google would place the shopping engine, as long as it had a good impact on sales. Although it is possible to argue that some future or indirect negative effect could also impact those advertisers, who, because of the elimination of Google Shopping’s competitors, would be left with less supply options, the immediate burden was being borne by competing shopping platforms. In Amex, the burden was on merchants. Therefore, it is reasonable to say that Google brought about an actual *competition* concern, in the sense of something going beyond tensions within a platform, rendering it pointless to think of a net-effect analysis focusing on an anticompetitive or procompetitive balance within a single platform.

This comparison leads to another logical reasoning that may be helpful to understand the different outcomes of the cases so far, even though both deal with two-sided platforms and adopt a single-market approach. If there is so much controversy over whether the negative effects borne by

³⁷ As stated by the court: “This analysis erroneously elevated the interests of merchants above those of cardholders.” See *US v. American Express*, *supra* note 6, at 204.

merchants in Amex (symmetrically situated, within the platform, vis-à-vis the advertisers on Google Shopping) could be justified (or not) by procompetitive effects within the single platform, what to say about anticompetitive effects extrapolating the boundaries of the Google Shopping platform, affecting *competitors*? If, for the District Court, procompetitive effects were not able to justify an issue raised within the Amex platform (negative effects on merchants), why would alleged internal efficiencies (the improvement of the user experience) justify external anticompetitive effects in Google Shopping? Our take is that Amex is a simpler case with respect to outweighing effects than is Google Shopping. Hence, if there is so much difficulty associated with accepting a possible procompetitive net-effect – internally to the platform – an even harder time should be expected in trying to outweigh external anticompetitive effects and internal efficiencies in Google Shopping.

And even though we believe that, in Google Shopping, the single-market approach was adequate under the theory of two-sided markets, we believe that the effects of the conduct on *competitors* also provided a practical reason for the single-market definition. For us, the fact that competitors were allegedly affected in Google Shopping made it easier for the EU to conceive of a single market corresponding to the shopping platform in its entirety. This is because that strategy would make it easier – and it actually it would make more sense – to put Google Shopping and its competitors side-by-side, in their entirety (as opposed to internally fragmented) to compare them. In so doing, the EU could even find that the traffic on Google Shopping increased while traffic on rival services (their whole platforms) decreased.³⁸ Addressing platforms in their entirety would thus be more practical in order to depict the allegedly abusive scenario in a more comprehensive – and convincing – way.

Also, it would be counterintuitive to try to compare only one of the sides of Google Shopping's platform with a competitor's platform in its entirety. It would be hard to consider effects on equal grounds having the EU comparing gains and efficiencies on the side of Google Shopping's users with the broad anticompetitive effect over the competitors' platforms as a whole. We also have to bear in mind that the competitors' platforms in their entirety claimed that Google Shopping's strategy was abusive. The interests of users and advertisers on those platforms were understood to converge, in the interest of the operability of the comparison shopping platforms. If that was the case with the competitors, why would it not be the case with Google Shopping; that

³⁸ See Commission Press Release, IP/17/1784, *supra* note 1.

is, why would interests not be aligned on the Defendant's platform as well? On top of that, the alignment of interests makes us believe that it would also be hard to conceive of a comparison between gains and efficiencies restricted to the side of Google Shopping's users, weighed against negative effects restricted to the users' side of the rival platforms.

4. The limits of justification: both the Google Shopping and the Amex case should converge with regards to effects analysis

Although the theory of two-sided markets can provide a persuasive defense against anticompetitive effects arguments, focused on the idea of a single market's procompetitive "net effects" – as it could be seen in the US Supreme Court's and Circuit Court's decisions in the Amex case – that defense must be carefully scrutinized in view of the antitrust law principles and may not always prevail, as it was the case in Google Shopping. In our view, antitrust authorities around the world, when dealing with two-sided platforms, should think twice before going for the US Supreme Court's and Circuit Court's approaches in Amex and adopt the same caution that the EU adopted when dealing with the Google Shopping case, to avoid overlooking anticompetitive effects.

While in Amex it is already difficult, at least for us, to admit that merchants can really benefit from Amex's conduct, by not steering for other cards rather than Amex, in Google Shopping, it sounds particularly strange to admit that desirable effects in the users' experience could compensate for anticompetitive effects on competitors. On the other hand, in our view, it is hard to think that Google would have an obligation to share a space on its own platform with other companies engaged in the comparison shopping market. Google created a product to compete with the players the company considers its actual competitors – mainly Amazon – and now it has been required to "share the pie" with smaller players. This seems unfair, at least at a glance, because it appears that those small players would be allowed to free ride on Google's technology and efficiencies, just to become more representative competitors against Google itself.

But the fact that Google Shopping's platform actually landed on Google's general search page invites a second look and further reflection. As Google itself highlighted,³⁹ consumers are not interested in repeating

³⁹ See public note issued by Google's General Counsel, *supra* note 3.

searches, so, if they can already obtain shopping offers at the first click, it is reasonable to believe that they will have less incentive to repeat a search to target another specific comparison shopping service or scroll all the way down on the general search results page to find it, unless the efforts are towards another highly efficient and dominant player (such as Amazon). By benefitting from the power of what Google is primarily known for – as a general search engine – Google Shopping was actually not *just Google Shopping* playing at arm’s length with other shopping services. It was Google Shopping with the Google search “plus”, which those smaller competitors could not defeat. That scenario leaves an impression that competition in comparison shopping was probably not totally on the merits regarding the shopping platform in specific. We understand that the scenario could be totally different if Google Shopping were not placed on Google’s general search page, but left at the specific shopping tab only, because the incentives to click on the tab could reasonably be counterbalanced by the incentives to look for other shopping services on the search page itself or even a quick second search targeted at another comparison service provider.

And the theory of two-sided platforms can also be helpful to explain the impression that competition was probably not totally on the merits with regards to Google Shopping. As mentioned above, it is reasonable to conceive of Google’s general search service as a separate platform in relation to Google Shopping, because the service provided on one side of the former platform is the one of bringing up search results arising from an algorithmic engine, and not comparison shopping results arising from a bidding process. On the other side, both platforms focus on selling information to advertisers and displaying ads in a certain way. We understand, though, that the essential difference regarding the results expected by users in each case makes both platforms actually different – regardless of the users’ alleged preference for a one-stop shop. Taking advantage of one platform because of the influence and power of another seems to show a way of gaining a special and unique advantage counting on merits outside the shopping platform.

Hence, the EU seems correct in both (i) adopting a single market approach (the market for comparison shopping services) and (ii) not accepting the alleged benefits for users as counting for an “overall consumer satisfaction”, to outweigh anticompetitive effects on competitors in the comparison shopping market. Both undertakings are coherent in light of the theory of two-sided markets and the particularities of the case, as the EU decision sets an important precedent regarding the antitrust analysis of two-sided Internet platforms.

Concerning Google's indication that Amazon would be its actual competitor,⁴⁰ we wonder why it was not Amazon, but actually smaller companies, which filed the complaint against Google Shopping. Apparently, Amazon does not bother complaining about Google's strategy. Would it be because of Amazon's established market power in the online shopping industry? Maybe, although having market power does not guarantee that such power will be forever, so a dominant company would still have incentives to protect its dominance. Or, more likely, it is because Amazon has perceived Google Shopping as an efficient channel to gain even more visibility to its own platform and increase its profits?⁴¹ Note that the European Commission was more persuaded by the idea that Amazon and Google were actually business partners in a vertical relationship, and not competitors.⁴²

Conclusion

In this paper, our aim was to analyze the 2017 European Commission's judgment on Google Shopping in light of the theory of two-sided markets and also of lessons from the Amex case in the US. As we addressed the approaches on relevant market and effects in both cases, we tried to understand the reasons behind the different outcomes in both cases, especially regarding the single-market approach leading to a net-effect analysis in Amex, but not in Google Shopping.

We concluded that thinking of a "net-effect" versus a "separate-effect" analysis in Amex makes sense, as the alleged anticompetitive effects remain within the platform, while doing the same thing in Google Shopping does not make as much sense. However, in our view, the same antitrust principles should govern both cases and, thus, guide both reflections on whether certain positive effects to a given group of consumers justify or not anticompetitive effects on another group. Therefore, the same antitrust preoccupation which, in *Ohio v. American Express*, was expressed by the District Court (but rebutted by the Circuit Court and eventually by the US

⁴⁰ Idem, *supra* note 3.

⁴¹ More about Amazon's aggressive investment on Google Shopping advertisement can be found at: <http://www.cpcstrategy.com/blog/2017/10/amazon-google-shopping-plas/>.

⁴² See the Commission Decision, case AT.39740 (Google Search (Shopping)), *supra* note 1, paragraph 220.

Supreme Court) to adopt a separate-effect analysis – in order to better fulfill the principles of antitrust law – was present in the European Commission decision of not accepting the positive effects claimed by Google in favor of its consumers. A lot of caution is needed when weighing anticompetitive effects against efficiencies, procompetitive effects or any benefits claimed to exist within certain group of consumers.

After setting the basis of our analysis, we felt comfortable to opine on whether the EU was sufficiently careful when weighing the effects in the Google Shopping case. And we reach the conclusion that not only was its assessment careful, but also its final decision was satisfactory in light of the antitrust principles.

Our view is that it was difficult for the Commission to find strong reasons for not addressing anticompetitive effects in the markets for comparison shopping, just because there could be desirable effects of quality improvement on one side of the Google Shopping platform (the users' side). On top of that, it was simply hard to stand by Google when it was not just Google Shopping, but also Google Search coming into play – exactly what was claimed as the main threat to competition by means of artificial diversion of traffic. When stakes are high, authorities should require truly compelling reasons before giving up on protecting the competition environment from clear threats in the name of other benefits, efficiencies or even procompetitive effects potentially resulting from a conduct. This approach seems to better fulfill the goals of antitrust law enforcement.

References

Broos, Sébastien and Marcos Ramos, Jorge, Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets. (November 27, 2015). *The Antitrust Bulletin*, Vol 62, Issue 2, (2017).

<https://ssrn.com/abstract=2696045> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2696045>

European Commission, 'Action brought on 11 September 2017 – *Google and Alphabet v Commission*', Case T-612/17, *Official Journal of the European Union* (Oct. 30, 2017), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017TN0612&from=EN>

European Commission Decision, case AT.39740 (Google Search (Shopping)) (Feb. 25, 1991).

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf.

European Commission Decision Summary No. 2018/C 9/08 (Case AT.39740 — Google Search (Shopping)), Official Journal of the European Union (Oct. 30, 2017), [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN).

European Commission Press Release, IP/17/1784 (Jun. 27, 2017). http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm.

Katz, Michael L. and Sallet, Jonathan, *Multisided Platforms and Antitrust Enforcement*, 127 YALE L.J. (2018). https://www.yalelawjournal.org/pdf/KatzSallet_jeayvf51.pdf.

Luchetta, Giacomo, 2012. "Is the Google platform a two-sided market?", 23rd European Regional ITS Conference, Vienna 2012 60367, International Telecommunications Society (ITS). <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/60367/1/720236207.pdf>

Manne, Geoffrey A. and Wright, Joshua D., Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google (March 24, 2010). Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2010-19; George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-25; Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 34, No. 1, Winter 2011. <https://ssrn.com/abstract=1577556> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1577556>

Mattiuazzo, Marcela. *Propaganda online e privacidade: o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Revista do IBRAC, v. 21, n. 26, p. 295-314, jul./dez. 2014. <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/85354>.

Motta, Massimo. Interview for the Competition Policy International (CPI Talks), May 15, 2018.

<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/CPI-Talks....pdf>.

Ohio v. American Express Co., 138 S.Ct. 355 (2017).

Ohio v. Am. Express Co., 138 S. Ct. 2274, 2280 (2018)

Rochet, Jean-Charles, and Tirole, Jean. *Two-Sided Markets: A Progress Report*, 37 RAND J. ECON. (2006).

United States v. American Express Co., 838 F.3d 179 (2d Cir. 2016).

Weyl, E. Glen. *A Price Theory of Multi-Sided Platforms*, 100 AM. ECON. REV. (2010).

<https://www.blog.google/topics/google-europe/european-commission-decision-shopping-google-story/>, accessed on May 20, 2018.

<http://www.cpcstrategy.com/blog/2017/10/amazon-google-shopping-plas/>, accessed on May 20, 2018.

<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/CPI-Talks....pdf>, accessed on May 25, 2018.

<https://www.nytimes.com/2015/09/02/technology/google-antitrust-investigations-spread-across-the-globe.html>, accessed on May 20, 2018.

<https://theconversation.com/googles-defence-for-breaking-eu-law-our-users-wanted-us-to-do-it-80218>, accessed on May 20, 2018.

UM APELO ÀS “CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS”: O NOVO ARTIGO 20 DA LINDB E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

Lucas de Lima Carvalho

Resumo: A monografia apresenta o Artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e discute suas possíveis repercussões no Direito Concorrencial, com destaque para a revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A monografia explora condições para a aplicação do Artigo da LINDB a essa revisão judicial e comenta o significado de sua referência a “consequências práticas” à luz de precedentes de cortes brasileiras. Por fim, comenta-se a utilidade do dispositivo para fortalecer a defesa da concorrência, com uma análise crítica de decisões judiciais de cortes em diferentes jurisdições sobre matéria concorrencial.

Palavras-chave: LINDB, CADE, Direito Concorrencial, Revisão Judicial, Valores Jurídicos Abstratos, Consequências Práticas, Consequencialismo.

Abstract. This paper presents Article 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB) and discusses its possible repercussions on Competition Law, with a focus on the judicial review of decisions issued by the Administrative Council for Economic Defense (CADE). The paper explores requisites to apply the norm to this judicial review and comments the meaning of its reference to “practical consequences” in light of precedents from Brazilian courts. Finally, the paper comments the use of the norm to strengthen the defense of competition, with a critical analysis of judicial decisions of foreign courts in competition matters.

Keywords: LINDB, CADE, Competition Law, Judicial Review, Abstract Legal Values, Practical Consequences, Consequentialism.

1. Introdução

Em 2010, o antigo Decreto-Lei nº 4.657/1942, até então conhecido como a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC), passou a se

chamar de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Segundo o Relator do Projeto de Lei nº 6.303/2005, que originou a mudança na Câmara dos Deputados, esta norma, “pelo seu conteúdo e sua natureza, é considerada uma ‘lei sobre a lei’”, a qual fez encerrar a vigência das antigas ordenações portuguesas no Brasil (OLIVEIRA, 2009, p. 02). Trata-se, portanto, de um diploma normativo com aplicação sobre normas de diferentes áreas do Direito, dada a amplitude de seus comandos e, mais especificamente, a sua aderência à Constituição Federal de 1988.¹

Antes e depois de sua transformação em LINDB, esta norma foi submetida a variadas propostas de alteração e ampliação no Congresso Nacional.² Dentre aquelas que lograram êxito, a mais recente é o Projeto de Lei nº 349/2015, do Senado Federal, que culminou na edição da Lei nº 13.655/2018 e incluiu na LINDB “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público”. O seu autor, o Senador Antônio Anastasia, afirmou a título de justificativa que tais normas pretendem criar “novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela Administração Pública Federal, Estadual e Municipal”, com o intuito de proporcionar maior segurança jurídica para “a atividade de regulamentação e aplicação das leis” no Brasil (2015, p. 04). O Projeto de Lei foi gestado pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), e, nas palavras de um dos seus idealizadores, representou “uma solução legislativa articulada” com o intuito de compartilhar “funções jurídicas criadoras pelos vários Poderes e órgãos constitucionais autônomos” (SUNDFELD, 2017).

¹ A doutrina civilista já havia reconhecido a irradiação das normas da antiga LICC para outras áreas do Direito mesmo antes da simples modificação de seu nome, ou de sua ementa (BATALHA, 1959, pp. 05/06). Nesse sentido, cite-se a aplicação do Artigo 2º, § 2º, da então LICC ao Direito Administrativo, para autorizar a instituição de fundações de “regime jurídico publicístico” (DI PIETRO, 2015, p. 541).

² Entre as propostas bem-sucedidas, cite-se o Projeto de Lei nº 791/2007, da Câmara dos Deputados, que concedeu permissão expressa às autoridades consulares brasileiras para “celebrar a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros” sob condições específicas (vide Artigo 18, § 1º, da LINDB). Propostas que não lograram êxito, por outro lado, incluem o Projeto de Lei nº 350/2008, do Senado Federal, que pretendia criar distinção expressa entre normas processuais, normas procedimentais e normas regimentais.

Uma das normas trazidas pela Lei nº 13.655/2018 à LINDB está em seu novo Artigo 20, que afirma que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, “não se decidirá com base em *valores jurídicos abstratos* sem que sejam consideradas as *consequências práticas* da decisão”. O parágrafo único do mesmo Artigo afirma ainda que a motivação “demonstrará a *necessidade* e a *adequação* da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, *inclusive em face das possíveis alternativas*”. À primeira vista, o dispositivo parece reproduzir em parte a tripartição da garantia constitucional de proporcionalidade segundo TÔRRES (2011, p. 643), mas a medida dessa reprodução é tão incerta quanto os termos empregados pelo legislador. Afinal de contas, o que são “valores jurídicos abstratos”?³ E o que podemos entender como “consequências práticas” da decisão administrativa, de controle ou mesmo judicial, segundo o *caput* do Artigo 20? A própria Lei nº 13.655/2018 nada orienta sobre o significado dessas expressões.

Pois bem. Tendo citado a ubiquidade normativa da LINDB e o texto de seu novo Artigo 20, consideremos o tema da revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A possibilidade de revisão judicial dessas decisões é reflexo da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional, nos termos do Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e sua ocorrência prática é testemunhada pela jurisprudência dos Tribunais e pela doutrina concorrencial brasileira (BATOCHIO *et al*, 2010, pp. 27/28).⁴ A despeito da perene discussão sobre a natureza vinculada ou discricionária do “ato de jurisdição administrativa”

³ Considerando a aplicação do Artigo 20 da LINDB ao Direito do Trabalho, FELICIANO e PORTO (2018) afirmam que a própria Lei nº 13.655/2018 contém os tais “valores jurídicos abstratos”, na forma de referências a expressões esotéricas como “interesses gerais” (vide Artigo 21, parágrafo único) e “orientações gerais da época” (vide Artigo 24, *caput*, a despeito da definição oferecida em seu parágrafo único). Numa crítica à vinculação do agente público à análise das “consequências práticas” de suas decisões, DOMINGUES e PENALVA (2018) comentam que a Lei nº 13.655/2018 (ainda na forma do Projeto de Lei nº 7.448/2017, renumerado na Câmara dos Deputados) está “de costas para [a Constituição Federal de] 1988”, representando verdadeira mitigação do resguardo aos direitos e às garantias fundamentais no âmbito constitucional.

⁴ Em sua análise do Direito Comunitário Europeu sobre antitruste, OSTI chega a enaltecer o papel de vigilância e escrutínio que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário para aprimorar o trabalho das agências reguladoras (2014, p. 115).

exercido pelo CADE, bem como dos limites da ingerência judicial que os pretende revisar (SANTIAGO, 2008, p. 320), se a revisão judicial de fato ocorre, suas consequências podem ser devastadoras para a defesa da concorrência no Brasil.⁵ Uma interceptação telefônica ilícita, a reputada ausência de individualização das penas, ou a intimação extemporânea dos advogados das partes pode, a critério do juízo revisor, anular todo o processo administrativo tramitado perante o CADE. Igualmente, a discordância dos magistrados quanto à própria ilegalidade da operação analisada pelo Conselho, bem como a oposição judicial ao *quantum* arbitrado para a multa (ou à sua justificação), podem comprometer todo o trabalho desenvolvido no âmbito administrativo, em prejuízo da segurança jurídica e da garantia de punibilidade às condutas lesivas da livre concorrência, pilar da ordem econômica segundo o Artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal.

As questões que o Artigo 20 da LINDB nos apresenta, portanto, são (i) se há margem interpretativa para identificar situações nas quais o seu texto se aplica às decisões judiciais revisoras das decisões do CADE, (ii) se, dada a aplicação, podemos concluir que a expressão “consequências práticas” constrange o Poder Judiciário a uma maior aderência às decisões do CADE, e (iii) se, à luz das conclusões anteriores, é possível afirmar que o dispositivo fortifica a defesa da concorrência no país. Cada uma dessas três questões será abordada nos capítulos seguintes deste trabalho.

2. Condições para a aplicação do Artigo 20 da LINDB à revisão judicial das decisões do CADE

A aplicação do Artigo 20 da LINDB às decisões do Poder Judiciário que revisam decisões do CADE não é intuitiva. O histórico legislativo da Lei nº 13.655/2018 nada menciona sobre a defesa da concorrência (ou sobre o papel da insegurança jurídica na fragilidade da proteção à livre concorrência

⁵ Referindo-se ao longo histórico do imbróglgio administrativo e judicial da Operação Nestlé-Garoto, KOJIKOVSKI (2017) comenta a atuação do Poder Judiciário, que através de decisões pontuais, permitiu que as empresas pudessem realizar compras em conjunto, bem como distribuir alguns produtos, sem, entretanto, viabilizar a perfeita união entre ambas. Vide ainda o comentário de CARRIL (2012, p. 322), cujos termos se estendem, a nosso ver, a outras incursões judiciais no campo do Direito Concorrencial: “A atitude do Poder Judiciário, no presente caso, mitigou completamente a eficácia da decisão administrativa, amplificando a insegurança jurídica”.

no Brasil). Além disso, uma interpretação sistemática dos novos dispositivos da LINDB seria capaz de sustentar a sua aplicação apenas ao controle da gestão pública, como fica evidente na leitura do Artigo 22.⁶ A impressão é ainda reforçada pelo teor dos comentários favoráveis e contrários ao então Projeto de Lei do Senado nº 349/2015,⁷ inicialmente publicados pela imprensa especializada, e concentrados em temas particulares de gestão pública, como o escopo de atuação dos Tribunais de Contas no país (OLIVEIRA, 2018).

A despeito da omissão nominal sobre a matéria de defesa da concorrência, o campo de atuação da LINDB se estende a diversas áreas do Direito (TEBET, 2017, p. 05) e a Lei nº 13.655/2018, ancorada no princípio-garantia da segurança jurídica, tem idêntica amplitude. Seria antes de tudo ilógico ler no novo Artigo 20 uma regra de *motivação concreta* aplicável apenas a temas de controle da gestão pública, (i) porque a expressão “gestão pública” é utilizada pelo Artigo 22, e poderia ter sido reproduzida pelo Artigo 20, mas não o foi,⁸ (ii) porque o texto do Artigo 20 se refere expressamente a decisões administrativas e judiciais, e não apenas às decisões de controle, e (iii) porque não há defesa razoável para restringir o escopo do Artigo 20 a decisões dessas esferas que tratem apenas de matérias específicas, se o próprio texto da lei *nada restringiu* quanto à matéria decidida. Ainda, mesmo que o intérprete se socorresse de referências legislativas para afirmar que os novos dispositivos da LINDB se destinam ao Direito Público, novamente se justifica a sua aplicação ao Direito Concorrencial, cujas normas são instrumentos de política pública, criadas com a finalidade de reprimir o abuso do poder econômico e tutelar a livre concorrência (FORGIONI, 2015, pp. 76-85).

⁶ Segundo o *caput* do Artigo 22 da LINDB, “[n]a interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

⁷ Entre as opiniões favoráveis, citamos DAMASCENO PEIXOTO (2018), para quem “a nova lei estabeleceu balizas interpretativas no sentido de o administrador e o magistrado considerarem as consequências práticas e a segurança jurídica de seus atos e decisões”. Entre as opiniões contrárias, destaca-se a de PEREIRA JÚNIOR *et al* (2018), para quem as alterações propostas ao texto da LINDB cuidaram de “ampliar o espaço decisório do Executivo, sem que seja majorada a sua vinculação ao lastro legal do planejamento que deveria lhe orientar estruturalmente a ação”.

⁸ Vide Artigo 11, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar nº 95/1998.

Compreendido que a LINDB e os seus novos dispositivos abraçam diversas áreas das ciências jurídicas, inclusive aquela dedicada à defesa da concorrência, devemos investigar as condições para a sua aplicação a decisões judiciais que revisam decisões do CADE. As condições são (i) a necessidade de que a decisão judicial anule o processo administrativo ou contrarie o mérito das determinações do CADE, e (ii) o seu amparo em “valores jurídicos abstratos”, e serão analisadas com mais detalhes nos subcapítulos a seguir.

1.1 A contrariedade da decisão judicial em relação à decisão do CADE

O dever de fundamentação das decisões judiciais é corolário da ampla defesa e do contraditório, e por isso mesmo tem morada no Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Assim, é evidente que o juiz deve fundamentar todas as suas decisões sob pena de nulidade, ainda que elas sejam de (i) não conhecimento ou de (ii) não provimento das ações interpostas contra as decisões emanadas do CADE. Este subcapítulo não pretende, portanto, sugerir que o Artigo 20 da LINDB, naquilo que reflete o dever de fundamentar as decisões judiciais,⁹ é adstrito a decisões concessivas do pedido da parte em detrimento da posição do CADE.

O que queremos dizer com o título deste subcapítulo é que, para se exigir do magistrado que considere as “consequências práticas” de sua decisão, e que motive essa decisão “em face das possíveis alternativas”, é necessário que essa sentença (ou esse acórdão) anule o processo administrativo ou contrarie o mérito das determinações do CADE. Ora, se a *decisão judicial* de que trata o Artigo 20 da LINDB fosse a decisão judicial denegatória, exigir do magistrado a consideração de suas “consequências práticas” seria equivalente a exigir que o Poder Judiciário repetisse o extenso trabalho já conduzido pelo CADE na tutela administrativa da livre concorrência. Mais: exigir essa cognição exauriente das “consequências

⁹ Há uma leitura possível do Artigo 20 da LINDB que apenas esclarece o dever de fundamentar as decisões judiciais já previsto no Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. A dicção do parágrafo único do Artigo 20, ao mencionar que a motivação “demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”, ressalta apenas os critérios norteadores da motivação de decisões judiciais, que deve ser visível aos jurisdicionados (WAMBIER, 2017, p. 284). É a decorrência lógica do Artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, e, dentre outros dispositivos, do Artigo 155 do Código de Processo Penal.

práticas” de manter hígida a decisão proferida pelo CADE seria, em última análise, obrigar o magistrado a cumprir aquilo que a própria norma já ordena para o Poder Executivo (dado que o texto do Artigo 20 cita decisões judiciais, *administrativas* e de controle). Nada se comenta sobre a aplicação do Artigo 20 à apreciação administrativa de ilícitos concorrenciais, tanto porque não é o enfoque do nosso trabalho, quanto porque é intrínseco à atividade do CADE que considere as “consequências práticas” de suas decisões na preservação da ordem econômica lançada pela Constituição Federal.¹⁰ Inclusive por essa razão, no entanto, confirmar sob o prisma formal ou material a determinação do Tribunal Administrativo é remeter o aplicador do Artigo 20 da LINDB a este Tribunal, e não ao juízo revisor, uma vez que a confirmação sustenta o *decisum* já testado (teoricamente) pela norma advinda da Lei nº 13.655/2018.¹¹

1.2 O embasamento da decisão judicial em “valores jurídicos abstratos”

É sintomático que a expressão “valores jurídicos abstratos” seja, ela própria, um valor jurídico abstrato. Aliás, à revelia do que dispõe o Artigo 11, inciso II, alíneas “a” e “c” da Lei Complementar nº 95/1998, a Lei nº 13.655/2018 é populada por diversas expressões igualmente vagas, que ironicamente contribuem para a insegurança jurídica na aplicação da LINDB. A despeito de este não ser o enfoque do presente trabalho, a vagueza terminológica na lei é um instrumento à disposição do Estado para alocar poderes entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. Como bem aponta CHRISTIE (1964, p. 889), essa vagueza serve ao controverso propósito de exercer maior controle social sobre os jurisdicionados, e esse controle é em

¹⁰ A propósito dessa atribuição, de preservar a ordem econômica lançada pela Constituição Federal, a atuação do Tribunal do CADE deve também ser pautada pela análise de suas consequências práticas, tanto no âmbito brasileiro, quanto no âmbito estrangeiro, se os efeitos deletérios de ilícitos concorrenciais impactarem outras jurisdições (CASAGRANDE; PEREIRA NETO, 2016, pp. 48/49). Sobre essa atenção transnacional, vide nossos comentários no capítulo 4.

¹¹ Cite-se, a título de exemplo de decisão judicial fora do âmbito de aplicação do Artigo 20 da LINDB, a sentença da 17ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal (JFDF) no Processo nº 0007976-68.2006.4.01.3400. Naquela decisão, o juízo não apenas confirmou a decisão do Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14, de que haviam sido apresentados elementos suficientes para a caracterização de cartel (o chamado “cartel das britas”), como também afirmou que a multa aplicada não foi confiscatória, à luz dos parâmetros estabelecidos por lei.

tudo coerente com os reclames que justificaram as alterações à LINDB em primeiro lugar.¹²

Ainda sobre a vagueza da expressão “valores jurídicos abstratos”, a tentação é defini-la negativamente. Como já afirmou REALE (2009, p. 300), valores e princípios são termos inconfundíveis,¹³ razão pela qual a invocação pelo juízo de um *princípio* para respaldar a anulação do processo administrativo não deveria ser, sob o prisma estritamente semântico, autorizativa do recurso ao Artigo 20 da LINDB. Por outro lado, a referência a “valores jurídicos abstratos” parece indicar que, para o legislador, há “valores jurídicos concretos” à disposição dos magistrados nas esferas administrativa, de controle e judicial, valores estes incapazes de permitir a incidência do Artigo 20, talvez pela sua pressuposta atenção às “consequências práticas” mencionadas pelo mesmo dispositivo legal. Sem exemplos que possam ilustrar com clareza a diferença entre valores jurídicos abstratos e concretos, o intérprete da LINDB se vê forçado a tatear um significado que lhe pareça razoável, novamente em desprestígio à segurança jurídica, alvo da Lei nº 13.655/2018.

¹² Segundo o parecer aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, o objetivo dos Artigos 20 e 21 seria exigir “a prolação de decisões razoáveis e proporcionais, de forma que os danos delas decorrentes sejam *de extensão e intensidade adequadas ao caso concreto*” (ABI-ACKEL, 2017, p. 05). Resgatando o parecer da Senadora Simone Tebet (2017, p. 07), a Lei nº 13.655/2018 teria o condão de combater as chamadas “motivações mascaradas”, institucionalizando “a necessidade de uma avaliação econômica (lato sensu) da decisão de invalidar, inclusive levando em conta seus possíveis impactos”. No entanto, mesmo sendo inegável que o espectro semântico da expressão “consequências práticas” abrange também as consequências econômicas das decisões administrativas, de controle e judiciais segundo o novo Artigo 20 da LINDB, o seu conteúdo não é, em si, produto da Análise Econômica do Direito (CARVALHO, 2018).

¹³ A distinção é reiterada por TORRES (2011, p. 89), que alerta que os princípios “estão a meio passo entre os valores e as regras na escala da concretização do direito e com eles não se confundem”. A lição é, por sua vez, alheia à dicotomia feita por DWORKIN (1997, p. 39) entre “princípios” e “políticas”, ainda que qualquer dos dois termos encapsule a noção de axiologia na aplicação do Direito. A melhor forma de visualizar a distinção entre os dois termos é reputar ambos como requisitos de otimização, sendo os princípios pertinentes ao plano deontológico e os valores pertinentes ao plano axiológico (BAXTER, 2011, p. 126).

A interpretação negativa da expressão “valores jurídicos abstratos” pode nos conduzir à sua completa inaplicabilidade, fruto do esvaziamento de seu sentido. Contudo, se interpretarmos positivamente a mesma expressão, podemos inicialmente conceituar valores como “qualidades ou atributos que reputamos como desejáveis, no contexto de um determinado panorama cultural” (OTERO PARGA, 1999, p. 15). Esses valores serão jurídicos se seu conteúdo for veiculado por normas jurídicas, a exemplo dos valores de dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade e justiça (JØRGENSEN, 2006, p. 43). Por último, valores jurídicos possuirão graus distintos de abstração, a depender da distância entre os *veículos normativos* que os reproduzem no Ordenamento Jurídico (e são, por essa razão, invocados pelo julgador no cenário do Artigo 20 da LINDB) e a realidade fática.¹⁴ Dito de outra forma, a interpretação positiva da expressão “valores jurídicos abstratos” precisa admitir a interseção semântica entre valores e princípios, quer essa interseção seja justificada pelo compartilhamento de uma mesma estrutura conceitual entre ambos os termos (ALEXY, 2002, p. 93), quer seja justificada pela leitura teleológica do Artigo 20. Ou seja, tendo o legislador se preocupado em evitar que decisões administrativas, de controle ou judiciais gerem consequências práticas abusivas à gestão pública e/ou aos demais jurisdicionados, cabe ao intérprete questionar se “valores jurídicos abstratos” corporificados em princípios poderiam, pela culatra desse dispositivo, causar as mesmas “consequências práticas” problemáticas que o legislador desejou evitar, *sine poena*. A resposta, para nós, deve ser negativa.¹⁵

Trazer essa interpretação de “valores jurídicos abstratos” para o campo das decisões judiciais em matéria concorrencial nos leva a observações

¹⁴ Nossa referência a “graus de abstração” é decorrente da lição de HAYEK (1973, pp. 29/30) sobre o emprego da abstração como método para compreender a complexidade do mundo concreto, complexidade essa “que a nossa mente não é completamente capaz de compreender”. Segundo o autor, o número de características da realidade que escolhemos ignorar (ou o número de características que consideramos relevantes em detrimento das demais) é diretamente proporcional ao grau de abstração por nós eleito para compreender a realidade.

¹⁵ Confirmando esse entendimento, os idealizadores do Projeto de Lei nº 349/2015, do Senado Federal, equipararam a expressão “valores jurídicos abstratos” a princípios (SALAMA; SUNDFELD, 2015, p. 14). Ainda, no parecer apresentado pelo Deputado Federal Paulo Abi-Ackel à Câmara dos Deputados, o Artigo 20 da LINDB é associado expressamente a “fundamentos principiológicos” (2017, p. 05).

interessantes. Por exemplo: à luz dos comentários anteriores, poderíamos suscitar dúvidas sobre a legalidade da decisão da 07ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal (JFDF) no Processo nº 0049217-80.2010.4.01.3400. Naquele caso, cujo objeto é conhecido como o “cartel dos gases”, o magistrado ancorou *toda a sua decisão* por anular o Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 na teoria dos frutos da árvore envenenada, lastro para a decisão em ação criminal anterior, e aplicável à parte autora graças à “ilicitude das provas produzidas por meio de interceptação telefônica”. Sua Excelência, tendo reconhecido a prática de formação de cartel naquele caso, chega inclusive a encerrar a fundamentação do *decisum* com o trecho que revela a perfeita ciência de suas consequências práticas: como resultado do julgamento, permaneceriam “ilesos os responsáveis pela formação do cartel, incólume o proveito espúrio por eles obtido e desprovida de reparação a economia nacional” (2014, pp. 08/09). Ora, o que é a importada teoria dos frutos da árvore envenenada entre nós, senão a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal? E o que é o inciso LVI, senão o esmiuçamento do direito ao devido processo legal, estabelecido também pelo inciso LIV? Seria o devido processo legal um “valor jurídico abstrato”, apto a fazer incidir o Artigo 20 da LINDB sobre essa decisão?

Não há resposta simples para a última pergunta. Por um lado, o valor inserido no Artigo 5º, incisos LIV e LVI, da Constituição Federal, é a *justiça*, antes de tudo um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Na definição proposta por nós anteriormente, portanto, a justiça seria um “valor jurídico abstrato”, apto a fazer incidir o Artigo 20 da LINDB. Por outro lado, o magistrado da 07ª Vara da JFDF não invocou o conceito etéreo de justiça (ou mesmo o Artigo 5º do texto maior) para deferir o pedido formulado na ação ordinária, e sim uma norma específica da Lei nº 9.296/1996, a saber, o seu Artigo 2º, inciso II.¹⁶ Neste caso, entendemos que o *grau de abstração* da norma processual que invalida a interceptação telefônica advinda de denúncia anônima não é alto o suficiente para autorizar a aplicação do Artigo 20 da LINDB – ainda que a fonte do comando legal seja o valor jurídico abstrato de justiça, nada há de abstrato no Artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/1996. Desse raciocínio podemos extrair uma conclusão

¹⁶ O magistrado não cita diretamente o Artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/1996, mas cita a decisão da 03ª Vara Criminal da Justiça Federal de São Paulo (JFSP) na Ação Criminal nº 4517-95.2009.403.6181 e a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC nº 190.334/SP. Nesta decisão, o Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, comenta o dispositivo de forma expressa (2011, p. 14).

importante: naquilo que o valor de justiça seja revelado (estritamente) na garantia do devido processo legal, o Artigo 20 da LINDB não poderá ser aplicado à decisão judicial revisora das determinações do CADE. Isso porque o princípio da legalidade constrangerá o curso processual à incidência de *normas jurídicas concretas*, normas cuja aplicação não deve ser entravada pela LINDB (e tanto menos por um dispositivo que textualmente condiciona a sua aplicação ao embasamento em “valores jurídicos abstratos”).¹⁷

2. A consideração de “consequências práticas” e a aderência do Poder Judiciário às decisões do CADE

Se estivermos diante de uma decisão judicial (i) contrária à decisão proferida pelo CADE e (ii) embasada em “valores jurídicos abstratos”, o Artigo 20 da LINDB nos manda investigar se o magistrado *considerou* as “consequências práticas” dessa decisão. O verbo é providencial, e, para nossa sorte, vem melhor explicado no parágrafo único do mesmo dispositivo. Considerar não é meramente *citar*, como fez o magistrado da 07ª Vara da JFDF no Processo nº 0049217-80.2010.4.01.3400 (a despeito de o Artigo 20 da LINDB não ser aplicável àquele caso, como discutido no subcapítulo 2.2); considerar é incorporar, é inculcar no processo decisório.¹⁸ Não por outro

¹⁷ A convergência de normas processuais para a concretude é garantia histórica da cláusula de *due process of law* na Constituição americana, e tem o objetivo de cercar a atividade do Poder constituído (no nosso caso, o Poder Judiciário) na aplicação do seu próprio ideal de justiça ou equidade (TRIBE, 1975, p. 277). Citando outro exemplo da aplicação de uma regra processual concreta pelo Poder Judiciário no âmbito do Direito Concorrencial (o que desautorizaria a incidência do Artigo 20 da LINDB), o acórdão proferido pela 06ª Turma do Tribunal Regional Federal da 01ª Região (TRF1) no caso do “cartel dos vigilantes” (Apelação por Reexame Necessário nº 0039691-94.2007.4.01.3400) anulou o Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10 “tendo em vista a ausência de intimação do advogado devidamente constituído pela impetrante da pauta de julgamento”. O julgado reiterou os fundamentos da sentença, endossando os termos do então vigente Artigo 33, § 3º, da Lei nº 8.884/1994 (cujo texto é hoje reproduzido pelo Artigo 70, § 3º, da Lei nº 12.529/2011), e do então vigente Artigo 236, § 1º, da Lei nº 5.869/1973 (cujo texto é hoje reproduzido pelo Artigo 272, § 2º, da Lei nº 13.105/2015).

¹⁸ A utilização do verbo não é incomum na legislação processual brasileira. No Artigo 479 da Lei nº 13.105/2015, por exemplo, consta que, diante da prova pericial produzida, o juízo deverá “indicar na sentença os motivos que o levaram a *considerar* ou a *deixar de considerar* as conclusões do laudo”. Por isso mesmo,

motivo, o parágrafo único diz que a consideração das consequências práticas “demonstrará a necessidade e a adequação [...], inclusive em face das possíveis alternativas”.

Diante do comando legal, e cientes da competência técnica do CADE para investigar, analisar e decidir sobre ilícitos concorrenciais, a pergunta óbvia é saber se um juízo revisor tangido pelas “consequências práticas” de suas decisões será mais ou menos aderente às decisões do CADE. Para responder essa pergunta, seria preciso antes arbitrar algum sentido legislativo para a expressão “consequências práticas”, mas a tarefa é impossível à luz da LINDB. Resta-nos, portanto, o sentido léxico dessa expressão, que comporta mais do que apenas as “consequências para a ordem econômica” no Brasil: à luz do Artigo 20 da LINDB, a expressão parece indicar quaisquer externalidades patentes, verificáveis, da decisão judicial sob análise. Frente a essa definição, poderia o intérprete se insurgir, afirmando que “consequência” é gênero do qual “externalidade” é espécie, e a insurgência seria compreensível. No entanto, a interpretação sistemática da norma nos impede de ler na expressão “consequências práticas” as próprias consequências já previstas pela aplicação do Direito ao caso concreto (e.g., o cerceamento à liberdade de alguém em virtude da condenação criminal, ou a diminuição do poder aquisitivo de determinada empresa pela imposição de multa prevista em lei), uma vez que, por um lado, as consequências diretamente decorrentes da decisão judicial já integram o dever de fundamentação contido no Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Por outro lado, se o Artigo 20 da LINDB fosse lido como um comando para temperar a decisão judicial (ou administrativa, ou mesmo de controle) em atenção às *consequências diretas da lei* e em detrimento dela própria, o dispositivo seria inconstitucional por clara subversão ao princípio da

nos precedentes formados após a edição do novo Código de Processo Civil (CPC), o Tribunal Regional Federal da 04ª Região (TRF4) atribui ao Artigo 479 a mesma conclusão decorrente do dispositivo textual do Artigo 436 do antigo CPC (“o juiz não está adstrito às conclusões do laudo pericial”): é o aval para “deixar de considerar” o laudo pericial, presente no novo Código, que livra o magistrado de ter que cingir o seu juízo às conclusões do perito, o que reforça o sentido do verbo “considerar” como sinônimo de “incorporar ao processo decisório” (vide, por exemplo, a decisão da 05ª Turma do TRF4 na Apelação Cível nº 0002844-85.2016.4.04.9999). Diga-se o mesmo da expressão “levar-se-á em consideração”, prevista no Artigo 45 da Lei nº 12.529/2011, que estabelece um rol de fatores aptos a nortear a aplicação das penas por infração à ordem econômica (ANDERS *et al.*, 2012, p. 185).

legalidade. A leitura desse dispositivo à luz do texto maior nos indica a atenção a *externalidades*, ou seja, aos custos pecuniários ou operacionais impostos a terceiros em virtude da decisão de um julgador, ou de um colegiado, sobre um caso submetido à sua apreciação (COWEN, 1988, p. 02).¹⁹

No subcapítulo 2.2, comentamos uma decisão judicial que, a nosso ver, não estaria no âmbito de incidência do Artigo 20 da LINDB. Para comentar a consideração às “consequências práticas”, e, ainda, como essa consideração se relaciona à aderência do Poder Judiciário às determinações do CADE, citemos uma decisão judicial contrária ao CADE e ancorada em “valores jurídicos abstratos” (o que a tornaria submissa ao dispositivo trazido pela Lei nº 13.655/2018). No acórdão da Apelação Cível nº 2004.34.00.013282-7, conquanto tenha concordado com o mérito da decisão do CADE no Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05 (respaldando a caracterização dos atos anticoncorrenciais relevantes), a 04ª Turma Suplementar do TRF1 decidiu reduzir o percentual da multa aplicada, de 5% do faturamento bruto anual da empresa, para 2,85% desse montante. O motivo? Segundo os julgadores, (i) o CADE teria descumprido o princípio da *motivação dos atos administrativos*, e, (ii) como o Tribunal Administrativo fixou a multa com amparo em 07 (sete) critérios, mas com motivação apenas

¹⁹ Uma provocação à leitura de “consequências práticas” como “externalidades” está no resgate da crítica de COASE (1960, p. 35) à abordagem deste conceito pelo economista Arthur Cecil Pigou. Ronald H. Coase apontou que a análise dos efeitos econômicos de externalidades no mercado é *incompleta* sem a consideração de sua *natureza recíproca*. Trazendo a sua contribuição para o Direito Concorrencial, uma interpretação possível do dever do julgador sob o Artigo 20 da LINDB seria requerer o pronunciamento não apenas acerca das *externalidades positivas ou negativas* decorrentes de sua sentença, mas também das *externalidades positivas ou negativas* a elas associadas. Considere-se, por exemplo, o caso de leilões, concorrências ou licitações discutido por RHEE (2007, pp. 475/476): uma sentença judicial pode, em detrimento da decisão emanada do CADE, tornar possível que uma empresa dominante continue a exercer influência sobre preços praticados em leilões, concorrências ou licitações relevantes para o seu mercado. Uma consequência “em cascata” dessa permissão poderia ser o recurso de empresas não dominantes a práticas anticoncorrenciais de retaliação, tudo com o intuito de preservar sua oportunidade nesses certames. É razoável intuir que o Artigo 20 da LINDB requer que o magistrado investigue esses efeitos recíprocos de suas decisões? Sob o prisma da defesa da concorrência, nos parece que sim; sob o prisma da administrabilidade da Justiça no Brasil, no entanto, é difícil justificar o alcance do Artigo 20 da LINDB a essas ponderações.

para 04 (quatro), o juízo deveria reduzir proporcionalmente a penalidade pecuniária atribuída, chegando ao número mágico de 2,85%.²⁰ A decisão não concedeu uma linha sequer às consequências práticas da redução da multa, nem tampouco elegeu a redução da multa entre possíveis alternativas, afastadas uma a uma no caso concreto, cada qual com a fundamentação a si cabível. Sendo assim, se nós testássemos essa decisão isolada à luz do Artigo 20 da LINDB, teríamos de concluir pelo seu descumprimento (a ser apontado como preliminar de nulidade na instância recursal dos Tribunais Superiores).²¹

Lendo a decisão da 04ª Turma Suplementar do TRF1, seria possível sustentar que a “consequência prática” lá faltante (se o julgado fosse testado à luz do Artigo 20 da LINDB) é o incentivo indireto a práticas anticoncorrenciais advindo da sanção minorada pelo juízo, o que corroboraria a tese de que a regra inaugurada pela Lei nº 13.655/2018 implica maior aderência às decisões do CADE. A nosso ver, este argumento é um clássico

²⁰ No Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05, a Procuradoria Federal junto ao CADE havia solicitado Tribunal que aplicasse a multa de 1% do faturamento da empresa à data da instauração do feito, patamar mínimo segundo o então vigente Artigo 23, inciso I, da Lei nº 8.884/1994 (2001, p. 575). O percentual de 5% foi arbitrado pelo Conselheiro Relator, Celso Fernandes Campilongo, por ter entendido como configuradas 07 (sete) das 08 (oito) hipóteses agravantes no então vigente Artigo 27 da Lei nº 8.884/1994 (reproduzido literalmente pelo Artigo 45 da Lei nº 12.529/2011), ainda que o seu voto não contenha qualquer *alocação percentual* para cada agravante configurada (2002, pp. 774-776).

²¹ Há outros exemplos de decisões judiciais alinhadas às condicionantes do Artigo 20 da LINDB e indiferentes às suas consequências práticas (ou a possíveis alternativas). Um deles é a decisão da 04ª Turma do TRF4 na Apelação Cível nº 2002.72.02.003941-7, na qual a penalidade contra a empresa foi anulada em homenagem aos princípios da “dupla qualidade” de sócios em cooperativa, da proporcionalidade e da razoabilidade (embora, naquele caso, a carência de suporte probatório em favor dos argumentos do CADE também tenha sido reputada como relevante para o sucesso da outra parte). Outro exemplo, este calcado em uma interpretação negativa do princípio da livre associação (presente no Artigo 5º, inciso XVII, do texto maior, mas também presente no inciso XX, que veda o famigerado “cárcere associativo”), está no REsp nº 261.155/SP, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Sua Excelência, inclusive, vota pelo não provimento do recurso de profissional médica contra a cooperativa de trabalho médico, mas cita *en passant* que a decisão pode gerar dificuldades “a outras entidades que atuam no comércio da medicina” (2004, p. 04).

non sequitur: sim, a redução da multa pode estimular práticas anticoncorrenciais, mas essa não é a única consequência prática que o julgador do TRF1 deixou de apontar. Cite-se, dentre tantas outras “consequências práticas” que poderiam justificar a crítica à multa instituída pelo CADE (ou a adoção de uma alternativa proporcional pelo juízo revisor), o desestímulo à atividade empresarial no Brasil (ao arrepio do princípio da motivação dos atos administrativos), a ofensa ao princípio-garantia da segurança jurídica, e, ainda, a subversão da legitimidade democrática do Processo Administrativo pelo desprestígio à Constituição Federal (especificamente, o seu Artigo 93, inciso X). Esses exemplos de “consequências práticas”, aliados à amplitude dada à expressão no histórico legislativo da Lei nº 13.655/2018, vêm para confirmar que o Artigo 20 da LINDB, se aplicado às decisões judiciais revisoras de decisões do CADE, pode ser cumprido pelo juízo revisor com a consideração de consequências práticas *não propriamente concorrenciais*, desde que a decisão seja motivada à luz das alternativas possíveis para o julgador. Com isso não queremos dizer que a atenção do juízo a consequências práticas de índole concorrencial seja indesejável,²² mas, isso sim, que há margem para interpretar o Artigo 20 da LINDB como autorizativo de que outras “consequências práticas”, tais como aquelas que citamos acima, componham também a sua apreciação (portanto, sem implicar a pretendida aderência do Poder Judiciário às decisões emanadas do CADE).

3. O Artigo 20 da LINDB traz alguma contribuição relevante para a defesa da concorrência no Brasil?

Antes de tratarmos da utilidade do novo Artigo 20 da LINDB para a defesa da concorrência no Brasil, é importante considerar a ameaça de que as decisões judiciais sobre a matéria sejam vergadas pelo ideal *consequencialista* desse dispositivo. Esse ideal foi identificado por alguns comentaristas ainda à época das discussões do Projeto de Lei nº 7.448/2017 na Câmara dos Deputados (ALBERTO, 2018; SILVA, 2018), e, de forma surpreendente, foi acatado em seu “mérito” por um dos autores do estudo que culminou na Lei nº 13.655/2018. Nessa defesa do então Projeto de Lei, o professor Floriano de Azevedo Marques Neto comentou que “prospectar os efeitos da decisão não é

²² Pelo contrário: se a decisão revisada se cinge à proteção à ordem econômica, entendemos que seria antes um dever de coerência do juízo (CHUEIRI; SAMPAIO, 2012, p. 389) ao menos eleger, dentre as “consequências práticas” de seu *decisum*, aquelas de índole concorrencial como as de maior relevância.

irrelevante”, e afirmou que as cortes brasileiras não são avessas ao emprego de “parâmetros consequencialistas” para fundamentar suas decisões. Ainda, o autor parece sustentar que o evangelho do novo Artigo 20 da LINDB não é ancorado na “retórica das consequências”, e sim na *responsabilidade de quem decide*. Segundo o professor, em sentença lapidar, “quem exerce o controle não pode descuidar o seu autocontrole” (FREITAS; MARQUES NETO, 2018).

Cabem aqui algumas ponderações sobre essa defesa do consequencialismo presente no Artigo 20 da LINDB. Em primeiro lugar, a identificação de decisões judiciais ou de controle com cunho consequencialista não é premissa para a eleição de parâmetros consequenciais como elementos normativos ínsitos às decisões dos julgadores brasileiros (na verdade, as críticas lançadas ao consequencialismo no Brasil são oriundas da edição desses precedentes,²³ razão pela qual nos parece que o raciocínio de justificar o Artigo 20 da LINDB pela existência de decisões consequencialistas em nossa jurisprudência é, a toda prova, circular). Em segundo lugar, o *caput* do Artigo 20 da LINDB em nada resolve as já conhecidas críticas ao consequencialismo, no nosso caso, das decisões judiciais: a relativização arbitrária do princípio da legalidade (DIAS; LEAL, 2017, p. 821), o limite imaginativo do julgador para ponderar todas as consequências práticas de suas decisões (ou, pior, o *limite preferencial*) (SAVARIS, 2012, pp. 31/32), e, evidentemente, a fonte que o consequencialismo judicial é de insegurança jurídica para as partes no processo e para a sociedade (SCHUARTZ, 2011, pp. 408-418). Em terceiro lugar, mesmo o parágrafo único do Artigo 20 da LINDB, que *exige* que o julgador motive a sua decisão em face de “possíveis alternativas”, nos coloca diante de outro dilema. A expressão não deve indicar a alternativa de “dar cumprimento à norma jurídica e às suas consequências diretas”, porque o

²³ Cite-se, por exemplo, o voto do Ministro Francisco Rezek no RE nº 134.509/AM, caso no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o campo de incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) não inclui embarcações e aeronaves (2002, pp. 11-13). Ainda, cite-se o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC nº 152.752/PR, no qual Sua Excelência nomeou uma lista de consequências práticas (o “incentivo à recorribilidade procrastinatória”, o “aumento da seletividade do sistema [carcerário]”, e o “descrédito [do Poder Judiciário] junto à população”) da – pretendida – proibição de cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão dos Tribunais Superiores, incluindo o próprio STF (2018, pp. 165-168 e 170-174).

magistrado já terá considerado essa alternativa (e a descartado ou não) se ponderar a sua decisão à luz das ditas “consequências práticas”. Ou seja, estamos tratando aqui de um rol de outras “possíveis alternativas”, o que, para além de tornar as decisões administrativas, de controle e judiciais ainda mais morosas (se levarmos a ferro e fogo o comando de sua consideração), as submete a ainda mais avenidas para recursos às instâncias superiores.

Feitas todas as ressalvas acima, para nós é evidente que o Artigo 20 da LINDB pode trazer uma contribuição relevante para a defesa da concorrência no Brasil. Na sua aplicação mais cartesiana, o Artigo 20 da LINDB pode compelir um magistrado que doutra forma anularia o Processo Administrativo junto ao CADE a que aceite as suas conclusões, e não anule a decisão do Conselho, sob o argumento de que essa anulação traria efeitos deletérios para a ordem econômica brasileira. Mais: sob esse prisma, o nosso Poder Judiciário seguiria tendências verificadas em jurisdições cujos Tribunais Judiciais adotam parâmetros consequencialistas para orientar a sua interpretação e a sua aplicação do Direito Concorrencial. Cite-se, por exemplo, o precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, no qual se definiu que acordos entre fornecedores e varejistas para estabelecer preços mínimos ao consumidor não violam *per se* o § 1º do Sherman Act, e que devem ser testados à luz da *rule of reason* caso-a-caso, sob pena de tornar o estatuto de *common law* insensível à “evolução das condições econômicas” do comércio atual (2006, pp. 12/13).²⁴ Cite-se, ainda, a decisão da Corte de Apelação de Paris

²⁴ Temos ainda a recente decisão da Suprema Corte no caso *Ohio v. American Express Co.*, que validou em maioria apertada (5 a 4) as cláusulas *antisteering* adotadas pela empresa apelada, sob o argumento de que o mercado de cartões de crédito é um só (e não dois mercados, ou seja, um para os correntistas e outro para os comerciantes). Parte da opinião majoritária afirmou que a consequência prática da adoção de cláusulas *antisteering* foi o “aumento das ofertas e da qualidade do mercado”, e que o efeito concorrencial dessas cláusulas foi, na verdade, positivo para os competidores da empresa apelada (2018, pp. 19/20). Para nós, a leitura dessa decisão reforça a relevância do alinhamento entre as medidas de defesa da concorrência entre diferentes jurisdições, fruto de uma interpretação teleológica do Artigo 20 da LINDB. Na esteira de lições de antitruste voltadas para a proteção do mercado consumidor, defender consumidores dos efeitos deletérios de práticas anticoncorrenciais é visto como um sinônimo de impedir o exercício de influência indevida de *large players* sobre empresários de pequeno ou médio porte (VAHEESAN, 2014, pp. 405/406), ainda que os varejistas que se insurgiram contra a empresa apelada e suas cláusulas *antisteering* no caso perante a Suprema

no Caso nº 2013/05595, decisão essa que reduziu a penalidade pecuniária aplicável a uma das empresas do agronegócio francês (especificamente, da área de comercialização de carne suína) não em virtude do grau de sua participação no esquema anticoncorrencial, mas sim porque essa penalidade afetaria a “capacidade contributiva” da empresa apenada (2014, p. 17).²⁵ Ironicamente, esse possível alinhamento da jurisprudência nacional às práticas de cortes estrangeiras pode até mesmo contribuir para o incremento da segurança jurídica no combate a ilícitos concorrenciais em mais de uma jurisdição (ARAÚJO; CHEDE, 2012, pp. 240-242), a despeito do viés consequencialista do dispositivo inaugurado pela Lei nº 13.655/2018.

Nossa única observação sobre a *capacidade* do Artigo 20 da LINDB para induzir cortes brasileiras à maior defesa da concorrência no Brasil (e, portanto, ao uso de “consequências para a ordem econômica” em sua motivação) é a dicção do dispositivo, que abre margem para a consideração de “consequências práticas” – ou de externalidades a nosso ver – de diferentes matizes. Entendemos que o alinhamento entre o Artigo 20 da LINDB e os objetivos do Direito Concorrencial no país será condicionado (i) à validação constitucional deste dispositivo, se questionado perante os princípios da legalidade e da segurança jurídica, (ii) à atenção do magistrado para a *coerência interna* de sua decisão, atenção essa que direcionará o julgado para levar em conta as “consequências práticas” materialmente próximas ao Artigo 170 da Constituição Federal, e (iii) à sua cautela no tratamento de “possíveis alternativas”, tanto em virtude da limitação de sua competência técnica, quanto em virtude das próprias alternativas já oferecidas textualmente pela legislação concorrencial hoje vigente.²⁶ Somente com atenção a essas cautelas é que conseguiremos conjugar o texto do Artigo 20 da LINDB, geral e pleno de incertezas, ao reforço da defesa da concorrência no Brasil.

Corte tenham sido grandes multinacionais (WOODCOCK, 2018). Mas a decisão da Suprema Corte parece alinhada, particularmente no que aplica a *rule of reason* às cláusulas *antisteering*, à decisão da Corte de Justiça Europeia (ECJ) no Caso C-67/13 (conhecido como *Cartes Bancaires*).

²⁵ Em sentido diverso, considerando os “efeitos práticos” da interpretação do Artigo 81(1) do Tratado da Comunidade Europeia, temos a decisão da 03ª Câmara da ECJ no Caso C-295/04 (2006, pp. 20/21).

²⁶ Vide Artigos 85 e 86 da Lei nº 12.529/2011. Estes são mecanismos que oferecem a empresas engajadas em condutas anticoncorrenciais “a oportunidade de colaboração com os órgãos públicos para dismantlar a organização, em troca de benefícios ou da extinção da punição” (BOTTINI, 2013).

4. Considerações finais

Cada adendo ao já complexo Ordenamento Jurídico brasileiro traz consigo os ônus de interpretação, de aplicação e de justificação. Com a Lei nº 13.655/2018, estamos arcando com o ônus de *interpretar* seus dispositivos à luz da legislação vigente (incluindo aí a legislação concorrencial), com o ônus de *aplicar* suas normas a realidades mutáveis e dinâmicas, antevistas ou não pelo legislador, e, por fim, com o ônus de *justificar* a sua existência, a verdadeira fonte de sua legitimidade enquanto comando normativo, o qual a todos obriga ou, no mínimo, de todos exige respeito.

Nossas reflexões no último capítulo tratam precisamente dessa justificação. Nada nos trabalhos que antecederam a edição da Lei nº 13.655/2018 indicava a sua incidência sobre o Direito Concorrencial no Brasil, embora, como tenhamos explicado no capítulo 2 deste estudo, a conclusão pela incidência fosse inevitável.²⁷ Sendo a matéria de defesa da concorrência tão específica, é de causar surpresa que um dispositivo desta “lei sobre a lei” possa, para além de gerar efeitos no Direito Concorrencial, contribuir ainda para a consecução de seus objetivos. O que podemos afiançar

²⁷ Os comentários sobre a aplicação da LINDB às decisões judiciais citadas nos capítulos 2 e 3 testam os seus termos à luz dos requisitos do Artigo 20. Uma discussão lateral sobre essa incidência diz respeito à retroatividade (ou não) dos dispositivos inseridos na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, inclusive para pautar, no tempo presente, a apreciação de decisões judiciais pretéritas pelos colegiados de instâncias superiores. A discussão – que deve ser estendida a todas as normas inseridas na LINDB – extrapola os limites do nosso estudo, mas resgatamos como norte a própria Constituição Federal. Diversas normas já inscritas na LINDB (Artigos 3º, 6º e 12, por exemplo) refletem dispositivos constitucionais, e, como comentado na nota 9 acima, uma leitura possível do Artigo 20 da LINDB é que ele apenas esclarece o dever de fundamentar as decisões judiciais já previsto no Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Daí dizermos que não é despicienda a ideia de que o Artigo 20 da LINDB pode ser interpretado com efeitos *ex tunc*, e não apenas *ex nunc* – essa posição encontra respaldo, ainda, no próprio texto original da LICC, cujo Artigo 5º dizia e diz: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Perceba-se que esse destino (da interpretação favorável à retroatividade) não é o mesmo de outras normas veiculadas pela Lei nº 13.655/2018, como, por exemplo, aquelas que constam do Artigo 23 (que trata do “regime de transição” à luz de novo dever ou novo condicionamento de direito) e do Artigo 26 da LINDB (acerca do compromisso a ser celebrado “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”).

é que a *intentio legis* do Artigo 20 da LINDB, se dela pudermos afastar as imprecisões técnicas do texto normativo, foi trazer racionalidade e responsabilidade para julgadores nas esferas administrativa, controladora e judicial no Brasil. Foi incutir na fundamentação das decisões dessas esferas a ciência e a consciência de que suas ordens acarretam “consequências práticas”. Se, guiados por essa máxima, e, ainda, se imbuídos de atenção redobrada às consequências práticas para a ordem econômica, os magistrados aprimorarem mais e mais o cuidado de suas sentenças com a tutela da livre concorrência, entendemos que o Artigo 20 da LINDB poderá descortinar uma nova era de cautela, parcimônia e empatia no exercício do dever de julgar. Para o tema do nosso estudo, se o dispositivo for aplicado na esteira de sua intenção legislativa, estimamos que poderá dar origem a uma nova etapa das revisões judiciais de decisões do CADE no país.

5. Referências

ABI-ACKEL, Paulo. *Parecer nº 01, de 2017*. Câmara dos Deputados. Brasília: Imprensa Nacional, 2017.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *A nova (!) decisão judicial e o dilema dos prisioneiros: o art. 20, caput, da LINDB*. Migalhas, 08 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279546,21048-A+nova+decisao+judicial+e+o+dilema+dos+prisioneiros+o+art+20+caput+da>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ANASTASIA, Antônio. *Justificativa*. Projeto de Lei nº 349/2015. Senado Federal. Brasília: Imprensa Nacional, 2015.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; e PAGOTTO, Leopoldo. (Coord.) *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO, Mariana Tavares de; e CHEDE, Marcio Benvenga. *Repressão a Cartéis em Múltiplas Jurisdições*. In: MARTINEZ, Ana Paula. *Temas Atuais de Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2012, pp. 223-242.

BATALHA, Wilson Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Volume I. São Paulo: Max Limonad, 1959.

BATOCHIO, Ligia Lamana; OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de; SALGUEIRO, Fernanda Elias Zaccarelli; e SILVA, Mariana Ferreira Cardoso da. *Sumário Executivo*. In: ALMEIDA, Fabricio Antônio Cardim de. Revisão Judicial das Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). FIESP. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

BAXTER, Hugh. *Habermas: The Discourse Theory of Law and Democracy*. Stanford: Stanford University Press, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Acordo de leniência para apurar cartel merece reflexão*. Revista Consultor Jurídico, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-10/direito-defesa-acordo-leniencia-apurar-cartel-merce-reflexao>>. Acesso em 24 de julho de 2018.

CA PARIS. *Décision 2013/05595*. Relator J. Benot Truet-Callu. Presidente J. Christian Remenieras. Sessão de 25 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2014/R2EB08571FF1995DF8A4A>>. Acesso em 24 de julho de 2018.

CADE. *Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05*. Parecer nº 160/2001, Procuradora Federal Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim e Voto do Relator. Rel. Cons. Celso Fernandes Campilongo. Datado de 22 de março de 2001, pp. 532-575 e 756-776.

CARRIL, Rodrigo Coutinho. *Controle Judicial sobre o CADE e a Análise Econômica do Direito*. Revista do IBRAC, Ano 19, Número 21. São Paulo: 2012.

CARVALHO, Cristiano. *A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito?* JOTA, 06 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/introducao-analise-economica-direito-06062018>>. Acesso em 16 de julho de 2018.

CASAGRANDE, Paulo Leonardo; e PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Coleção Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHRISTIE, George C. *Vagueness and Legal Language*. Minnesota Law Review, Volume 48. Minneapolis: University of Minnesota Law School, 1964, pp. 885-911.

CHUEIRI, Vera Karam de; e SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Coerência, Integridade e Decisões Judiciais*. Revista de Estudos Jurídicos, Ano 16, Número 23. Franca: UNESP, 2012, pp. 367-391.

COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law and Economics, Volume 03. Chicago: University of Chicago Press, 1960, pp. 01-44.

COWEN, Tyler. *Public Goods and Externalities: Old and New Perspectives*. In: COWEN, Tyler. (Ed.) *Public Goods and Market Failures: A Critical Examination*. 02ª Edição. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, pp. 01-28.

DAMASCENO PEIXOTO, Leonardo Scofano. *Lei que alterou a LINDB criou balizas para a segurança jurídica de atos e decisões*. Revista Consultor Jurídico, 03 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/leonardo-peixoto-lindb-criou-balizas-seguranca-juridica>>. Acesso em 16 de julho de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Daniela Gueiros; e LEAL, Fernando. *Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Volume 07, Número 03. Brasília: UNICEUB, 2017, pp. 819-843.

DOMINGUES, Adriene; e PENALVA, Janaína. *O PL 7448/2017 e o fim dos princípios*. JOTA, 17 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-pl-7448-2017-e-o-fim-dos-principios-17042018>>. Acesso em 11 de julho de 2018.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Bloomsbury, 1997.

ECJ. *Decisão C-295/04*. 03ª Câmara. Julgamento de 13 de julho de 2006. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56474&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=610266>>. Acesso em 24 de julho de 2018.

ECJ. *Decisão C-67/13*. 03ª Câmara. Julgamento de 11 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157516&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=801859>>. Acesso em 25 de julho de 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; e PORTO, Noemia Garcia. *PL 7.448/2017 pode se tornar mais um instrumento jurídico de impunidade*. Revista Consultor Jurídico, 25 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/opiniao-pl-7448-tornar-instrumento-impunidade>>. Acesso em 11 de julho de 2018.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 08ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FREITAS, Rafael Veras de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova LINDB e o Consequencialismo Jurídico como Mínimo Essencial*. Revista Consultor Jurídico, 18 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opinioao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty – Volume 01: Rules and Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

JFDF. *Processo nº 0007976-68.2006.4.01.3400*. 17ª Vara Federal, J. Fed. Sub. Cristiane Pederzoli. Julgado em 31 de janeiro de 2007. Publicado em 15 de fevereiro de 2007.

JFDF. *Processo nº 0049217-80.2010.4.01.3400*. 07ª Vara Federal, J. Fed. Aux. José Márcio da Silveira e Silva. Julgado em 06 de maio de 2014. Publicado em 06 de maio de 2014.

JØRGENSEN, Knud Erik. *Theoretical perspectives on the role of values, images and principles in foreign policy*. In: LUCARELLI, Sonia; e MANNERS, Ian. *Values and Principles in European Union Foreign Policy*. Nova York: Routledge, 2006.

KOJIKOVSKI, Gian. *Os 15 Anos de Vaivém entre Cade, Garoto e Nestlé*. Exame, 20 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/os-15-anos-de-vaivem-entre-cade-garoto-e-nestle/>>. Acesso em 12 de julho de 2018.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. *Projeto de Lei ameaça o controle da Administração Pública*. Revista Consultor Jurídico, 10 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/projeto-lei-ameaca-controle-administracao-publica>>. Acesso em 16 de julho de 2018.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*. Projeto de Lei nº 6.303/2005. Câmara dos Deputados. Brasília: Imprensa Nacional, 2009.

OSTI, Cristoforo. *The Italian Way to Antitrust Judicial Review: A Few Oddities of the Pfizer Case*. Rivista Italiana di Antitrust, Number 03. Roma: AGCM, 2014.

OTERO PARGA, Millagros. *Valores Constitucionales: Introducción a la Filosofía del Derecho – Axiología Jurídica*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1999.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; PINTO, Élide Graziane; e SARLET, Ingo Wolfgang. *PL 7.448 desequilibra equação entre custos e riscos da escolha pública*. Revista Consultor Jurídico, 24 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-24/contas-vista-pl-7448-desequilibra-equacao-entre-custos-riscos-escolha-publica>>. Acesso em 16 de julho de 2018.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RHEE, Ki-Eun. *Collusion in the Presence of Externalities*. The Journal of Industrial Economics, Volume 55, Número 03. Oxford: Blackwell Publishing, 2007, pp. 475-497.

SALAMA, Bruno Meyerhof; e SUNDFELD, Carlos Ari. *Chegou a hora de mudar a velha lei de introdução*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas – Desafios de uma Sociedade Democrática*. Brasília: Imprensa Nacional, 2015, pp. 13-16.

SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência*. Salvador: JusPodium, 2008.

SAVARIS, José Antonio. *Globalización, Crisis Económica, Consecuencialismo y la Aplicación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Revista Prolegómenos (Derechos y Valores), Volume XV, Número 30. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada Colombia, 2012, pp. 21-44.

SCHUARTZ, Luís Fernando. *Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem*. In: BARBIERI, Catarina Helena Cortada; e MACEDO JR., Ronaldo Porto (Org.). *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 383-418.

SILVA, Maceno Lisboa da. *As Novas Alterações na LINDB e as Influências no Direito Tributário*. Revista Consultor Jurídico, 03 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/maceno-lisboa-novas-alteracoes-lindb-direito-tributario>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

STF. *HC nº 152.752/PR*. Pleno, Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 04 de abril de 2018. Publicado em 26 de junho de 2018.

STF. *RE nº 134.509/AM*. Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio (Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence). Julgado em 29 de maio de 2002. Publicado em 13 de setembro de 2002.

STJ. *HC nº 190.334/SP*. Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 10 de maio de 2011. Publicado em 09 de junho de 2011.

STJ. *REsp nº 261.155/SP*. Segunda Seção, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 10 de março de 2004. Publicado em 03 de maio de 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Uma Lei Geral Inovadora para o Direito Público*. JOTA, 01 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-01112017>>. Acesso em 11 de julho de 2018.

TEBET, Simone. *Parecer nº 22, de 2017*. Senado Federal. Brasília: Imprensa Nacional, 2017.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: Metodica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TRF1. *Apelação por Reexame Necessário nº 0039691-94.2007.4.01.3400*. Rel. Des. Fed. Jirair Aram Meguerian. Sessão de 19 de novembro de 2012. Publicado em 14 de janeiro de 2013.

TRF1. *Apelação Cível nº 2004.34.00.013282-7*. Rel. J. Fed. Conv. Rodrigo Navarro de Oliveira. Sessão de 18 de setembro de 2012. Publicado em 08 de outubro de 2012.

TRF4. *Apelação Cível nº 0002844-85.2016.4.04.9999*. 05ª Turma, Rel. Des. Fed. Rogério Favreto. Sessão de 22 de novembro de 2016. Publicado em 27 de janeiro de 2017.

TRF4. *Apelação Cível nº 2002.72.02.003941-7*. 04ª Turma, Rel. Des. Fed. Maria Inge Barth Tessler. Sessão de 06 de maio de 2009. Publicado em 08 de junho de 2009.

TRIBE, Laurence H. *Structural Due Process*. Harvard Civil Rights & Civil Liberties Law Review, Volume 10, Número 02. Cambridge: Harvard Law School, 1975, pp. 270-321.

USSC. *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* Opinião Majoritária de J. Kennedy. Caso arguido em 26 de março de 2007. Decidido em 28 de junho de 2007. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/>>. Acesso em 24 de julho de 2018.

USSC. *Ohio v. American Express Co.* Opinião Majoritária de J. Thomas. Caso arguido em 26 de fevereiro de 2018. Decidido em 25 de junho de 2018.

Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454diff_6579.pdf>. Acesso em 24 de julho de 2018.

VAHEESAN, Sandeep. *The Evolving Populisms of Antitrust*. Nebraska Law Review, Volume 93, Número 02. Lincoln: University of Nebraska, 2014, pp. 370-428.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Peculiaridades da Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil – A Nova Regra Nem é Assim Tão Nova*. In: JOBIM, Marco Félix; e RIBEIRO, Darci Guimarães. *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

WOODCOCK, Ramsi. *Ohio v. Amex, Supply Chain Fairness, and the Inadequacy of Antitrust's Consumer Welfare Standard*. ProMarket, 02 de julho de 2018. Disponível em: <<https://promarket.org/ohio-v-amex-supply-chain-fairness-inadequacy-antitrusts-consumer-welfare-standard/>>. Acesso em 25 de julho de 2018.