

REVISTA DO

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Número 1 - 2022

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 1- 2022

ISSN 1517-1957



Editores Responsáveis:

Flávia Chiquito dos Santos

Leonardo Peixoto Barbosa

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

**DIRETORIA E CONSELHO DO IBRAC
2020- 2021**

Diretor Presidente

Bruno de Luca Drago

Diretor Vice-Presidente

Renê Guilherme da Silva Medrado

**Diretora Institucional Vice-Preside-
dente**

Priscila Brolio Gonçalves

Diretor de Concorrência

Guilherme Favaro Corvo Ribas

Diretor de Comercio Internacional

Carolina Monteiro de Carvalho

Diretora de Relações de Consumo

Fabíola Meira

Diretora de Publicações

Flávia Chiquito dos Santos

Diretor de Compliance e Investigações

Maria Cecília Andrade

**Diretor de Contencioso e Arbitra-
gem**

José Inacio F. de Almeida Prado Filho

Diretor de Regulação

Mateus Piva Adami

Diretor de Economia

Bernardo Gouthier Macedo

Diretora de Relações Institucionais

Adriana Giannini

CONSELHO DELIBERATIVO

Barbara Rosenberg - Presidente

Ricardo Inglez de Souza - Vice-Presi-
dente

Aurélio Marchini

Bruno Droghetti Magalhães Santos

Caio Mario Pereira

Daniel Andreoli

Denis Alves Guimarães

Denise Junqueira

Eduardo Gaban

Enrico Spini Romanielo

Eric Jasper

Fabiana Ferreira de Mello TitoFabrício A. Cardim de Almeida

Guilherme Teno Castilho Misale

José Alexandre Buai Neto

Joyce Midori Honda

Laura Beatriz de Souza Morganti

Lucia Ancona Lopez de Magalhães
Dias

Luis Nagalli

Marcela Mattiuzzo

Marcio Dias Soares

Mario Girasole

Patrícia Agra

Paula Müller Ribeiro Bernini

Paulo Leonardo Casagrande

Pedro Paulo Salles Cristofaro

Pedro Zanotta

Ricardo Casanova Motta

Rodrigo Zingales

Sílvia Fagá de Almeida

Sonia Marques Döbler

Tatiana Lins Cruz: TozziniFreire

Thais Matallo Cordeiro Gomes

Thiago Brito

Tiago Machado Cortez

Lauro Celidonio

Marcio de Carvalho Silveira Bueno

Eduardo Caminati Anders

Cristianne Saccab Zazur

Mauro Grinberg

Marcelo Procópio Calliari

Tito Amaral de Andrade

Sérgio Varella Bruna

Ubiratan Mattos

Carlos Francisco de Magalhães

APRESENTAÇÃO

É uma imensa alegria poder estar à frente da edição e coordenação da Revista do IBRAC como Diretora de Publicações do biênio 2022-2023. Posso dizer que a Revista do IBRAC sempre foi uma importante referência bibliográfica para toda comunidade antitruste que contribui para o desenvolvimento da política de defesa da concorrência brasileira, i.e. autoridades, advogados, economistas, acadêmicos e estudantes em geral.

Essa Revista, que teve sua primeira edição em 1994, vem se aprimorando ao longo dos anos, passando de uma publicação exclusivamente jurisprudencial, para exemplares que compilavam doutrina, jurisprudência e legislação concorrencial e, mais recentemente - desde 2016 -, ampliando seu repertório para agregar trabalhos da área de consumo e comércio internacional, juntamente com o direito da concorrência. Baseada nessa constante evolução, a nova gestão envidará esforços para manter o aperfeiçoamento da qualidade técnica dessa Revista, com vistas a garantir sua boa pontuação como veículo científico, assim como ampliar sua divulgação à dimensão nacional e internacional.

A Revista Número 1 de 2022 traz uma gama de artigos atuais envolvendo diversas frentes da área concorrencial: condutas horizontais e verticais; acordos de leniência e termos de compromisso de cessação; controle de estruturas; mercados digitais; e as novas tendências entre a interlocução do direito da concorrência com o mercado de trabalho.

Na expectativa de que nossos caros leitores gostem dessa primeira edição do ano de 2022, encerro com uma saudação a todos os autores e, em especial, àqueles cujos artigos foram premiados pelo Prêmio IBRAC/TIM.

Flávia Chiquito dos Santos
Diretora de Publicações do IBRAC

SUMÁRIO

A PERSONALIZAÇÃO DE PREÇOS NA ERA DIGITAL: CRITÉRIOS PARA INVESTIGAÇÃO CONCORRENCIAL

Bruno Meyerhof Salama e Leda Batista da Silva Diôgo de Lima..... 6

A CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCC) EM INVESTIGAÇÕES POR CONDUTAS UNILATERAIS

Ana Sofia Cardoso Monteiro e Julia Werberich..... 30

FOGO AMIGO: AS DIVERGÊNCIAS NO TRIBUNAL COMO COMBUSTÍVEL PARA JUDICIALIZAÇÃO DAS DECISÕES DO CADE NO ÂMBITO DE CONTROLE DE CONDUTAS

Andressa Lin Fidelis..... 45

CLÁUSULAS DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO DIREITO CONCORRENCIAL E TRABALHISTA

Bruno Polonio Renzetti..... 68

LENIÊNCIA PARCIAL: UM CHEQUE EM BRANCO?

Camila Pires da Rocha, Guilherme Antonio Gonçalves e

Renata Gonzalez de Souza..... 88

OS FUNDAMENTOS DO ANTITRUSTE PARA MERCADOS DE TRABALHO

Olavo Severo Guimarães, Victor Cavalcanti Couto e

João Ricardo Oliveira Munhoz..... 110

PREÇO PREDATÓRIO E O CADE: ANÁLISE DOS CASOS ENTRE 2012-2021

Tanise Brandão Bussmann 133

NADA MUDA, MUITO PODE MUDAR: POSSÍVEIS EFEITOS DE FUSÕES SUCESSIVAS NO SETOR DE SAÚDE SUPLEMENTAR BRASILEIRO

Tatiana de Macedo Nogueira Lima..... 162

A PERSONALIZAÇÃO DE PREÇOS NA ERA DIGITAL: CRITÉRIOS PARA INVESTIGAÇÃO CONCORRENCIAL

Bruno Meyerhof Salama¹

Leda Batista da Silva Diôgo de Lima²

Resumo: Este artigo examina a personalização de preços, uma modalidade de discriminação de preços cada vez mais relevante na esfera digital. A personalização se diferencia das técnicas usuais de discriminação por estimar a disposição a pagar de cada consumidor individualmente por meio de algoritmos. Este artigo qualifica a prática de preços personalizados sob a ótica concorrencial, define critérios para as etapas de análise e fornece elementos para modulação de punições e formulação de remédios alternativos.

Palavras-chave: Direito antitruste – Direito concorrencial – Preços personalizados – Bem-estar do consumidor – Eficiência Econômica – Regra da razão – Etapas de Análise – Modulação de Punições.

Abstract: This paper examines personalized pricing, an increasingly relevant form of price discrimination in the digital sphere. Personalization differs from the usual forms of discrimination in that it estimates with algorithms the willingness to pay of each individual consumer. This paper qualifies the practice of personalized prices from a competitive standpoint, defines the steps for an antitrust analysis and provides elements for modulating punishments and formulating alternative remedies.

Keywords: Antitrust Law – Competition Law – Personalized Pricing – Consumer welfare – Economic Efficiency – Rule of Reason – Steps of analysis – Punishment criteria.

¹ Professor Adjunto em UC Berkeley School of Law e Senior Global Fellow na FGV Direito SP. Doutor (JSD) e mestre (LLM) em direito por UC Berkeley Law School, mestre em economia pela FGV-EESP e bacharel em direito pela USP. Foi professor visitante em Columbia Law School e em Beijing Jiaotong University Law School. Admitido a praticar direito no Brasil (OAB) e nos Estados Unidos (New York State Bar). Integrou o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN).

² Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (2021-atual). Formada em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – Direito GV (2010), com atuação profissional centrada na área de Direito Econômico, em especial em Direito da Concorrência, Legislação Anticorrupção e Compliance.

*My wife asked why I spoke so softly in the house.
I said I was afraid Mark Zuckerberg was listening!
She laughed.
I laughed.
Alexa laughed.
Siri laughed³.*

1. Personalização de preços: conceito e contexto

Pode uma empresa cobrar preços distintos, para o mesmo bem ou serviço, de consumidores diferentes, levando em conta apenas diferenças individuais na sua disposição a pagar? A pergunta evoca um tema antigo no direito concorrencial, a discriminação de preços⁴. Trata-se de uma prática corriqueira, e que pode envolver diversos critérios. Por exemplo, estudantes ou idosos pagam preço diferente por ingresso no cinema por conta de determinação legal; homens e mulheres às vezes pagam ingresso distinto em casas noturnas; e consumidores em geral pagam preço mais elevado ou mais baixo dependendo de fatores de custo como sazonalidade, custos de frete, conveniência, volume de compras, e assim por diante.

³ Aneidota popular de autoria desconhecida. Agradecemos a Osny da Silva Filho por comentários ao texto. Eventuais erros são de responsabilidade exclusiva dos autores.

⁴ Vide, a título exemplificativo, algumas fontes relevantes sobre discriminação de preços: ARMSTRONG, Mark. *Price discrimination*. Department of Economics, University College London, 2006. Disponível em: https://mpr.ub.uni-muenchen.de/4693/1/MPRA_paper_4693.pdf; BISELLI, Esther Collet Janny Teixeira. *Discriminação de Preços na Economia Digital*. In: Defesa da concorrência em plataformas digitais [recurso eletrônico] / Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização) - São Paulo: FGV Direito SP, 2020. Páginas 238-269. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30031/Defesa%20da%20Concorre%CC%82ncia%20em%20Plataformas%20Digitais.pdf?sequence=1>; GERADIN, Damien; PETIT, Nicolas. *Price discrimination under EC competition law: the need for a case-by-case approach*. Global Competition Law Centre, 2005. Disponível em: https://www.coleurope.eu/system/tdf/research-paper/gclc_wp_07-05.pdf?file=1&type=node&id=8664&force=; MCAFEE, R. Preston. *Price Discrimination*. In: Issues in Competition Law and Policy, Ch.20, No. 1, 465, 2008 (ABA Section of Antitrust Law). Disponível em: <https://mcafee.cc/Papers/PDF/ABAPriceDiscrimination.pdf>; OECD. *Price discrimination – background note by the Secretariat*, 2016. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf).

Antigamente, os preços e as formas de agregação de consumidores, inclusive nesses casos comuns, eram feitos manualmente. A evolução das técnicas computacionais, a inteligência artificial, o *machine learning* e a difusão do consumo por meios digitais e em plataformas, no entanto, criaram a possibilidade de segmentação *digital* dos consumidores e de precificação por algoritmos.

Em alguns mercados, como o de passagens aéreas, a discriminação de preços leva em conta, em particular, flutuações na procura, a antecedência da compra ou até mesmo o dia da semana em que a compra foi realizada pelo consumidor. Porém, e de particular interesse aqui, cada vez mais difundem-se mundo afora técnicas de precificação pautadas por características pessoais dos consumidores. É nesse sentido que se fala em *personalização*.⁵ Como um alfaiate antigo que fazia roupa sob medida, no mundo digital é agora possível encontrar o preço sob medida.

Não é difícil encontrar a explicação. O endereço de *IP* do consumidor, por exemplo, revela sua localização – de onde já se pode começar a inferir sua renda. O endereço de *IP* também poderá, às vezes, revelar o tipo de *smartphone* que está sendo usado – e então, já se saberá algo sobre os padrões de compra, e algo mais sobre a renda. Conjugando-se essas informações com data e local de nascimento, histórico de compras ou de buscas, “curtidas” em redes sociais, e outras, forma-se então um provável perfil comportamental do consumidor.

Misturando-se tudo isso com um bom *machine learning* pode-se chegar, rapidamente, a uma boa estimação da disposição a pagar de cada consumidor. Daí para a precificação *personalizada*, ou seja, aquela que leva em consideração exatamente as características individuais dos consumidores,⁶ é

⁵ Do ponto de vista teórico, a personalização de preços ilustra a hipótese de um “direito personalizado”. Ver: VERSTEIN, Andrew. *Privatizing Personalized Law*. University of Chicago Law Review, v. 86, n. 2, 2019. No Brasil, a única referência sobre “direito personalizado” que encontramos é Osny da Silva Filho, ver: SILVA FILHO, Osny da. *A moralidade da autonomia: estudo de teoria do direito privado*. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020.

⁶ EC, 2018, p. 43; OCDE, 2018, p. 5 e 6. A personalização de preços também se diferencia da propaganda direcionada (“target advertising”), cuja finalidade é aumentar a probabilidade daquele consumidor adquirir um produto com base nas suas preferências e comportamento, e da prática de direcionamento de preços (“price steering”), que manipula resultados de busca de

apenas um pequeno passo. Ou, pelo menos, é o que se diz hoje com cada vez mais frequência nos bons cursos de marketing digital, em que a segmentação digital de preços e consumidores é crescentemente apresentada como a nova onda.⁷

Para o jurista, no entanto, a questão é outra: será a personalização de preços juridicamente aceitável? A discriminação de preços – novamente, o gênero ao qual pertence a espécie *personalização de preços* – encontra-se disciplinada no Brasil. *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* constitui infração à ordem econômica.⁸ Mas daí não segue que a discriminação de preços seja *per se* ilegal.⁹ O mesmo se aplica, como explicado adiante, à modalidade de *personalização de preços*.

A seção 2 explica as ambiguidades da personalização de preços, que pode, em alguns casos, representar mera subtração de valor dos consumidores, mas que, em outros casos, pode ser pró-competitiva, inclusiva e talvez até indutora de inovação. A seção 3 define os três critérios que devem ser considerados em uma eventual análise concorrencial, quais sejam: a verificação dos elementos essenciais para a configuração da prática; a análise acerca das condições competitivas e a situação de poder de mercado; e o balanço da conduta sob a regra da razão. A seção 4 discorre sobre a necessária modulação de eventuais punições, tanto para não desestimular a prática nas situações em que seus efeitos sejam positivos, como para considerar boas práticas de governança eventualmente adotadas pela empresa investigada. As considerações finais, na seção 5, versam sobre caso envolvendo a empresa Decolar.com, o primeiro no Brasil a focar especialmente o tema da personalização de preços.

forma a alinhar produtos mais caros a consumidores com maior disposição a pagar. Essas outras práticas, contudo, não serão objeto do presente artigo.

⁷ Vide estudos nesse sentido: DELOITTE, 2018, p. 11; OCDE, 2018, p. 17; EC, 2018, p. 132 (que constataram que mais de 90% dos consumidores preocupam-se com a personalização de preços, e não é por acaso: 40% das empresas que utilizam alguma forma de inteligência artificial para personalizar a experiência do consumidor a destinam para a personalização de preços e promoções em tempo real, como é o caso da Uber, que informou estar realizando testes de um novo sistema de preços que considera, além dos tradicionais vetores tempo, distância e demanda, também rota e horário da corrida para estimar a disposição a pagar do consumidor).

⁸ Artigo 36, *caput* e §3º, inciso X, da Lei nº 12.529/2011.

⁹ Tal como entendido pela autoridade concorrencial brasileira na análise de condutas unilaterais em geral. Vide CADE, 2016, p. 37.

2. Ambiguidade da Personalização de Preços

Nos modelos introdutórios de oferta e demanda, o preço do bem ofertado em mercado é único; o que varia é apenas o ganho (ou *excedente cooperativo*, no jargão econômico)¹⁰ de cada consumidor e de cada ofertante. Essa variação ocorre justamente porque o preço em mercado – o preço único – captura apenas uma parcela da disposição a pagar de cada consumidor.¹¹ Por isso, ainda nesse modelo inicial, é comum apresentar o valor gerado pelas interações em mercado como repartido entre o conjunto de consumidores e o conjunto de ofertantes.

Essa divisão entre consumidores e ofertantes permite ver, por outro lado, por que o preço único não é a solução preferível para os ofertantes. Para estes, o ideal seria abandonar o preço único e, cobrando preço personalizado, capturar a totalidade da disposição a pagar de cada consumidor.

A opção pelo preço único, ainda nos manuais de microeconomia, vem frequentemente associada à existência de competição. Porém, no mundo real, um fator de ordem prática sempre a impulsionou. Para entender, imagine que dois consumidores entrem numa loja. O vendedor pode se pôr a pensar, *quanto cada um deles estará disposto a pagar?* Mas ainda que possa encontrar indícios – todo vendedor, de qualquer coisa, está quase sempre pensando nisso –, sua estimativa do *preço de reserva* será sempre muito imperfeita.

Isso não é tudo. Para ficarmos com a ilustração envolvendo o lojista e seus dois clientes, a própria presença física de todos no mesmo tempo e espaço certamente dificultaria a diferenciação de preços com base apenas na disposição a pagar. A situação evoca a imagem de uma grande confusão (o gerente querendo acalmar os clientes irados, a imprensa sensacionalista fazendo entrevistas etc.). Com isto já se começa a entender a problemática da personalização de preços, e, por outro lado, a predileção tradicionalmente dada pelos economistas não às estimativas do preço de reserva, mas às

¹⁰ O *surplus* corresponde à diferença entre o preço pago e a disposição a pagar, ou seja, o *preço de reserva*.

¹¹ Exceto, claro, a disposição a pagar do consumidor marginal, que é capturada integralmente. E salvo, obviamente, o caso de uma curva de demanda perfeitamente elástica.

preferências reveladas em mercado – isto é, o preço efetivamente pago, por um bem ou serviço ofertado em condições similares.

Fato é que nos mercados digitais a forma de interação entre ofertantes e consumidores é muito diferente. Não há divisão de espaço físico, e o universo de informações disponíveis é distinto. Em particular, nos mercados digitais o emprego de novas técnicas computacionais permite a coleta e análise de dados direcionada a identificar padrões comportamentais e tendências, e, em particular, o uso de algoritmos de precificação. É a partir daí que surge a possibilidade do preço personalizado, *taylor-made*, isto é, a possibilidade de discriminar preços entre consumidores de acordo com suas características individuais e conseqüente disposição a pagar.

É claro que nem todos os mercados digitais são iguais, nem muito menos as empresas que neles atuam. Por isso, a prática de preços personalizados será mais provável se algumas circunstâncias estiverem presentes. Por exemplo, algumas empresas têm realmente condições práticas de medir a disposição a pagar dos seus consumidores – pensemos nas *big tech*, por exemplo. Da mesma forma, a personalização será tanto mais plausível quanto maior for o poder de mercado da empresa em questão – porque sob a *concorrência perfeita*, esta de que tanto se fala, mas que quase nunca se vê, os preços se equivaleriam ao custo marginal para todos os consumidores.¹²

Outras circunstâncias também são relevantes. Por exemplo, as condições para personalização de preços dependem não apenas do tipo de empresa, e do tipo de mercado, mas também do tipo de produto. Imagine por exemplo que o consumidor que pagou preço mais baixo possa imediatamente revender o bem para outro consumidor com maior disposição a pagar; se isso ocorrer, a estratégia de personalização de preços pela empresa não funcionaria. Isso quer dizer que a personalização de preços será tanto menos plausível quanto mais facilmente transferível for o produto negociado.

Mas voltando ao tema inicial, o recurso ao modelo introdutório de oferta e demanda de que vimos tratando pode sugerir que a personalização seja mero mecanismo de captura de valor por ofertante em um jogo de soma zero – sempre em prejuízo do consumidor. Afinal, para insistir, a personalização significaria apenas que consumidores, todos ou pelo menos parte deles,

¹² Sobre o tema, v. OCDE, 2018, p. 12 e 13; BISELLI, 2020, p. 240.

pagariam pelo bem ou serviço um valor próximo daquele que corresponde à sua disposição máxima a pagar, seu preço de reserva. Esta narrativa sugere, então, que a personalização de preços reproduza mera realocação do excedente – de valor, medido por disposição a pagar – do consumidor ao ofertante.

Mas é preciso ser claro: imaginar que a personalização de preços traduza mera realocação de excedente dos consumidores para ofertantes é *um grande equívoco*. Para entender, é preciso ponderar sobre um segundo conjunto de efeitos distributivos da personalização de preços: não os efeitos distributivos envolvendo consumidores de um lado, e ofertantes do outro, mas os efeitos distributivos dentro do grupo dos consumidores.

Há aqui três possíveis efeitos pró-competitivos. Primeiro, a personalização de preços a partir da disposição a pagar significa, em princípio pelo menos, que consumidores mais abastados pagarão mais que aqueles menos abastados pelos mesmos produtos e serviços – e isto porque, claro, são os mais abastados aqueles que geralmente possuem maior disposição a pagar. Segue daí a possibilidade nada desprezível de que os custos fixos possam ser absorvidos justamente pelos consumidores mais abastados. Quando isso acontece, os consumidores menos abastados podem, então, comprar por valor inferior àquele que corresponderia ao preço “único”. Isso pode-se visualizar no próprio modelo introdutório de oferta e demanda.

Segundo, e pelo mesmo motivo, a personalização de preços pode gerar um incremento produtivo. Essa ideia se traduz, em termos concretos, na situação em que as empresas reduzem os preços cobrados de consumidores de baixa renda, mas preservam a lucratividade nos consumidores de alta renda. E, assim se supõe, com maior acesso ao mercado, a produção aumenta. E terceiro, substituindo-se um modelo estático por uma consideração dinâmica, não é de todo irrazoável vislumbrar a possibilidade de que esses melhores resultados econômicos criem condições para aumento de inovação.

Em todos esses casos, o resultado é oposto ao jogo de soma zero que intuitivamente pressuporíamos, porque haveria um efeito de expansão de vendas ao longo da curva de demanda.¹³ Dito de forma simples, o número de consumidores que integra o mercado poderia crescer. Tudo isso explica por

¹³ Nesse sentido, cf. DEE, 2020, p. 46 e OCDE, 2018, p. 2.

que a análise concorrencial não deve tratar a personalização de preços como uma infração *per se*, tema de que trataremos adiante.

3. Critérios para análise concorrencial

No Brasil, a prática de personalização de preços encontra resguardo na Lei de Defesa da Concorrência, particularmente na previsão que versa sobre “*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*” (artigo 36, *caput* e §3º, inciso X, da Lei nº 12.529/2011)¹⁴. Mas, justamente por conta dos efeitos ambíguos a que aludimos acima, o Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) reconhece que “*as autoridades terão de compreender bem os processos e calibrar sua análise para medir em que medida o efeito apropriação supera o efeito expansão e é lesivo aos consumidores em geral*” (DEE, 2020, p. 46).

Diante disso, a nosso ver, uma eventual análise concorrencial envolvendo personalização de preços¹⁵ deveria seguir as etapas delineadas abaixo.¹⁶

¹⁴ A legislação brasileira optou por recepcionar a vedação da discriminação de preços também para consumidores finais, o que é um diferencial em comparação com outras jurisdições, como é o caso da União Europeia, que tem encontrado sérias dificuldades em discutir punições pela prática de preços personalizados pois a legislação proíbe explicitamente apenas a discriminação entre parceiros comerciais, e não a consumidores finais (OCDE, 2018, p. 28).

¹⁵ Não há registro, pelo que sabemos, de caso em que preços personalizados tenham sido investigados como uma prática anticompetitiva (OCDE, 2018, p. 26). No Brasil, a jurisprudência concorrencial já se debruçou sobre alguns casos de condutas unilaterais em mercados digitais que sinalizam que o CADE tem respeitado o standard probatório da análise tradicional, mas sem deixar de estar atento às condições diferenciadas dos mercados digitais e sua dinamicidade (BISELLI, 2020, p. 261-262). Existe, além disso, a possibilidade que a personalização de preços seja vista como uma prática predatória exclusionária, que não é o nosso foco aqui.

¹⁶ Essas etapas estão em linha com a jurisprudência que vem sendo desenhada pelo CADE com relação a condutas unilaterais e práticas no contexto dos mercados digitais, e encontram respaldo em diversos estudos internacionais sobre preços personalizados, tais como: AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (2019); BARBIER DE LA SERRE e LAGATHU (2013); BOURREAU, STREEL e GRAEF (2017); EC (2018); ESPOSITO (2020); OCDE (2018); OCDE (2016); OFFICE OF FAIR TRADING (2013).

Etapa 1: elementos necessários para enquadrar a prática no art. 36, §3º, inciso X, da Lei nº 12.529/2011

Em primeiro lugar, a autoridade antitruste precisa identificar e documentar a personalização de preços. Uma questão difícil diz respeito ao detalhamento desta demonstração. Basta a identificação de alguns casos? Quantos? Dadas as dificuldades de coleta de evidências, em alguns casos poderá até mesmo aceitar-se uma reconstrução incompleta do percurso da empresa (ou empresas) investigadas. Mas não se pode escapar, estamos aqui a dizer o óbvio, da demonstração dos fatos que geram a imputação.

A existência da diferenciação é o ponto de partida; mas não basta. Em primeiro lugar, é imprescindível que a diferença nos preços não esteja baseada em custos¹⁷, ou seja, não tenha como justificativa o custo extra arcado de atender consumidores distintos (como nas vendas para consumidores localizados em estados diferentes ou com distintos custos de frete). Não se despreza, aqui, as dificuldades de realizar investigação a respeito de fatores que compõem preço – dificuldades aliás bem conhecidas, que surgem, por exemplo, nas discussões envolvendo preços predatórios. Mas o ponto é que a boa política concorrencial deve exigir das autoridades cuidados antes de mover adiante longos e custosos processos.

Além disso, pode surgir debate não a respeito da demonstração dos fatos em si, mas da própria capacidade da empresa investigada de realizar a personalização de preços – lembremos, personalização com base em disposição a pagar, que é o nosso tema aqui. Justamente porque as empresas, suas áreas de atuação e suas competências técnicas são muito diferentes, a capacidade de medir a disposição a pagar do consumidor não deve ser presumida. É preciso ainda na partida do procedimento investigar se há indícios suficientes de que a empresa tenha possibilidade de acessar os dados necessários para a personalização dos preços e dispõe das condições práticas ou estrutura (de pessoal, computacional etc.) para tratamento dos dados com vistas à personalização.¹⁸

¹⁷ Corroborando esse entendimento, vide OCDE, 2018, p. 30.

¹⁸ É claro que, em sede de defesa, o tema pode ser reaberto.

Finalmente, para que a personalização de preços tenha o potencial de ser efetiva, isto é, para que possa aumentar os lucros do ofertante, o bem ou serviço negociado deve ser de uso pessoal ou intransferível (jurídica ou economicamente). Do contrário, como expusemos na seção anterior, a personalização não seria efetiva, não geraria lucro para a empresa, e a persecução pela autoridade concorrencial seria despicienda.

Em suma, simplesmente identificar a ocorrência de preços diferenciados e personalizados não autoriza, a nosso ver, a abertura de um processo. À autoridade concorrencial compete (i) examinar, preliminarmente, pelo menos, a estrutura de custos que conduz à personalização; (ii) averiguar a capacidade da empresa de medir a disposição a pagar dos consumidores; e (iii) estudar a natureza do bem ou serviço, em particular no tocante à sua aptidão à renegociação pelos consumidores. Superados esses três elementos, pode-se então passar para a etapa seguinte.

Etapa 2: condições de mercado e posição dominante

Os impactos da prática de preços personalizados para o bem-estar do consumidor dependem fortemente das condições de concorrência. O ponto de partida está em observar que, em princípio, quanto menos competitivo for o mercado, tanto maior será a margem de manobra das empresas para personalizar o preço, já que os consumidores não terão outros ofertantes aos quais poderiam recorrer. Os motivos da baixa competição, como se sabe, podem ser muito distintos, indo das barreiras de entrada (tecnológicas, regulatórias, ou mesmo no caso do monopólio natural) às economias de escopo ou eficiências de rede. São circunstâncias propícias para a captura de renda, que devem ser evidenciadas e documentadas pela autoridade antitruste.

Isso quer dizer, por outro lado, que nos mercados competitivos a personalização de preços é mais difícil e, em princípio pelo menos, menos rentável e, logo, mais improvável. Mas isto não é tudo, porque nos mercados competitivos a personalização de preços pode resultar justamente nas dinâmicas pró-competitivas a que aludimos na seção anterior, em que, justo por conta da personalização, o mercado se amplia, a produção cresce, e a inovação se oportuniza.

Além disso, nos mercados competitivos a personalização pode desencorajar outras práticas anticompetitivas. Por exemplo, pode constituir um

desincentivo à celebração de acordos de fixação de preços, e isso justamente porque é mais difícil acordar no preço “comum” via algoritmo de preços, de maneira que o preço comum tende a ser, também, um preço fixo. Pelo mesmo motivo, a personalização de preço dificulta a combinação para a redução da quantidade produzida e ofertada no mercado.

Aqui, no entanto, é preciso fazer três ressalvas importantes. Primeiro, não basta olhar apenas para as condições competitivas do mercado; é preciso olhar também para a situação de poder (ou ausência de poder) de mercado. Como é bem sabido, a existência (ou não) de posição dominante faz muita diferença. Concretamente, para que a personalização de preços possa ser enquadrada como ilícita, é também necessário que a empresa investigada detenha um nível mínimo de poder de mercado. Basta pensar no caso da empresa investigada que atua em um mercado altamente concentrado, mas que detenha, ela própria (ao contrário de suas competidoras), *market share* ínfimo. Terá sua personalização o condão de gerar efeitos negativos para o mercado? É bastante improvável.

Segundo, a própria existência de posição dominante não autoriza, ela própria, a concluir que a personalização de preços se dará em prejuízo dos consumidores. Não é difícil pensar na situação de um monopolista – especialmente, talvez, de um detentor de monopólio natural – que cobre mais dos consumidores mais abastados justamente para poder ampliar o número de consumidores totais. Tudo conforme explicado na seção 2 acima.

Finalmente, é preciso considerar que há aspectos da competição na esfera digital cujos desdobramentos ainda não são perfeitamente compreendidos. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), em relatório recente, sugeriu que a personalização de preços em mercados competitivos seja no mais das vezes favorável à concorrência e ao consumidor. A indicação parece ser uma presunção – presunção relativa, rebatível – em favor da licitude da personalização dos preços.

Pode ser; mas pode não ser a melhor leitura: nos mercados digitais, as assimetrias entre empresas e consumidores finais podem ser brutais. Por exemplo, Maurice E. Stucke e Ariel Ezrachi documentam em obra recentemente publicada¹⁹ diversas dinâmicas em que a pressão competitiva leva

¹⁹ *Competition Overdose*, ed. Harper Business, 2020.

empresas em mercado a adotarem uma miríade de práticas abusivas. O tema é longo e aqui não pode ser resumido, mas importa marcar que – embora a problemática não se limite à esfera digital – nesta, os males da competição e suas dinâmicas destrutivas podem aparecer com maior vigor. O radar da autoridade antitruste deve estar ligado, inclusive para captar problemas distintos daqueles com os quais está acostumada a lidar.

Em suma, o principal ponto no que toca a esta *Etapa 2* é que a discussão da dinâmica de competição no mercado e a averiguação acerca da posição dominante da empresa ajudam e informam a análise; e, ainda assim, não bastam. Fora isto, resta ainda uma etapa final na análise concorrencial.

Etapa 3: regra da razão

A discussão feita até aqui justifica a adoção da *regra da razão*. Os efeitos da personalização são ambíguos, e mais, há estudos sugerindo que a personalização de preços seja, ao contrário do que se poderia supor, tipicamente pró-competitiva.²⁰ É preciso, portanto, estudar cada situação, caso a caso, e não se pode presumir a ilicitude – não há que se falar, portanto, de vedação *per se*. Além disso, como uma consideração de boa política concorrencial, a personalização (se constatada) deve ser persistente, já que, do contrário, como se sabe, os efeitos deletérios da prática podem ser resolvidos pelo próprio mercado: margens maiores atraem, como se sabe, a entrada de competidores.

Nesse particular não estamos no geral propondo nada muito distinto daquilo que já constitui a prática corrente das autoridades concorrenciais brasileiras. O próprio CADE já reconheceu os efeitos ambíguos da personalização de preços em publicação do seu Departamento de Estudos Econômicos (DEE, 2020, p. 46). E o fez justamente apontando que a análise da legalidade da personalização de preços seja submetida à regra da razão – confirmando, assim, a necessidade de ponderação de custos e benefícios das condutas sob exame.

Evidentemente que a aplicação da regra da razão não está livre de problemas. Deixando de lado a acuidade dos seus resultados – um tema espinhoso que diz respeito justamente à certeza e plausibilidade dos resultados das

²⁰ Cf. OCDE, 2018, p. 7.

mensurações econômicas – ainda sobra outra questão difícil, a saber, a existência de disparidades nos resultados distributivos dentro do grupo que, *in totum*, possa se ver favorecido.

Dito em palavras simples, o benefício da classe de consumidores não traduz o benefício a todos os consumidores individualmente tomados (ou, de outro modo, o malefício ao grupo como um todo não impede a existência de benefícios individuais, que são eliminados com a discussão a partir das agregações e dos cálculos de eficiência). São temas que, quando implicarem lesão a direito, especialmente lesão a direito constitucionalmente protegido, podem gerar revisão e flexibilizações de versões mais rígidas da regra da razão.²¹

Por outro lado, a aplicação da *regra da razão* não afasta a necessidade de coibir-se a ocorrência de outras práticas desleais ou ilegais que ocorram conjuntamente (ou mesmo em decorrência) da personalização de preços. Aqui temos em mente, por exemplo, práticas como sobretaxas aplicadas a grupos de consumidores vulneráveis (por conta da idade, nível de instrução, dentre outros).²² Superadas todas essas considerações, poderá a autoridade anti-truste, conforme o caso, impor punição.

4. Modulação de punições e remédios alternativos²³

A eventual punição de casos de personalização de preços enseja algumas sutilezas. A primeira delas emerge do ruído, do problema comunicacional, que decorre da imposição de sanção. Tudo se põe no campo da discussão dos efeitos dissuasórios das punições.

Em tese, a punição representa o *preço* da violação da lei. Retroativamente, a punição é uma espécie de retribuição. Mas, prospectivamente, a punição sinaliza o custo, ou o valor nominal, da punição por determinada conduta ilegal. Este valor nominal, no entanto, tem que ser ponderado, e encarado

²¹ Para ilustrar, hoje se discute, por exemplo, a flexibilização do dogma da regra da razão em condutas unilaterais em casos envolvendo fixação de preço de revenda.

²² Aqui nos deparamos, inclusive, com dispositivos da própria Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”) (cf. art. 5º, inciso II, e art. 11, §3º e §4º da Lei 13.709/2018, conferindo especial proteção aos “dados pessoais sensíveis”).

²³ Sobre o tema, ver também: BARBIER DE LA SERRE e LAGATHU (2013); EC (2018); ESPOSITO (2020); OCDE (2018); OCDE (2016).

a partir do seu custo esperado. Quando o valor esperado deste preço for suficiente alto – isto é, quando o valor nominal da punição ponderado pela expectativa de detecção e condenação pela violação à lei for elevado – diz-se que a punição gera efeito dissuasivo. Assim, outras empresas estarão, prospectivamente, desincentivadas de violarem a lei.

Mas o tema da dissuasão teima em funcionar melhor nos manuais de economia do que na prática jurídica. Muito se fala do problema de o direito estar em constante mutação e da insegurança jurídica, mas não é só disso que se trata. Os casos concretos, ao contrário dos exemplos estereotipados dos manuais, são frequentemente duvidosos. Não é só que as provas sejam, elas próprias, dúbias. É que sua interpretação também é duvidosa. E não nos esqueçamos, os erros na aplicação da lei, mesmo aqueles de boa-fé, são comuns em toda parte, dentro e fora do Brasil.

No caso das condutas com resultados ambíguos o problema da dissuasão é ainda mais complexo. Ao jurisdicionado pode ser difícil visualizar o fundamento exato da imposição da punição. Há, por um lado, um ônus de justificação que se deve impor à autoridade antitruste – a saber, o de demonstrar, exatamente, onde reside o ilícito, e quais circunstâncias específicas encaminham o resultado do balanço sob a *regra da razão* para uma determinada direção.

Mas, no caso da personalização de preços, o problema é inescapável: uma punição aplicável a uma personalização de preços vista como deletéria ao conjunto de consumidores pode acabar ensejando um efeito de dissuasão bastante indesejado: o de desencorajar a personalização de preços naquelas circunstâncias em que, ao contrário, o balanço de efeitos é positivo para os consumidores²⁴.

Para evitar essa circunstância no todo bastante indesejável, convém à autoridade concorrencial adotar critérios de prudência. O principal deles é o de moderar o valor das punições aplicáveis à personalização de preços. O outro é levar em conta circunstâncias atenuantes, especialmente a cessação da conduta pela empresa no momento do início da investigação – para redução da punição, ou, até mesmo, para sua própria eliminação.

²⁴ Nessa linha, Lancieri e Pereira Neto (2021) apontam que as autoridades devem estar atentas para o custo de intervenções equivocadas nos mercados digitais.

Uma segunda ordem de preocupações diz respeito não propriamente ao valor da punição, mas ao tipo de ação da autoridade concorrencial. Trata-se de refletir sobre aquilo que a literatura especializada, com emprego de anglicismo, às vezes chama de “remédio” (alusão ao *remedy* do direito americano). A ideia de remédio, neste contexto específico, é utilizada para substituir a aproximação quantitativa – *como dosar a punição? Qual seu valor?* – em benefício de uma aproximação qualitativa – *como aprimorar o mercado?*

Aqui, duas são as principais opções de *remédios*: o aprimoramento da transparência perante os consumidores (especialmente nas técnicas de precificação) e o aumento do controle pelo consumidor dos seus próprios dados. Essas duas soluções são, aliás, cada vez mais, subsumidas à categoria das boas práticas. As boas práticas são *boas* não por aumentarem os lucros da empresa, mas por referendarem valores aceitos pela sociedade e acolhidos pelo direito. Na discussão acerca da personalização de preços, como dissemos, duas dessas boas práticas merecem destaque.

A primeira pode ser resumida como uma prática de *extrema transparência e clareza*: a empresa informa seus consumidores de que os preços ou descontos oferecidos são personalizados; e, além disso, informa como o preço personalizado foi calculado, incluindo qual informação pessoal foi utilizada na definição do preço e o motivo pelo qual esse dado foi coletado, e com quem esse dado será compartilhado.

Podem parecer uma medida extrema, mas há respaldo no direito comparado. Em particular, a partir de maio de 2022, os consumidores na União Europeia terão o direito de saber se os preços a eles oferecidos foram personalizados²⁵. Na doutrina de Fabrizio Esposito, por exemplo, a exigência de transparência se manifestaria, concretamente, no dever da empresa de revelar ao consumidor o preço “impessoal” (isto é, sem personalização).²⁶ A lógica do argumento é a de que, ao conhecer o preço impessoal, os consumidores optarão pelo preço personalizado somente em dois casos: quando o preço

²⁵ Conforme Diretiva (EU) 2019/2161 que emenda, dentre outras, a Diretiva 2011/83/EU, acrescentando ao parágrafo 1 do seu artigo 6 o item (ea), nos seguintes termos: “1. *Before the consumer is bound by a distance or off-premises contract, or any corresponding offer, the trader shall provide the consumer with the following information in a clear and comprehensible manner: (...) (ea) where applicable, that the price was personalised on the basis of automated decision-making*”.

²⁶ ESPOSITO, 2020, p. 3.

personalizado for inferior ao preço “não-personalizado”, ou quando os consumidores restarem convencidos da justeza do preço “não-personalizado”.²⁷ Com razão, o autor entende que essa sistemática dissuadiria empresas de cobrarem preços personalizados “a maior”.

A solução é, no entanto, imperfeita, porque a rejeição do preço elevado pelos consumidores com maior disposição a pagar significaria, ao mesmo tempo, que o “subsídio” dado ao consumidor com menor disposição a pagar não seria concedido. Logo, algumas dinâmicas pró-competitivas da personalização de preços – de inclusão, de absorção de custos fixos por consumidores mais abastados, etc. – seriam impedidas. O tema, como se vê, é controverso ao passo que os contornos exatos do dever de transparência ainda demandam maior definição, mas é inegável a sua crescente relevância.

Um segundo tipo de boa prática a ser considerada é a inserção de um “opt-out”, isto é, uma permissão de não participação dada pela empresa ao seu consumidor. Nesse caso, a empresa que obtém permissão do consumidor para usar seus dados pessoais para personalizar preços disponibiliza, ao mesmo tempo, uma opção de não participação da prática, com a consequente divulgação do preço “não personalizado”. Importa apontar que a inclusão de opção de opt-out poderá ser vista como necessária não apenas por uma questão concorrencial, mas por conta dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelecendo que o tratamento de dados pessoais requer consentimento expresso pelo titular.²⁸

Além disso, pode-se argumentar que exigência do “opt-out” fomentaria a confiança pública no sistema de preços em mercado. Na Europa, aliás, o tema vem sendo mapeado. Há estudos conduzidos pela Comissão Europeia indicando que a maioria esmagadora dos consumidores daquele continente possuem preocupação com a personalização de preços. Esses estudos sugerem que tais preocupações poderiam ser mitigadas se os consumidores tivessem a opção de não participar da personalização de preços e se recebessem informações detalhadas a respeito dos dados coletados²⁹. O tema da confiança no

²⁷ ESPOSITO, 2020, p. 8 e 9.

²⁸ Cf. Lei 13.709/2018 art. 7º, I e §4º

²⁹ 93% dos consumidores consultados possuíam alguma preocupação com a prática de personalização de preços. Dentre as principais preocupações, 36% dos consumidores receavam a possibilidade desses dados serem usados para outros propósitos além da personalização ou

mercado é muitas vezes esquecido nas discussões de direito concorrencial; mas no contexto da transição das economias para os meios digitais, sua importância é inegável³⁰.

5. Considerações finais

A personalização de preços tem repercussões para além do direito concorrencial. No direito do consumidor, por exemplo, existe um precedente recente. Em 2018, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (“DPDC”) multou a empresa Decolar.com no valor de R\$ 7,5 milhões pela prática de personalização de preços praticada durante as Olimpíadas ocorridas no Brasil. Dentre as condutas investigadas, a Decolar.com era acusada de ter oferecido reservas a preços diferentes de acordo com a localização do consumidor (identificado por meio do IP - *Internet Protocol* - de seu computador), favorecendo consumidores estrangeiros em detrimento de consumidores brasileiros.

Além de ter confirmado a sua competência para analisar o caso em questão, o DPDC entendeu que a prática constituiu elevação de preço sem justa causa e foi abusiva, pois “*não se justifica, e nem é prática usual, o*

serem compartilhados com terceiros, 33% preocupavam-se com a coleta desses dados e com a construção de um perfil sobre eles e 28% receavam acabar pagando mais por um produto como consequência da prática. Por outro lado, quando perguntados sobre o que poderia mudar a sua percepção negativa sobre as práticas gerais de personalização, os consumidores indicaram que as seguintes medidas os levariam a ter uma reação mais positiva à prática: (i) se a eles tivesse sido conferida uma “opção fácil” de não participarem da prática (opt-out) (62%); (ii) se eles recebessem explicação acerca de que tipo de dados estão sendo coletados (55%); (iii) se eles pudessem ver/mudar os dados pessoais usados (55%); (iii) se soubessem o motivo pelo qual o dado está sendo coletado (53%); (iv) se eles soubessem quais terceiros terão acesso a esses dados (52%); (v) se eles fossem informados quando preços personalizados são mostrados a eles (47%); (vi) se eles fossem informados do motivo pelo qual um determinado preço é mostrado a eles (47%) (EU, 2018, p. p. 126, 127, 148 E 168).

³⁰ Essas medidas devem ser divulgadas aos consumidores de forma simples, clara e relevante. Simplesmente incluir essas informações/opções nos termos e serviços do site pode não ser suficiente, dada a baixa a probabilidade de serem lidas e compreendidas pelos consumidores, falhando no seu objetivo original. Estudos já constataram que, muito embora os consumidores sejam, teoricamente, informados acerca da coleta de dados por meio de declarações de privacidade, como esses termos são longos e possuem linguagem complexa, são raramente lidos. Além disso, raramente os consumidores podem efetivamente optar por não serem rastreados online (diversos sites não permitem efetivamente que um consumidor recuse cookies, por exemplo) (EC, 2018, p. 100).

*estabelecimento de preços diferentes de serviços que são prestados no mesmo local e nas mesmas condições a qualquer consumidor que esteja disposto a pagar por esses serviços*³¹. A decisão também analisou a política de privacidade da Decolar.com, entendendo que ela não era clara nem suficientemente informativa pois falhava em esclarecer ao consumidor que, por meio de seu IP, ele poderia fornecer à empresa dados que poderiam vir a ser usados de forma discriminatória.

Apesar desse caso ter sido investigado e condenado dentro dos parâmetros do direito do consumidor – que possui legislação específica³² e critérios distintos³³ – a prática investigada ali também pode representar um problema concorrencial. Tanto assim, que informações públicas indicam que esse mesmo caso também foi encaminhado à autoridade concorrencial para verificação preliminar e possível investigação³⁴. As considerações aqui apresentadas podem e devem subsidiar tal investigação.

Bibliografia

ABREU, Camila Manfredini de. *Discriminação de Preços na Economia Digital: Limites entre a Eficiência e o Abuso de Poder Econômico*. Revista do IBRAC, São Paulo, vol. 24, n. 2, p. 309-329, 2018.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (Portugal). *Ecosystemas Digitais, Big Data e Algoritmos: Issues Paper*. 2019. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Outros/Documents/Ecosystemas%20digitais,%20Big%20Data%20e%20Algoritmos.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

³¹ Processo nº 08012.002116/2016-21. Nota Técnica nº 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ. Página 10.

³² Vide art. 4º, *caput*, art. 6º, incisos II, III e IV, e art. 39, incisos V e X do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990); art. 9º, VII, do Decreto nº 5.903/2006; e art. 7º, inciso I, da Lei 8.137/1990.

³³ Diferentemente do que ocorre no direito concorrencial, a vedação consumerista prescinde da necessidade de constatação do dano ao consumidor para que exista o direito à proteção, sendo a ocorrência de dano um mero exaurimento da conduta ilícita realizada (WADA, 2016, p. 141; BENJAMIN, 2011, p. 374).

³⁴ Cf. Biselli, 2020, p. 265.

BARBIER DE LA SERRE, Éric; LAGATHU, Eileen. *The Law on Fines Imposed in EU Competition. Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 4/4, p. 325-344. 2013. Disponível em http://awa2014.concurrences.com/IMG/pdf/de_la_serre_lagathu_fines.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BERGSTEIN, Lais; TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia. *Discriminação e Diferenciação de Preços nas Relações de Consumo. Uberlândia: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v.47, n.1, pp. 136-156, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/48530>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BISELLI, Esther Collet Janny Teixeira. Discriminação de Preços na Economia Digital. In: *Defesa da concorrência em plataformas digitais* [recurso eletrônico] / Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização) - São Paulo: FGV Direito SP, 2020. Páginas 238-269. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30031/Defesa%20da%20Concorre%CC%82ncia%20em%20Plataformas%20Digitais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de; GRAEF, Inge. *Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising*. Centre on Regulation in Europe, Project Report, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2920301&download=yes. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 08 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.903, de 20 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei no 10.962, de 11 de outubro de 2004, e a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5903.htm. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. DPDC. Nota Técnica n.º 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ. PROCESSO Nº 08012.002116/2016-21. Disponível em: https://www.cmlagoa-santa.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECOLAR-COM?cdLocal=2&arquivo=%7BBBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. CADE. *Guia Programas de Compliance: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial*. Brasília, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em: 02 set. 2021.

CAMURÇA, Lia Carolina Vasconcelos. *Sociedade de vigilância, direito à privacidade e proteção de dados pessoais: uma análise sobre a influência de técnicas de publicidade comportamental na internet no consumidor-usuário*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2021. 279 p. – (Série Monografias do CEJ; n. 38).

CHEN, Zhijun; CHOE, Chongwoo; MATSUSHIMA, Noriaki. *Competitive Personalized Pricing*. Osaka: *The Institute of Social and Economic Research*, Osaka University, Discussion Paper No. 1023, 2018. Disponível em: <http://www.iser.osaka-u.ac.jp/library/dp/2018/DP1023.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

CHEN, Le; MISLOVE, Alan; WILSON, Christo. *An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace*. Proceedings of the 25th International Conference on World Wide Web. Canadá, 2016. Disponível em: <http://www.ccs.neu.edu/home/amislove/publications/Amazon-WWW.pdf>. Acesso em: 17 set. 2021.

CITIZENS ADVICE. *A Price of One's Own: an investigation into personalised pricing in essential markets*, 2018. Disponível em: <https://www.citizen-sadvice.org.uk/a-price-of-ones-own-an-investigation-into-personalised-pricing-in-essential-markets/>. Acesso em: 19 set. 2021.

CMA – *Competition and Markets Authority*. *Pricing Algorithms*: economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing. Londres, 2018. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf. [Acesso em: 15 set. 2021.](#)

DEE. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Documento de Trabalho nº 005/2020. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhon5_Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisaosrelatoriosespecializados.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

DELOITTE. *Consumer Experience in the Retail Renaissance: How Leading Brands Build a Bedrock with Data*. 2018. Disponível em: https://www.salesforce.com/content/dam/web/en_us/www/documents/e-books/learn/consumer-experience-in-the-retail-renaissance.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

ESPOSITO, Fabrizio. *Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers*. Bélgica: CeDIE Working Papers 2020/02.

EUROPEAN COMMISSION. *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

HANNAK, Aniko; SOELLER, Gary; LAZER, David; MISLOVE, Alan; WILSON, Christo. *Measuring Price Discrimination and Steering on E-commerce Web Sites*. Canadá, 2014. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2015/09/00011-97593.pdf. Acesso em: 19 set. 2021.

LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. *Designing remedies for digital markets: the interplay between antitrust and regulation*. Forthcoming, Journal of Competition Law and Economics. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3704763. Acesso em: 10 set. 2021.

LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario S. *Calibrando remédios antitruste para mercados digitais: como pensar no desenho, implementação e monitoramento de remédios pró-concorrenciais em mercados digitais*. Jota, São Paulo, 27 ago. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/calibrando-remedios-antitruste-para-mercados-digitais-27082021>. Acesso em: 10 set. 2021.

LORES, Clovis; SANTOS, Marcel Medon. Big data, geoprising and geoblocking. In: *The future of antitrust / coordenação Priscila Brolió Gonçalves* - São Paulo: IBRAC, 2020. Páginas 284 a 292. Disponível em: https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/The_Future_of_Antitrust.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

OCDE. Directorate For Financial And Enterprise Affairs, Competition Committee. Personalised Pricing in the Digital Era: Background Note by the Secretariat. 2018. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf). Acesso em: 05 ago. 2021.

OCDE. Directorate For Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Implications of E-commerce for Competition Policy - Background Note. 2018. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)3/en/pdf). Acesso em: 15 set. 2021.

OCDE. Directorate For Financial And Enterprise Affairs, Competition Committee. Price Discrimination - Background note by the Secretariat. 2016. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf). Acesso em: 07 ago. 2021.

OGL. *Unlocking digital competition: report of the Digital Competition. Expert Panel*, Londres, 2019. Disponível em: <https://perma.cc/RHM4-RMR7>. Acesso em: 19 set. 2021.

OFFICE OF FAIR TRADING. *The economics of online personalised pricing*. Londres, 2013. Disponível em: https://web.archive.org/web/20130806043426/http://oft.gov.uk/shared_oft/research/oft1488.pdf. Acesso em: 17 set. 2021.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; RENZETTI, Bruno Polonio. Big data entre três microssistemas jurídicos: consumidor, privacidade e concorrência. In: *Defesa da concorrência em plataformas digitais* [recurso eletrônico] / Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização) - São Paulo: FGV Direito SP, 2020. Páginas 84-118. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30031/Defesa%20da%20Concorre%CC%82ncia%20em%20Plataformas%20Digitais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 set. 2021.

ROCHA, Daniel Favoretto; CHAKMATI, Marina. Antitruste e Privacidade. In: *Defesa da concorrência em plataformas digitais* [recurso eletrônico] / Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização) - São Paulo: FGV Direito SP, 2020. Páginas 119-149. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30031/Defesa%20da%20Concorre%CC%82ncia%20em%20Plataformas%20Digitais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 set. 2021.

SILVA FILHO, Osny da. *A moralidade da autonomia: estudo de teoria do direito privado*. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020.

STUCKE Maurice E.; EZRACHI, Ariel. *Competition Overdose: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*. Ed. Harper Business, 2020.

US COUNCIL OF ECONOMIC ADVISORS. *Big Data and Differential Pricing*, 2015. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.

VERSTEIN, Andrew. Privatizing Personalized Law. *University of Chicago Law Review*, v. 86, n. 2, 2019.

WADA, Ricardo Morishita. A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor. 2016. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

WILSON, Christo. If you use a Mac or an Android, e-commerce sites may be charging you more. *The Washington Post*, 3 nov. 2014. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2014/11/03/if-you-use-a-mac-or-an-android-e-commerce-sites-may-be-charging-you-more>. Acesso em: 14 set. 2021.

.

A CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCC) EM INVESTIGAÇÕES POR CONDUTAS UNILATERAIS

Ana Sofia Cardoso Monteiro¹

Julia Werberich²

Resumo: O artigo apresenta uma revisão do histórico do CADE quanto à celebração de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) no âmbito de investigações de condutas unilaterais. A partir da identificação de padrões de análise no estudo empírico realizado, verifica-se se as presunções quanto às dificuldades de formalização destes acordos podem ser ou não confirmadas, bem como a medida em que estes obstáculos poderiam ser transponíveis, a aprimorar a atuação do CADE no *enforcement* em casos de investigação de condutas unilaterais, tendo em vista a inexistência de um entendimento jurisprudencial consolidado.

Palavras-chave: Termos de Compromisso de Cessação; CADE; Condutas Unilaterais; Parâmetros de Negociação; Padrão de Análise.

Abstract: This article submits a review of CADE's history regarding the execution of Cease-and-Desist Agreements (the so-called TCCs under the Brazilian legal framework) in the scope of unilateral conduct investigations. Based on the identification of patterns of analysis in the empirical examination conducted, it is verified whether assumed strains involved in the formalization of these settlements are confirmed or not, as well as the extent to which these difficulties could be overcome as a way of improving CADE's enforcement actions in cases of investigation of unilateral conducts, given the absence of a consolidated and informative case law.

¹ Advogada, formada pela UFRJ, economista e internacionalista, formada pelo IBMEC/RJ. Mestre em Administração de Empresas com ênfase em finanças pelo COPPEAD/UFRJ e Pós-graduanda em Direito Econômico e Concorrencial pela FGV e Doutoranda pela USP. Havendo trabalhado com arbitragem e contencioso estratégico antes de ingressar no Cade, hoje exerce a função de Coordenadora-Geral da Coordenação Antitruste 2. Anteriormente, foi Chefe de Assessoria Técnica na Presidência. Sofia hoje coordena o Grupo de Trabalho que discute a utilização de cláusulas arbitrais e trustees em sede de cumprimento de decisão no âmbito do Cade..

² Advogada e Pesquisadora pela Universidade Nova de Lisboa. Foi assessora no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. É pós-graduanda em Direito da Concorrência e Economia pela FGV, mestranda em Direito e Mercados Financeiros na Universidade Nova de Lisboa, Pós-graduanda em Direito Empresarial pela FGV e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

Keywords: Cease and Desist Agreement; CADE; Unilateral Conducts; Negotiation Parameters; Analysis Pattern.

1. Introdução

Os Termos de Compromisso de Cessação (“TCCs”) foram disciplinados pela antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94) e mantidos pela Lei nº 12.529/2011 em seu artigo 85, podendo ser negociados com a autoridade antitruste a pedido do representado ou a requerimento, uma vez atendidos os critérios de conveniência e oportunidade previstos no *caput* do referido artigo.

A partir da promulgação da nova lei, o papel dos TCCs no contexto de investigações de condutas colusivas mostrou-se decisivo na construção da história institucional do CADE, seguindo o padrão do continente americano, no qual, de acordo com o levantamento mais recente da OCDE³, cerca de 48% dos casos envolvendo condutas cartelizadas resultou em acordo (considerando uma média de 130 casos julgados por ano, no período compreendido entre 2015 e 2019).

Mas e quando estes acordos são celebrados no contexto da “terceira onda do antitruste”? Conforme defendem Athayde e Jacobs⁴, esta terceira onda remete à ascensão dos ilícitos concorrenciais advindos de condutas unilaterais, o antigo calcanhar de Aquiles do CADE, de acordo com os últimos *Peer Reviews* publicados pela OCDE⁵.

Apesar de já se falar em uma quarta onda, que remete à análise regulatória do antitruste⁶, a terceira onda não parece ter morrido na praia, mas,

³ OECD (2021), OECD Competition Trends 2021, Volume I: Global Competition Enforcement Update 2015-2019. P. 13.

⁴ ATHAYDE, Amanda; JACOBS, Patrícia. “A terceira ‘onda’ do antitruste no Brasil: marolinha ou tsunami?”. Revista Consultor Jurídico, 1 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/athayde-jacobs-terceira-onda-antitruste-brasil>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

⁵ OECD (2019), OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

⁶ JÚNIOR, Marco Antonio Fonseca. “Que onda surfa o Cade?”. *Estadão*, 17 de agosto de 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/que-onda-surfa-o->

ao contrário, vem sendo impulsionada por abalos sísmicos, como o papel da pandemia do COVID-19 em acelerar o crescimento dos mercados digitais, ampliando o número de casos envolvendo abuso de posição dominante por parte das plataformas.

Entretanto, a elevada complexidade envolvida neste tipo de análise, considerando que se trata de ilícitos por efeito e, portanto, avaliados sob a ótica da regra da razão, impõe desafios adicionais ao juízo de conveniência e oportunidade para iniciar um acordo. Esses desafios se estendem a outras questões debatidas ao longo de sua negociação, como é o caso da necessidade e quantificação de uma contribuição pecuniária, da aplicação de multa por descumprimento, da necessidade de confessar ou não a prática lesiva e, finalmente, da inclusão ou não de garantias, por parte da Administração Pública, com relação à determinação sobre se a prática cessada através da celebração do acordo constituirá ou não um precedente vinculante para a instituição e da própria análise de mérito do caso.

Assim, inobstante o fato de ter o CADE estruturado um Guia de TCC, trazendo diretrizes gerais sobre a celebração destes acordos no âmbito da Autarquia, ainda há muita dúvida no que diz respeito aos parâmetros de negociação para acordos em sede de condutas unilaterais, como abuso de posição dominante através da adoção de cláusulas de exclusividade, programas de desconto, fixação de preços de revenda, recusa de contratar e até mesmo a discriminação de preços⁷.

Recentemente, o Documento de Trabalho “TCC na Lei 12.529/2011”, publicado pelo CADE em fevereiro de 2021 e fruto das contribuições de Carolina Saito, consultora PNUD⁸, identificou alguns padrões na celebração de acordos pelo CADE desde que a Lei nº 12.529/2011 entrou em vigor. Naquela oportunidade, chamou-se atenção à proporção dos TCCs

[cade/#:~:text=Come%C3%A7ou%2Dse%2C%20ent%C3%A3o%2C%20a.repa-rat%C3%B3rias%20decorrentes%20de%20danos%20concorrenciais. Acesso em: 20 de setembro de 2021.](#)

⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 135.

⁸ CADE, 2021. Documento de Trabalho: TCC na Lei 12.529/11. Fevereiro, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C3%B0%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C3%B0%2012.529-11.pdf> . Acesso em: 20 de setembro de 2021.

celebrados em sede de cartel, frente aos acordos realizados perante condutas unilaterais – aproximadamente 3 para 1⁹.

Tal desproporção poderia ser explicada como um reflexo da desigualdade no que diz respeito à quantidade de investigações em cartéis vis-à-vis o volume de casos instaurados para averiguar infrações à ordem econômica no contexto das condutas unilaterais. Entretanto, analisar os dados sobre a abertura de investigações na Autarquia é suficiente para se chegar à conclusão de que esta hipótese não explica este desnível, uma vez que, segundo aponta o Anuário do CADE 2020, a proporção média de cartéis com relação às condutas unilaterais considerando todas as investigações instauradas no ano foi de 1,16¹⁰.

De acordo com o último *Peer Review* produzido pela OCDE com relação ao *enforcement* do antitruste no Brasil¹¹, é possível que a reduzida frequência da celebração de TCCs em sede de condutas unilaterais possa ser explicada a partir do receio da Autarquia em impedir a formação de um histórico jurisprudencial e, conseqüentemente, reduzir a experiência analítica do tribunal administrativo do CADE. Entretanto, apesar de parecer uma preocupação válida, sua natureza parece ser muito mais prospectiva do que explanatória.

Assim, o que talvez seja a melhor explicação para a desigualdade na celebração destes acordos com relação aos diferentes tipos de conduta é o frequente arquivamento de investigações envolvendo condutas unilaterais, somado às incertezas quanto à correta fase processual para a celebração de um acordo – considerando a evolução do Procedimento Preparatório (Art. 66, §2º) para o Inquérito Administrativo (Art. 66, §1º) e, finalmente, para o Processo Administrativo (Art. 69 e seguintes), todos previstos na Lei de Defesa da Concorrência.

Ora, a incerteza sobre quando e porque celebrar um acordo com o(s) representado(s) também gera dúvidas com relação às demais questões

⁹ Ibid. Conforme é possível constatar da Leitura da Imagem 6 (Página 18), aproximadamente 65,6% dos TCCs firmados envolviam casos de cartel, enquanto apenas 22,6%, casos de conduta unilateral.

¹⁰ ANUÁRIO CADE 2020. Brasília, 2020. p. 9. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/c0c3df8b-400c-4752-861f-bf4c22320e6b>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

¹¹ Op cit. OCDE (2019).

debatidas ao longo de sua negociação, motivo pelo qual o presente artigo propõe-se a revisar o histórico do CADE no que diz respeito à celebração de TCCs em sede de condutas unilaterais durante a vigência da Lei nº 12.529/2011, procurando identificar padrões e inconsistências, de modo que a sistematização deste histórico possa auxiliar tanto a Autarquia quanto os jurisdicionados, contribuindo para aumentar a segurança jurídica quanto aos parâmetros para a realização deste complexo e bastante peculiar juízo de conveniência e oportunidade.

2. Celebração de TCCs em condutas unilaterais e cartéis: as diferentes bases para a negociação.

Tanto na jurisprudência do CADE, quanto no entendimento doutrinário, resta claro que a diferença entre as condutas unilaterais e os cartéis remete à razoabilidade da restrição concorrencial produzida por estes ilícitos¹². Isto é, enquanto cartéis são tão danosos a ponto de serem considerados ilícitos *per se*, condutas unilaterais podem gerar efeitos benéficos, o que remete à necessidade de utilizar um padrão de análise distinto. É certo que tal diferenciação também afeta as bases e a própria lógica para a celebração de acordos, considerando os incentivos dos agentes e os objetivos da Autarquia.

É neste sentido que a própria Lei nº 12.529/2011 prevê essa distinção, por exemplo, ao definir ser obrigatória a inclusão de contribuição pecuniária para os TCCs firmados em casos de cartel, bem como instituir um piso para tal contribuição, qual seja, o mínimo previsto no Art. 37 da mesma lei, que relaciona os parâmetros de dosimetria da multa (Art. 85, §2º).

¹² O primeiro caso que inaugurou a proibição de cartéis "por objeto" no CADE foi o Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18, julgado em 20/02/2013, oportunidade em que o então Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo manifestou o entendimento de que, mesmo constituindo uma infração por objeto, a divulgação de tabela de preços não configura uma infração *per se*. Logo, a presunção de ilicitude poderia ser afastada caso fosse possível demonstrar, diante das circunstâncias concretas, que a sugestão de preços foi utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável. Foi assim que o CADE inaugurou uma terceira via em relação ao tratamento concedido a partir da regra da razão e da utilização do conceito de "ilícito *per se*", que segue sendo utilizado em casos de cartéis *hard core*. De toda forma, a consideração de cartéis como ilícitos por objeto afasta estes casos das hipóteses de aplicação da regra da razão, utilizando-se da inversão do ônus da prova e admitindo excludentes de ilicitude que envolvam a demonstração de eficiências.

Para além da contribuição pecuniária necessária, o Regimento Interno do CADE complementa esta diferenciação ao dispor de uma Subseção própria (nº IV), incluída dentro da Seção III, que trata sobre o Compromisso de Cessação, especificando questões adicionais a serem observadas na celebração de TCCs firmados em investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes.

Estas questões incluem (i) a necessidade de o TCC conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário (Art. 185), (ii) a previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual (Art. 186); (iii) a possibilidade de reduzir a multa com base na ordem dos compromissários que realizarem o requerimento primeiro (Art. 187); (iv) o estado do processo administrativo para fins de aplicação de percentual máximo da redução da multa (Art. 199).

Ocorre que essas diferenças nas bases para a negociação decorrem tanto da natureza da conduta, o que se traduzirá na cadeia de incentivos dos agentes, quanto dos efeitos que a celebração do acordo ocasionará no mercado, o que está intimamente ligado aos parâmetros utilizados nesta negociação. Na seção a seguir, revisaremos as principais dificuldades enfrentadas neste tipo de negociação, para então verificar como o CADE vem se posicionando com relação ao total de 76 TCCs celebrados em sede de condutas unilaterais, desde a vigência da Lei 12.529/2011 até 11 de dezembro de 2019, data da 151ª Sessão Ordinária de Julgamento¹³.

3. Do levantamento empírico e das dificuldades verificadas para a celebração dos TCCs em investigações por condutas unilaterais.

Como já elucidado, a celebração de TCCs em processos de apuração de condutas unilaterais traz desafios superiores aos acordos realizados em sede de condutas colusivas, seja para a autoridade antitruste, seja para os próprios compromissários. Parte destes desafios advém da própria escassez de recursos

¹³ A base de dados utilizada para compor a amostra foi similar ao documento de trabalho "TCC na Lei 12.529/2011", publicado em fevereiro de 2021. Disponível em <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>>. Acesso em 22/06/2022.

empregados em investigações de condutas unilaterais e da quantidade exígua de negociações de TCCs nesse âmbito.

Ora, pode-se dizer que a natureza do ilícito investigado traduz boa parte desta dificuldade, uma vez que as condutas unilaterais possuem pressupostos de ilicitude mais amplos do que as colusivas, o que, por si só, já configuraria um desincentivo ao promitente compromissário, vez que sua probabilidade de condenação é reduzida.

Isto é, de acordo com a teoria da utilidade esperada, além da maior previsibilidade de uma possível condenação em sede de uma conduta colusiva – o que estará intimamente relacionado com o sopesamento do padrão probatório dos autos¹⁴ - o próprio padrão decisório do CADE demonstra que a probabilidade de arquivamento de uma conduta unilateral é relativamente maior. Não obstante a dimensão conceitual do problema, importa analisar individualmente cada um dos parâmetros de negociação, de modo a identificarmos os pontos de inflexão capazes de modificar ou mesmo potencializar a teia de incentivos originária.

Em primeiro lugar, importa tratar acerca da necessidade da fixação de uma contribuição pecuniária e os parâmetros para sua quantificação. Como já foi esclarecido na seção anterior, enquanto para a celebração de TCCs em cartel é requisito que seja fixada tal contribuição, o mesmo não é verdade em se tratando de condutas unilaterais.

Dos 76 TCCs celebrados desde a vigência da Lei 12.529/2011, 14 casos (18,42%) dispensaram sua fixação, ao passo em que um total de 39 casos (51,3%) teve a fixação da contribuição fixada proporcionalmente ao aporte da operadora Unimed (Representada), variando entre R\$ 10 e R\$ 30 milhões. Finalmente, os 23 casos remanescentes (30,26%) aplicaram uma média de R\$8.652.645,90 em contribuições pecuniárias, o que representa tão somente 6,14% do total de contribuições fixadas em TCCs no ano de 2020¹⁵.

¹⁴ “(...) a caracterização do ilícito de cartel exige uma efetiva comprovação de que existe ou existiu entre concorrentes um acordo cujo objeto é a restrição da competição, em que a presunção de produção dos efeitos anticompetitivos visados baseia-se, notadamente, pela detenção de relevante parcela conjunta de mercado”. Op. Cit. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. 2016. P. 14.

¹⁵ ANUÁRIO CADE 2020. Brasília, 2020. p. 11. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/c0c3df8b-400c-4752-861f-bf4c22320e6b>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

Ora, essa clara dificuldade na adoção de uma contribuição pecuniária condizente remete não apenas à ausência de presunção de ilicitude da conduta, como ocorre nos casos de cartel, mas também do fato de que, como a própria ilicitude é um ponto controverso que prescinde da mensuração dos efeitos que a conduta provocará naquele mercado, é pouco provável que, no momento da negociação do TCC, exista certeza quanto ao valor capaz de dissuadir aquela prática futuramente.

Este fenômeno causará pelo menos dois efeitos, cujo entendimento requer retomar os conceitos de falsos positivos e falsos negativos¹⁶. Quando tratamos de um falso positivo, ou seja, a condenação de um agente que não praticou um ilícito, é possível que o fato de se tratar de uma conduta unilateral gere danos mais intensos ao mercado, prejudicando a própria dinâmica naturalmente competitiva. Assim, exigir o pagamento de uma contribuição pecuniária nessas circunstâncias apenas potencializaria este dano. Por outro lado, um falso negativo poderia beneficiar-se da incerteza quanto aos parâmetros para aplicação da contribuição, que provoca um desvio-padrão tão alto quanto aquele que é verificado.

Já em relação às cláusulas de estabelecimento de multa por descumprimento do acordo, a mesma problemática recai quanto à mensuração deste valor. Neste sentido, apesar de o art. 85, §1º, II do RICADE estabelecer como cláusula obrigatória a multa por descumprimento total ou parcial dos termos do TCC, quando os acordos não fixam uma contribuição pecuniária, torna-se impossível realizar qualquer exercício de correlação entre estes valores - o que normalmente se faria nos casos de cartel.

Após revisar os mesmos 76 TCCs firmados neste espaço de tempo, constata-se que a maioria deles (aproximadamente 85,5%) possui cláusulas de

¹⁶ Segundo COPPER ET AL (2005, p. 58), as autoridades responsáveis pelo enforcement do direito antitruste raramente podem ter certeza se uma determinada prática empresarial é ou não anticompetitiva. Dentre os erros que estas autoridades cometerão, destaca-se dois tipos de erros que serão sentidos em qualquer regra decisória: perdas decorrentes da persecução a práticas pró-competitivas (falsos positivos) e perdas decorrentes da não persecução a práticas anticompetitivas (falsos negativos). Cf. Cooper, James, Luke Froeb, Daniel O'Brien, e Michael Vita. 2005. "Vertical Restrictions and Antitrust Policy: What about the Evidence?" SSRN Scholarly Paper ID 825089. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 05-32. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=825089>. Acesso em 22/06/2022.

multa por descumprimento do tipo "escalonadas", ou seja, que fixam multas diferentes a depender do tipo de obrigação que venha a ser descumprida.

Do universo das cláusulas escalonadas, apenas 4,6% delas utilizam-se da receita líquida corporativa como a base de cálculo da multa, ao passo em que 3% acabam aplicando como multa um percentual do valor da contribuição pecuniária fixada. Dentre as cláusulas que fixam multas apenas em caso de descumprimento integral, 9% relacionam o valor da multa com esta contribuição.

A maior questão relativa ao estabelecimento de multa nesses casos deriva da própria dificuldade no monitoramento de cumprimento do acordo. Assim, caso a autoridade antitruste entenda pela não aplicação de cláusula de contribuição pecuniária, por todos os problemas evidenciados acima, os termos do acordo de TCC estarão calcados tão somente em obrigações de fazer e de não fazer, além de remédios comportamentais, cuja dificuldade de monitorar o seu cumprimento é conhecida não apenas pelo CADE, como também pelos demais órgãos atuantes na defesa da concorrência.

Ora, esta dificuldade no monitoramento também é outro elemento característico neste tipo de acordo. Neste sentido, denota-se que a esmagadora maioria, compreendendo aproximadamente 85,5% destes TCCs, adota como padrão de monitoramento de decisão a prestação de informações diretamente ao CADE, ao passo que o percentual remanescente se divide entre a contratação de consultoria externa, auditoria independente ou, mais recentemente, a adoção dos *Trustees*.

É certo que a ausência de um terceiro independente pode acarretar comportamentos oportunistas por parte dos promitentes compromissários, na medida em que estes vislumbrem, no decorrer das negociações, formas de maquiar eventuais descumprimentos, utilizando-se da assimetria informacional entre a autoridade e o representado no que diz respeito às particularidades de seu negócio.

De toda forma, ainda que o monitoramento seja realizado pela figura do *Trustee*, a fixação de obrigações comportamentais continua representando um ponto sensível para a identificação de descumprimento e, retomando o ponto anterior, a fixação de uma multa suficientemente dissuasória, o que poderia vir a ser complementado pela necessidade de confissão por parte do compromissário.

Por fim, a desnecessidade de confessar a prática lesiva, tanto com relação à matéria de fato, quanto sobre o reconhecimento da ilicitude do objeto investigado, conforme dispõe o §5º do art. 179 do Regimento Interno do CADE, difere absolutamente do que ocorre nos casos de cartel, o que enseja um questionamento com relação à eficácia da celebração de acordos em sede de conduta unilateral.

Em muitos casos já julgados pelo CADE, ou mesmo em fase de instrução, há dúvidas por parte da autoridade antitruste em relação ao reconhecimento da conduta como um ilícito *per se* ou não. Mas ainda que já se tenha entendido pela necessidade de apuração pela regra da razão (como as discussões envolvendo a cobrança de THC2 em portos), a depender da fase em que se encontra o processo, um agente que se comprometesse com a celebração do TCC em um estágio inicial e tivesse que confessar a prática lesiva provavelmente não enxergaria grandes benefícios com a celebração do acordo, sendo mais lógico que apenas optasse por fazê-lo em uma fase processual mais amadurecida e próxima à formação da convicção do julgador quanto à existência do ilícito.

Cabe, portanto, o questionamento sobre se a obrigatoriedade de assunção de culpa como requisito para a celebração de TCCs em sede de condutas unilaterais não seria capaz de viciar os termos contratuais¹⁷, vez que inexistente a mesma presunção de ilicitude dos cartéis na qualidade de ilícitos *per se*. De qualquer forma, é possível que, no caso das condutas unilaterais, a confissão não pudesse receber os mesmos efeitos observados no caso dos cartéis, vez que a inexistência da presunção de ilicitude sujeitará sua validade à cognição dos julgadores, o que exige uma cautela adicional quanto à delimitação dos termos de uma cláusula deste tipo.

É nesse contexto que surge a problemática relativa à inclusão, nestes acordos, de garantias por parte da Administração Pública, sobre se determinada prática constituiria ou não um precedente para casos futuros, o que origina cláusulas que remetem à "ausência de análise de mérito". Dentre os 76 TCCs analisados, 12 (ou seja, aproximadamente 15,8%) não possuem

¹⁷ Pode-se aqui realizar uma espécie de paralelismo com a colaboração premiada realizada na esfera penal, em que a Legislação responsável prevê como requisito para a celebração do acordo a voluntariedade do compromisso estabelecido, e que caso não seja observado, poderá vir a viciar os termos do contrato e torná-lo nulo.

cláusulas deste tipo enquanto os 64 casos remanescentes encontram-se divididos entre os tipos de cláusula representados na tabela a seguir:

TABELA 01

Tipo	Redação da cláusula	% ¹⁸
A	<p>Do mérito da conduta e do não reconhecimento de culpabilidade</p> <p>As Compromissárias e o CADE reconhecem que a assinatura do presente Termo de Compromisso não configura qualquer análise de mérito, por parte dos signatários, a respeito da licitude das condutas investigadas no mercado de meios de pagamentos e, por isso, também concordam e reconhecem não haver qualquer reconhecimento de culpa.</p> <p>As Compromissárias e o CADE reconhecem que as obrigações e efeitos do presente Termo de Compromisso limitam-se ao mercado brasileiro e ao território nacional, e não têm qualquer relação com jurisdições ou territórios estrangeiros.</p>	6,57%
B	<p>A presunção legal e ausência de juízo de mérito</p> <p>A Compromissária e o CADE reconhecem que (i) a celebração deste TCC não configura análise de mérito a respeito do objeto do Inquérito Administrativo; (ii) não importa confissão quanto à matéria de fato ou reconhecimento de ilicitude da conduta investigada, ou culpa, sob qualquer pretexto; e (iii) não gera precedente sobre a matéria.</p> <p><u>*Variação:</u> A assinatura do presente Termo de Compromisso não configura análise de mérito a respeito do objeto do Inquérito Administrativo.</p>	68,4%
C	<p>Do reconhecimento dos fatos</p> <p>Nos termos das exigências contidas na legislação aplicável, a celebração deste Termo de Compromisso não configura qualquer análise de mérito a respeito do objeto investigado no Processo Administrativo.</p>	3,94%
D	<p>Da Ausência de Reconhecimento de ilicitude por Parte da Compromissária</p> <p>A assinatura deste Termo de Compromisso não configura reconhecimento de ilicitude, por parte da Compromissária, a respeito do objeto da investigação e das demais questões aduzidas no Processo Administrativo.</p>	2,63%
E	<p>Reserva do Direito de investigar</p> <p>O CADE reserva o direito de instaurar uma nova investigação em relação à Compromissária: (i) caso surjam novas evidências de possíveis efeitos nocivos à concorrência decorrentes do uso de cláusulas de paridade pela Compromissária ou (ii) caso o Inquérito seja arquivado e</p>	2,63%

¹⁸ Este percentual é calculado com relação à amostra das 76 observações identificadas.

	o CADE tome ciência de que a Compromissária retomou o uso de tais cláusulas.	
--	--	--

Ora, conforme é possível extrair do Documento de Trabalho “TCC na Lei 12.529/2011”¹⁹, do universo de TCCs que acabaram sendo homologados com a inclusão de uma dessas cláusulas, todos envolviam condutas unilaterais, à exceção de um deles que versava sobre conduta colusiva. Esse fato não decorre de mera coincidência, pois é necessário considerar que independentemente da análise ou não do mérito da matéria, a confissão da prática pelo compromissário implica, automaticamente, na atribuição da prática de um ilícito concorrencial, vez que se trata de ilícitos *per se*. Para além disso, como em práticas colusivas existe a tendência de cumular uma grande quantidade de agentes no polo passivo, essa análise de mérito e geração de precedentes é mais utilizada para fins de adesão ao TCC anteriormente firmado, desde que os compromissários estejam sendo representados no mesmo processo administrativo.

No caso de condutas unilaterais essa circunstância se altera, pois ainda que o agente confesse a prática, a análise de mérito poderia levar à conclusão de que aquela prática não constitui ilícito concorrencial, e a geração de um precedente seria benéfica ao agente, mas também poderia ocorrer o contrário, ao entender a autoridade antitruste que a conduta analisada configura uma prática anticompetitiva, gerando um efeito prejudicial ao agente afetado no mercado.

A problemática, portanto, não afetará apenas o agente compromissário, como também a própria autoridade antitruste, na medida em que consideremos a mais alta probabilidade de geração de falsos negativos ou positivos quando do julgamento, pela própria natureza da conduta analisada. Nesse caso, a alternativa de estabelecimento de uma solução consensual a partir do TCC poderia mitigar este risco. No entanto, é preciso ter em mente que os casos de análise de condutas unilaterais envolvem uma quantidade muito menor de agentes investigados do que em condutas colusivas e a decisão pela inclusão ou não dessas cláusulas no acordo de TCC gera para o agente um

¹⁹ Op. Cit. CADE, 2021. P. 55.

trade off contingente sobre os aspectos futuros daquela decisão para o seu próprio negócio, o que pode ser um fator de difícil percepção.

4. Considerações Finais

Partindo do quanto exposto, é possível constatar que a celebração de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) em investigações acerca das chamadas condutas unilaterais – a serem avaliadas sob a perspectiva da eficiência, aplicando-se a Regra da Razão – enfrenta dificuldades inerentes à sua natureza, que atribui maior complexidade à mensuração do dano ao mercado, consequentemente dificultando o juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública quando da celebração destes acordos.

A experiência do CADE na celebração destes acordos ainda é muito incipiente se comparada ao histórico de TCCs celebrados no âmbito de condutas colusivas. Entretanto, ao passo em que a OCDE haja manifestado sua preocupação no sentido de que estimular a celebração destes acordos pode acabar por prejudicar a formação de uma jurisprudência sólida sobre este tipo de análise antitruste, entende-se que o aprimoramento da sua utilização poderá gerar ganhos à autoridade, inclusive no que diz respeito à sistematização da análise investigativa. Isso porque, para que seja possível dimensionar parâmetros de uma contribuição pecuniária ou mesmo de uma multa por descumprimento, por exemplo, é necessário que haja algum tipo de decisão, ainda que de natureza *prima facie*, semelhantemente ao que ocorreria, por exemplo, quando da decisão sobre proferir ou não uma medida preventiva.

A partir do levantamento empírico realizado neste artigo, foi possível constatar que essas dificuldades - não apenas de quantificação, como também no que diz respeito à prescindibilidade de confissão do ilícito praticado, bem como da inclusão de garantias por parte da Administração Pública no que diz respeito à necessidade de resguardar sua prerrogativa de poder instaurar uma nova investigação, independentemente da existência de um TCC.

Entende-se assim que é necessário aprofundar reflexões a respeito dos parâmetros para a celebração destes acordos, de forma que tanto a autoridade antitruste, quanto os promitentes compromissários possam ter melhores condições de sopesar potenciais benefícios decorrentes da celebração destes

acordos, com a garantia de que haja segurança jurídica com relação à fixação de seus parâmetros.

Bibliografia

ATHAYDE, Amanda; JACOBS, Patrícia. A terceira ‘onda’ do antitruste no Brasil: marolinha ou tsunami?. *Revista Consultor Jurídico*, 1 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/athayde-jacobs-terceira-onda-antitruste-brasil>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

ANUÁRIO CADE 2020. Brasília, 2020. p. 9. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/c0c3df8b-400c-4752-861f-bf4c22320e6b>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 16 jun 1994.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1º nov 2011.

CADE, 2021. Documento de Trabalho: TCC na Lei 12.529/11. Fevereiro/2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%2012.529-11.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

JÚNIOR, Marco Antonio Fonseca. Que onda surfa o Cade?. *Jornal Estadão*. 17 de agosto de 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/que-onda-surfa-o-cade/#:~:text=Come%20A7ou%20se%20ent%20A3o%20a,eparat%20B3rias%20decorrentes%20de%20danos%20concorrenciais>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

OECD (2019), *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy*: Brazil. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of->

[competition-law-and-policy-brazil-2019.htm](#). Acesso em: 20 de setembro de 2021.

ECD (2021), *OECD Competition Trends 2021*, Volume I: Global Competition Enforcement Update 2015-2019. p. 13.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 135.

FOGO AMIGO: AS DIVERGÊNCIAS NO TRIBUNAL COMO COMBUSTÍVEL PARA JUDICIALIZAÇÃO DAS DECISÕES DO CADE NO ÂMBITO DE CONTROLE DE CONDUTAS

Andressa Lin Fidelis¹

Resumo: Este artigo explora quatro temas em sede de controle de condutas em que se observa mudança de entendimento da maioria do Tribunal do CADE ou existência de posição minoritária reiterada, a saber: (i) indivíduos que não ocupam cargo de administração devem ser responsabilizados por infração à ordem econômica? (ii) a utilização do critério legal “ramo de atividade” como base de cálculo da multa deve ser flexibilizada para aplicação de multas menores? (iii) o CADE deve adotar a “vantagem auferida” como parâmetro principal para cálculo de multa? e (iv) as políticas de Preço Mínimo Anunciado devem ser analisadas como presumivelmente ilícitas? A divergência aberta em tais temas aumenta a insegurança jurídica dos administrados e pode incentivar o aumento da revisão judicial das decisões do CADE. Por outro lado, se houver espaço para o diálogo, as divergências no Tribunal também podem elevar a qualidade técnica dos julgados e aprimorar as decisões da autarquia.

Palavras-chave: CADE, revisão judicial, controle de condutas, cálculo da multa, dosimetria, política de preço mínimo anunciado.

Abstract: This article explores four themes regarding antitrust enforcement in which it was verified a change in the understanding of the majority of CADE’s Tribunal or the existence of a reiterated minority position, namely: (i) are individuals who do not hold managerial positions be liable for antitrust infringements? (ii) should the use of the statutory provision “field of economic activity” as the basis for calculating fines be adjusted to allow for lower fines? (iii) should CADE adopt the benefit from the infringement as the main parameter for calculating fines? and (iv) should Minimum Announced Price policies be analyzed as presumably unlawful? On one hand, the open divergence on such topics increases the legal uncertainty of individuals and companies and may incentivize the increase in the judicial review of CADE’s decisions. On the

¹ Mestre em economia aplicada pela Barcelona School of Economics. Mestre em direito antitruste e regulatório pela Georgetown University Law Center (Dean’s List). Bacharel em Direito pela PUC-SP (menção honrosa). Previamente, foi *trainee* no Federal Trade Commission em Washington, D.C., atuou como Coordenadora no Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e com direito da concorrência europeu no escritório Latham and Watkins em Bruxelas, Bélgica. Atualmente é advogada sênior na equipe de direito concorrencial do escritório Levy & Salomão Advogados. A autora agradece a valiosa contribuição de Bolívar Moura Rocha e Marcos Drummond Malvar na revisão deste artigo.

other hand, if there is room for dialogue, such divergences can also elevate the quality of the votes and improve CADE's decisions.

Keywords: CADE, judicial review, cartel fine calculation, minimum announced price policy.

1. Introdução

Quem acompanha as sessões de julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) sabe que há muito não se via número tão expressivo de pedidos de vista e debates tão calorosos no Tribunal Administrativo (“Tribunal”). Em sede de controle de condutas, as divergências sobre uma mesma matéria ou dispositivo legal se refletem em decisões por maioria apertada dos membros do Tribunal ou empates resolvidos com voto de qualidade do Presidente do CADE, mudança de entendimento jurisprudencial, adoção de diferentes parâmetros de dosimetria em um mesmo processo, ou, ainda, de diferentes parâmetros de análise sobre uma mesma conduta.

Este artigo explora as diferentes interpretações adotadas pelos atuais Conselheiros do CADE sobre 4 temas envolvendo condenação por infração à ordem econômica, independentemente de juízo de valor sobre o acerto das diferentes teses. Tais temas têm o potencial de levar empresas e administrados insatisfeitos com o desfecho na esfera administrativa a buscar a revisão judicial das decisões do CADE; a saber:

- (i) indivíduos que não ocupam cargo de administração devem ser responsabilizados por infração à ordem econômica?
- (ii) o conceito legal de “ramo de atividade” como base de cálculo da multa deve ser flexibilizado?
- (iii) o CADE deve adotar a “vantagem auferida” como parâmetro principal para cálculo de multa?
- (iv) as políticas de Preço Mínimo Anunciado (“PMA”) devem ser analisadas como presumivelmente ilícitas?

O entendimento sobre a devida extensão da revisão judicial das decisões proferidas pelo CADE ainda suscita fortes divergências doutrinárias. Há os que defendem que as decisões do CADE seriam atos administrativos discricionários e que, justamente por se revestirem de alta complexidade técnica, não deveriam ser objeto do controle judicial com relação ao seu mérito.

Nesse sentido sua revisão deveria ser limitada a aspectos formais (e.g., verificação do cumprimento de prazos, existência de contraditório, ampla defesa, motivação das decisões, tratamento paritário, etc.). Já para os que entendem que as decisões do CADE são atos administrativos vinculados, o Poder Judiciário teria ampla competência para rever e reverter decisões do CADE, inclusive no seu mérito (FORGIONI, 2013).²

Em que pese a divergência doutrinária, o fato é que empresas e administrados no Brasil regularmente questionam o mérito e/ou aspectos formais das decisões sancionatórias do CADE via ações ordinárias (ou, a depender das circunstâncias, via mandado de segurança ou outros remédios constitucionais) com fundamento no devido processo legal,³ falta de razoabilidade e proporcionalidade da multa ou sanção imposta e desconsideração de direitos subjetivos e processuais básicos.⁴

Em geral, a maioria dos atuais Conselheiros e o Presidente do CADE decidem conforme a jurisprudência tradicional da autarquia, enquanto a minoria abre divergências.⁵ Todavia, as significativas mudanças na composição do Conselho têm feito com que alguns dos temas até então defendidos pela

² Segundo Paula Forgioni, a revisão judicial é a segurança do cidadão contra eventuais abusos ou enganos cometidos pelo Executivo. Ver “Os fundamentos do antitruste”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³ Constituição Federal, Art. 5º, LIV. O devido processo legal abarca uma série de normas ou princípios constitucionais que asseguram o direito de ação e o direito de defesa, a saber: ampla defesa, contraditório, juiz natural, publicidade dos atos processuais, duração razoável do processo, motivação das decisões, tratamento paritário conferido às partes envolvidas no processo, etc.

⁴ Só em 2020 agentes privados ajuizaram 72 novas ações contra decisões proferidas pelo CADE. Vide apresentação realizada pelo Procurador-Chefe do CADE Walter de Agra Júnior, de título “Controvérsias na revisão judicial de decisões do CADE, ao Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/483/Walter_Agra.pdf. Acesso em 12.04.2022.

⁵ Em que pese a complexidade e peculiaridades do caso concreto, em geral, observa-se que nos julgados mais recentes, os Conselheiros Lenisa Prado e Sérgio Ravagnani têm aberto as divergências com relação aos temas (i) e (ii) aqui tratados, enquanto os Conselheiros Luiz Hoffmann, Luis Braidó e Presidente Alexandre Cordeiro seguem a jurisprudência do Conselho nesses temas. Já com relação ao tema (iii), observa-se que apenas o Cons. Luiz Hoffmann e o Presidente Alexandre Cordeiro atualmente votam de acordo com a jurisprudência do CADE, enquanto os Conselheiros Prado, Braidó e Ravagnani divergem. Já com relação ao tema (iv) apenas o Presidente Cordeiro e a Conselheira Prado seguiram a jurisprudência do CADE no assunto, enquanto os Conselheiros Braidó, Hoffmann e Ravagnani abriram divergência.

minoría já tenham alcançado maioria no Tribunal.⁶ Foi o que ocorreu com a utilização do conceito de “vantagem auferida”, que, recentemente, obteve a maioria no Tribunal do CADE pela primeira vez. Em abril de 2022 dois novos Conselheiros passaram a integrar o Tribunal,⁷ o que tende a aumentar a multiplicidade de visões nos temas identificados e possibilitar que o posicionamento hoje defendido pela minoria dos Conselheiros se torne majoritário.

2. Um voto pode alterar a jurisprudência do CADE? Posicionamentos divergentes em sede de controle de condutas

Votos divergentes não são novidade nas sessões de julgamento do plenário do CADE. O que se destaca neste artigo é que muitas das posições adotadas pela minoria dos Conselheiros agora são posições adotadas pela metade do Conselho, ou, até mesmo, pela maioria apertada. Em um contexto de alteração substancial da composição do colegiado e maior multiplicidade de posicionamentos, o voto de um Conselheiro pode alterar o desfecho de um julgamento e as divergências podem servir de gatilho para o questionamento das decisões do CADE na esfera judicial.

2.1 Indivíduos que não ocupam cargos de administração devem ser responsabilizados por infração à ordem econômica?

Segundo a jurisprudência consolidada do CADE, o art. 37, II, da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – “LDC”) permite a condenação de qualquer pessoa física por infração à ordem econômica, incluindo pessoas sem cargo de administração.⁸ Todavia, a atual composição do Tribunal está dividida com relação ao tema: votam na linha da jurisprudência do CADE

⁶ Em outubro e novembro de 2019, quatro novos Conselheiros ingressaram no Tribunal do CADE, alterando substancialmente a composição do colegiado naquele momento.

⁷ Victor Oliveira Fernandes e Gustavo Augusto Freitas de Lima.

⁸ Há diversos precedentes do CADE nessa linha, por exemplo Processo Administrativo nº 08012.001127/2010-07, Representante: SDE *ex officio*, Representados: Charles Gillespie, Jacques Cognard, et. al., relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende, DOU em 05.04.2016; e Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, Representante: SDE *ex officio*, Representada: Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, Swiss International Airlines, American Airlines, Inc., et al., relatoria da Conselheira Ana Frazão, DOU em 02.12.2014.

os Conselheiros Luiz Hoffmann, Luis Braido e o Presidente do CADE Alexandre Macedo, enquanto os Conselheiros Sérgio Ravagnani e Lenisa Prado (e ex-Conselheira Paula Farani) têm votado pela impossibilidade de penalização de pessoa física não administradora. A penalização de pessoa física não administradora seria possível apenas se sua participação no conluio for independente, ou seja, não relacionada a uma empresa investigada pelo CADE.

O art. 138 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das sociedades por ações) caracteriza os administradores como os diretores e os membros do conselho de administração da companhia, caso existente esse órgão social na companhia. Na prática, de acordo com o entendimento da minoria dos Conselheiros, um gerente de vendas, um analista ou um assistente comercial que tenha contribuído para a prática de cartel em empresa investigada pelo CADE, não poderia, a princípio, ser condenado pelo Tribunal. Todavia, ainda segundo o entendimento da minoria, um funcionário que realize funções típicas administrativas como de direção efetiva e representação da companhia de modo rotineiro, poderia sim ser condenado pelo CADE, independentemente do seu cargo oficial. Nessa situação, aplicar-se-ia a “teoria da aparência”, pois independentemente do cargo nominal, o funcionário teria aparência de administrador frente a qualquer terceiro de boa-fé.⁹

No recente julgamento do processo administrativo envolvendo o cartel de filtro automotivo para o mercado de reposição,¹⁰ o Tribunal do CADE, por maioria, determinou a condenação de três pessoas físicas não administradoras nos termos do voto do ex. Cons. Maurício Bandeira Maia, vencidos o Cons. Relator Sérgio Ravagnani e as Conselheiras Paula Farani e Lenisa Prado.

Em síntese, segundo o entendimento do voto vencedor, não há que se falar em exclusão das pessoas físicas não administradoras do rol dos agentes passíveis de receber a multa prevista no art. 37 da LDC pois a lei seria

⁹ A doutrina conceitua a aparência de direito como “*uma situação de fato que manifesta como verdadeira uma situação jurídica não verdadeira, e que, por causa do erro escusável de quem, de boa-fé, tomou o fenômeno real como manifestação de uma situação jurídica verdadeira, cria um direito subjetivo novo, mesmo à custa da própria realidade*” (Álvaro Malheiros, citado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca no RMS 57.740).

¹⁰ Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63 (“cartel de filtro automotivo”), Representados: Affinia Automotive Ltda., Mahle Metal Leve S.A., Mann + Hummel Brasil Ltda., et. al, relatoria do Cons. Sérgio Ravagnani, julgado em 20.10.2021.

aplicável a qualquer pessoa física que tenha concorrido para a prática de cartel, independentemente de cargos ou funções:¹¹

Nesse ponto, filio-me à remansosa e irretocável jurisprudência que se consolidou ao longo de anos e de inúmeras composições deste CADE, no sentido da *plena aplicabilidade da referida norma a pessoas físicas que não ocupam cargos de direção em empresas*, (...) [T]al interpretação encampa a vontade do legislador ao editar essa norma pelos seguintes motivos: (i) os funcionários não administradores de uma empresa podem sim – como de fato o fazem – praticar condutas que contribuam para a prática do cartel; (ii) o ilícito administrativo concorrencial de cartel também configura ilícito penal (para o qual o respectivo dispositivo propõe uma interpretação abrangente em relação ao sujeito ativo), de forma que se deve aplicar ao direito administrativo uma punibilidade com alcance no mínimo igual a este; (iii) a não imputação de sanção a pessoas físicas não administradoras pode diminuir drasticamente os incentivos à participação dessas pessoas com os institutos de colaboração, tais como os programas de leniência e os termos de compromisso de cessação de prática (TCCs), diminuindo a detecção de cartéis e, conseqüentemente, o enforcement do CADE no médio e longo prazos. (g.n.)

Já no entendimento da minoria vencida, o art. 37 da LDC permitiria a penalização de pessoa física não administradora apenas se sua participação no conluio não estiver relacionada a qualquer das empresas representadas no processo administrativo. Segundo a nova interpretação do art. 37 adotada pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani:¹²

¹¹ Cartel de filtro automotivo op. cit., itens 77 e 78 do voto-vista (vencedor) do ex. Cons. Maurício Bandeira Maia (SEI nº [0918930](#)).

¹² Ver voto-vista do Cons. Sérgio Ravagnani (SEI nº [0828510](#)) no Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90 (“cartel de componentes eletrônicos”), relatoria da Cons. Paula Azevedo, Representadas: Araguaia Indústria Comércio e Serviços Ltda. – EPP; Coming Comunicações Ópticas S.A.; Corning Incorporated, et. al., julgado pelo CADE em 03.02.2021. De acordo com o voto do Cons. Sergio Ravagnani: “145. Portanto, as duas únicas hipóteses previstas na Lei nº 12.529/2011 para imposição de multa a pessoa física são: a. Se não vinculada a pessoa jurídica disposta no inc. I ou no inc. II do art. 37 da Lei nº 12.529/2011, apuração do envolvimento sob o regime legal da responsabilidade objetiva e valor da multa entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), b. Se vinculada a pessoa jurídica disposta no inc. I ou inc. no II do art. 37 da Lei nº 12.529/2011, for dela administrador, com garantia da apuração do envolvimento sob o regime da responsabilidade subjetiva, e multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada ao ente ficto.”

Admitir interpretação diversa significa aceitar a existência de regime sancionatório mais gravoso à pessoa física não administradora do que ao administrador, o que não é lógico. De fato, enquanto ao administrador é exigida a demonstração de culpa ou dolo e não há previsão legal de valor mínimo para a multa em valores absolutos, para a pessoa física não administradora a demonstração de culpa ou dolo não seria necessária e o valor da multa iniciaria em R\$ 50.000,00. (g.n.)

A nova interpretação também se valeu teoria da aparência para possibilitar a punição de pessoas físicas não formalmente detentoras de cargos de administração quando aparentarem estar agindo como administradores.

Mais recentemente, no julgamento do cartel de resinas,¹³ os Conselheiros Sérgio Ravagnani e Lenisa Prado novamente divergiram da maioria do Tribunal e votaram pelo arquivamento do processo administrativo em relação a determinados gerentes por não serem administradores (e não aparentarem serem administradores) e apenas implementarem decisões do “alto escalão” da empresa representada. Neste processo, o Conselheiro Ravagnani também voltou a utilizar a teoria da aparência ao condenar pessoa física que embora não ocupasse cargo de administração, teria exercido a administração de fato da empresa representada.

O ingresso de dois novos Conselheiros ao Tribunal do CADE pode modificar a maioria do colegiado. De qualquer modo, a existência de votos divergentes encampados por Conselheiros do CADE pode reforçar o risco de questionamento das decisões do CADE que, por maioria, condenarem pessoas físicas não administradoras. O autor de tal ação poderia, por exemplo, pedir ao Judiciário a revisão do mérito da decisão do CADE que o condenou por maioria, fundamentando sua causa de pedir nos argumentos defendidos pela minoria do Tribunal.

Não se trataria, nesse aspecto, sequer de revisão do mérito da condenação quanto à autoria e materialidade da conduta. Eventual ação judicial conteria pedido de nulidade da decisão por ausência de previsão legal para condenação de pessoas físicas não administradoras. Isso possibilitaria a análise judicial mesmo para os que entendem que decisões do CADE não são

¹³ Ver voto da Cons. Lenisa Prado (SEI nº [1034844](#)). Processo Administrativo nº 08700.003718/2015-67, Representante: CADE ex officio, Representados: Akzo Nobel Ltda.; Águia Química Ltda.; Ashland Polímeros do Brasil S.A.; et al, relatoria da Cons. Lenisa Prado, julgado em 23.03.2022.

passíveis de revisão judicial quanto ao mérito, mas apenas em relação a aspectos de legalidade estrita.

2.2 A utilização do critério legal “ramo de atividade” como base de cálculo da multa deve ser flexibilizada para aplicação de multas menores?

A primeira etapa no cálculo de multa pecuniária é a definição da base de cálculo. Com base no art. 37, I, da LDC, o CADE deve considerar como base de cálculo do valor da multa o faturamento bruto no ramo de atividade em que ocorreu a infração no ano anterior à instauração do processo administrativo no CADE. Todavia, com base no art. 2-A da Resolução nº 3/2012,¹⁴ quando o valor obtido for “*manifestamente desproporcional*”, o CADE, por meio de critério de proporcionalidade, tem considerado como base de cálculo uma adaptação do conceito de ramo de atividade, utilizando para tanto o mercado afetado ou um sub-ramo de atividade.

Em geral, o faturamento no ramo de atividade é mais abrangente do que o faturamento no mercado afetado sob a perspectiva geográfica e de produto/serviço.¹⁵ Quando da inclusão do art. 2-A na Resolução nº 3/2012, ficaram vencidos os ex-Conselheiros João Paulo Resende e Cristiane Alkmin, contrários à flexibilização do conceito de ramo de atividade efetuada pelo novo artigo:

- Para o ex-Conselheiro João Paulo Resende o legislador expressamente fez uma escolha por “*ramo de atividade*”, que “*não se confunde com mercado relevante, nem com o produto específico objeto do cartel*”. Conforme expôs, o critério fixado no art. 2-A geraria grandes incertezas, e incentivaria as empresas infratoras a buscarem punição mais benéfica “sempre pelo faturamento com o produto da

¹⁴ “Art. 2-A. O Cade poderá, mediante decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais.” Ver Resolução nº 3, de 29 de maio de 2012, modificada pela Resolução nº 18/2016. Disponível em http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-3_2012-ramos-atividade.pdf/view. Acesso em 12.04.2022.

¹⁵ Por exemplo, se um fabricante de autopeças participou de um cartel no mercado de freios por 10 anos, a multa deveria ser calculada com base no faturamento obtido no ramo 73 da Resolução nº 3 (“*fabricação de peças e acessórios para veículos automotores (autopeças)*”) no ano anterior à instauração do processo administrativo. Todavia, as decisões do CADE nos cartéis em autopeças têm, na prática, considerado apenas as peças afetadas pelo ilícito na base de cálculo.

conduta apenas no ano anterior à instauração do PA”, de modo que: “(...) *qualquer conduta que conseguisse sustentar um cartel com sobrepreço de 20% (média geral) por um ano (prazo muito aquém da média geral) valeria a pena, pois a multa máxima do CADE seria inferior a esse montante.*”(g.n.).¹⁶

- Já para a ex-Conselheira Cristiane Alkmin seria necessária uma reforma legislativa no art. 37 da LDC, já que “a lei não permite flexibilizar o conceito de ramo de atividade”. O referido dispositivo legal em si apresentaria “falhas” (e.g., a previsão de a base de cálculo ficar limitada a apenas um ano de faturamento).¹⁷

Em que pesem tais argumentos em contrário, estudos relativos à aplicação de multas em processos administrativos e Termos de Cessação de Conduta (“TCCs”) julgados sob a LDC entre 2012–2018 demonstram que o CADE tem, de fato, flexibilizado o conceito de ramo de atividade; na maioria de suas decisões (i.e., 70% dos casos), o Tribunal adota o mercado relevante como base de cálculo.¹⁸

¹⁶ Voto do ex-Conselheiro João Paulo Resende pela não homologação da Resolução nº 18/2016.

¹⁷ Voto da ex-Conselheira Cristiane Alkmin pela não homologação da Resolução nº 18/2016.

¹⁸ FRANÇA, Deborah Lopes D’Arcanhy. *Os fundamentos de proporcionalidade na parame-trização do ramo de atividade empresarial: Um estudo empírico do ramo de atividade como critério de fixação da multa-base em condenações administrativas e de sua expectativa em Termos de Compromisso de Cessação no CADE*, 2018, 115 pp. Orientadora: Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3301>. Acesso em 12.04.2022.



Fonte: FRANÇA (2018)

Segundo o estudo “TCC na Lei 12.529/11” (2021), em sede de TCCs a regra do CADE tem sido utilizar como base de cálculo para as contribuições pecuniárias o faturamento obtido com o produto/serviço afetado pela conduta (critério aplicado em 48,88% dos requerimentos de TCCs).¹⁹ Apenas uma pequena minoria dos TCCs adotou o critério de ramos de atividade originalmente estabelecido na Resolução nº 3/2012 (critério aplicado em 4,15% dos requerimentos). Assim, em sede de TCC, o recurso ao art. 2-A, pensado como exceção, vem se tornando a regra.

Divergências com relação à flexibilização do conceito de ramo de atividade permanecem na composição atual do Tribunal do CADE. No caso

¹⁹ TCC na Lei 12.529/11 (2021), elaborado por Carolina Saito enquanto consultora PNUD, disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>. Acesso em 12.04.2022

do TCC no cartel de lousas interativas digitais,²⁰ dois Conselheiros discordaram da jurisprudência do CADE nesse ponto (Sérgio Ravagnani e Lenisa Prado). Eles se somam ao entendimento, no mesmo caso, da ex-Conselheira Paula Farani, para quem a “*flexibilização reiterada e inconsistente das bases de cálculo tem gerado baixos valores recolhidos no âmbito de TCCs*”. Para o Conselheiro Ravagnani, a adaptação do ramo de atividade deveria ser adotada como exceção e não regra, por restringir significativamente a base de cálculo prescrita pelo legislador:

17. Há, portanto, claros sinais de alerta soando para as autoridades do Cade que o posicionamento desta Autarquia necessita de aprimoramento. *Qualquer forma de flexibilização da base de cálculo deve ser uma exceção à regra legal* e ainda resultar em valor pecuniário superior ao mínimo legal (§ 2º do art. 85 da Lei nº 12.529/11) e dissuasório. A subversão dessa lógica reduz o enforcement do Cade na tutela dos interesses protegidos pela Lei nº 12.529/11. (g.n.)²¹

Neste caso, votaram pela homologação da proposta de TCC, flexibilizando o conceito de ramo de atividade, os Conselheiros Luiz Hoffmann e Luis Braido (e o ex-Conselheiro Mauricio Maia) e o Presidente do CADE Alexandre Macedo.

Tal como observado no detalhado voto do Conselheiro Relator Luiz Hoffmann no julgamento do cartel de fornecimento de tubos e conexões de PVC (“cartel de PVC”), dentre as razões para se adaptar o conceito de ramo de atividade no caso concreto, estão:

(i) os TCCs firmados no mesmo processo teriam adaptado o ramo de atividade, (ii) o ramo de atividade seria demasiadamente amplo em relação aos produtos afetados pelo cartel, e (iii) o faturamento do Representado abrangeria outros produtos no mesmo ramo de atividade sem relação com o cartel. A seu turno, os seguintes argumentos são utilizados para afastar a adaptação do ramo de atividade: (i) a conduta teria sido de longa duração, (ii) a jurisprudência do CADE ter utilizado o ramo de atividade em outros precedentes envolvendo o mesmo mercado relevante, e (iii) a legislação

²⁰ Requerimento de TCC nº 08700.005718/2020-69, Interessado: Sistema Informática Com. Imp. Exp Ltda.

²¹ Voto Vogal do Cons. Sérgio Ravagnani no Requerimento de TCC nº 08700.005718/2020-69 (SEI nº [0893793](#)).

expressamente determinar a aplicação da multa sobre o ramo de atividade, de modo que a adaptação do ramo constituiria uma faculdade da autoridade.²²

A adaptação do conceito de ramo de atividade, todavia, é menos comum em relação à aplicação de multas por infração econômica em sede de processos administrativos. Nesse contexto a adaptação ocorreu apenas em número reduzido de casos.²³ Por exemplo, nos Embargos de Declaração no Processo Administrativo que investigou condutas unilaterais no mercado de alarmes automotivos e segmento de pós-venda,²⁴ o Tribunal votou por unanimidade pela manutenção da multa no ramo de atividade. Nos termos do voto do Conselheiro Relator Luiz Hoffmann:

17. Nesse sentido, *não se confunde a análise do mercado relevante afetado pela conduta investigada* – mercado nacional de alarmes automotivos no segmento aftermarket, devidamente definido em tópico específico da decisão embargada – *com o ramo de atividade utilizado para fins de dosimetria da multa*, como aduz a Embargante, não havendo que se falar em contradição quanto a este ponto. (...)

26. Assim, dizer que a flexibilização do ramo de atividade como base de cálculo é a regra, como pretende a Embargante, além de não condizer com a leitura da norma, é uma interpretação equivocada ao se desconsiderar as especificidades do caso concreto. *Trata-se de uma hipótese excepcional, que poderá ser utilizada por este Conselho caso, considerando o ramo de atividade em análise, se chegasse em valores “manifestamente desproporcionais (g.n.)*

No recente julgamento dos Embargos de Declaração no cartel de PVC, o Conselheiro Luiz Hoffman, relator do processo, entendeu que o Tribunal estava diante da hipótese excepcional a que aludiu naquele caso; votou, com efeito, pela flexibilização do conceito de ramo de atividade em relação à

²² Conforme observado no para. 203 do voto do Conselheiro Relator Luiz Hoffmann proferido nos Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.003390/2016-60 (“cartel de PVC”), Representadas: *Amanco* Brasil Ltda., *Asperbras Tubos e Conexões* Ltda, *Bianchini Indústria de Plásticos* Ltda. et al, Representante: CADE *ex officio*, Embargante: *Asperbras* (Voto SEI nº [0974145](#)).

²³ Id., paras. 111-129 e 202.

²⁴ Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60, Representante: *H-Buster São Paulo Indústria e Comércio* Ltda., Representada/Embargante: *PST Eletrônica S.A.* Embargos julgados em 09.09.2020 (SEI nº [0803775](#)).

aplicação de multa. Ao analisar os embargos interpostos pela Asperbras, o Conselheiro Hoffman observou que a conduta da embargante era de curta duração e, assim, que seria proporcional restringir a base de cálculo da multa às receitas auferidas em licitações públicas no mercado de saneamento (acolhendo os argumentos da Asperbras de que a sua conduta não teria atingido o segmento privado).²⁵ O Conselheiro Hoffmann ficou entretanto vencido nesse ponto, sendo que os demais Conselheiros acompanharam o voto-vista de Luis Braido, para quem o parâmetro adotado pelo Conselheiro Relator não corresponderia a qualquer ramo de atividade estabelecido.²⁶

Independentemente de considerações sobre qual seria o conceito adequado para a base de cálculo, observa-se sobre a matéria a existência de entendimentos divergentes no Tribunal do CADE - que trazem imprevisibilidade e aumentam a insegurança jurídica com relação à dosimetria das multas. Pela forma de decidir do Conselho, é possível que TCCs sejam celebrados usando como base de cálculo o produto/serviço afetado e, anos à frente, em sede de julgamento do mesmo processo administrativo em que foram celebrados os TCCs em questão, a multa seja imposta aos demais administrados adotando-se como base de cálculo o ramo de atividade. Nessa hipótese, a decisão do Tribunal que houver aplicado dois conceitos diferentes no âmbito do mesmo processo restaria vulnerável a eventual revisão judicial. Isto por possível afronta à garantia constitucional do devido processo legal, aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, motivação e segurança jurídica, e, notadamente, isonomia exigidos do agente público.²⁷

Outro possível questionamento na esfera judicial decorreria da hipótese de um administrado condenado com base de cálculo estritamente pautada pelo critério legal do art. 37, I, da LDC, i.e., ramo de atividade, requerer no Judiciário a aplicação de critério mais benéfico, tendo em vista a ampla jurisprudência do CADE adotando sub-ramos de atividade como base de cálculo de multas pecuniárias, sob os mesmos fundamentos constitucionais e legais.

²⁵ Voto do Conselheiro Relator Luiz Hoffmann proferido em 25.10.2021 nos Embargos de Declaração no Processo Administrativo que investigou o cartel de PVC, paras 265-270, (SEI nº [0974145](#)).

²⁶ Voto-vista do Conselheiro Luis Braido proferido em 15.02.2022 nos Embargos de Declaração no Processo Administrativo que investigou o cartel de PVC, para. 35 (SEI nº [1023638](#)).

²⁷ Lei nº 9.784/1999 (“Lei de Procedimento Administrativo”), art. 2º, *caput*.

2.3 O CADE deve adotar a “vantagem auferida” como parâmetro principal para cálculo de multa?

Pela primeira vez na história do CADE, a vantagem auferida pelo infrator chegou a ser defendida pela maioria do Tribunal como critério primário para calcular o valor mínimo da multa a ser imposta em casos de cartéis ou outras práticas anticompetitivas.²⁸ Este é o posicionamento de três dos atuais Conselheiros do CADE (i.e., Lenisa Prado, Luis Braido e Sérgio Ravagnani).²⁹ Apenas dois Conselheiros atualmente defendem manter os precedentes do CADE com relação ao tema (i.e., Luiz Hoffmann e o Presidente do CADE, Alexandre Macedo).³⁰ A posição dos Conselheiros Gustavo Augusto e Victor Fernandes sobre a matéria ainda não é conhecida e é possível que essa nova maioria pela utilização da vantagem auferida seja mantida ou que se retorne à posição anterior de se afastar a sua aplicação.

Para os Conselheiros Lenisa Prado e Sérgio Ravagnani, o percentual de 20% estabelecido no Art. 37, inciso I, da LDC não deve ser interpretado como um teto para calcular multas com base nesse critério. Para que a multa tenha efeito dissuasório, especialmente para reprimir cartéis de longa duração, deveria, no entender desses Conselheiros, exceder os ganhos obtidos com o ilícito - mesmo que, para tanto, extrapole o limite de 20% até então observado na jurisprudência do CADE.

Para o Conselheiro Luis Braido, a multa dissuasória precisaria ser, ainda:

²⁸ A vantagem auferida foi utilizada pela primeira vez pela maioria do Tribunal do CADE como critério para o cálculo da multa em dezembro de 2020. No caso, o Tribunal se utilizou dos valores das licitações afetadas como base de cálculo, pois não havia dado de faturamento disponível. Processo Administrativo 08012.009732/2008-01 (“cartel das ambulâncias”), Representante: Procuradoria da República no Município de Resende – RJ, Representados: anta Maria Comércio e Representação Ltda., Leal Máquinas Ltda., Klass Comércio e Representação Ltda., Francisco Canindé da Silva ME, Vedovel Comércio e Representação Ltda., et al., relatoria da Conselheira Paula Farani, DOU em 16.12.2020.

²⁹ A ex-Conselheira Paula Farani, cujo mandato se encerrou em fevereiro de 2022, também defendia esse novo posicionamento.

³⁰ Ver, e.g., votos no Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90 (Cartel no mercado nacional de componentes eletrônicos para o setor de telecomunicações), julgado em 03.02.2021.

um múltiplo da vantagem auferida, devendo levar em consideração a baixa probabilidade de identificação e condenação desse tipo de ilícito, assim como eventuais considerações sobre a aversão ao risco do infrator. Para exemplificar, se a probabilidade de identificação e condenação de um cartel for de 20% (um a cada cinco), então um agente neutro ao risco precisaria ter a expectativa de uma multa igual a cinco vezes a vantagem auferida para ser dissuadido.³¹

A proeminência do critério da vantagem auferida nos últimos julgamentos pode inclusive explicar a expressiva redução no montante das contribuições auferidas via TCCs, que contrasta com significativo aumento nas multas aplicadas entre 2019-2021.³²

Um processo julgado pelo Tribunal do CADE no final de 2021 ilustra este debate. Na investigação de cartel no mercado de material escolar e de escritório,³³ o Conselheiro Ravagnani discordou do Conselheiro Relator Hoffmann, o qual adotou a metodologia tradicional do CADE sobre multas de cartel com base no faturamento bruto. De acordo com o Conselheiro Ravagnani, que foi acompanhado pela maioria do Tribunal, *"é dever da autoridade antitruste fazer esforços para estimar o valor da vantagem auferida pelo infrator, critério escolhido pelo legislador como o valor mínimo da multa em qualquer situação"*. Nos cálculos em que o valor da multa proposta pelo Conselheiro Hoffmann foi inferior à vantagem auferida estimada pelo Conselheiro Ravagnani (baseada, no caso, em um percentual de 20% do valor dos contratos adjudicados nas licitações afetadas pelo cartel), a maioria dos Conselheiros decidiu aplicar a multa mais elevada seguindo a metodologia de Ravagnani.

Independentemente da correção e viabilidade da adoção da vantagem auferida como critério primário para estabelecer as multas mínimas de

³¹ Ver voto-vista nos Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.003390/2016-60 (cartel de PVC) (SEI nº [1023638](#)).

³² Tal como observado pelo ex-Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia em "Retrospectiva de 2021, perspectivas e tendências para 2022 no CADE" (2022), disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-05/defesa-concorrencia-retrospectiva-2021-perspectivas-tendencias-2022-cade>. Acesso em 12.04.2022.

³³ Processo Administrativo nº 8700.004455/2016-94, Representante: Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Pernambuco (SR/DPF/PE), Representados: Comercial Armarinho Oliveira Ltda. ME, Inforecife Comércio de Informática e Papelaria Ltda. ME, T.E Papelaria Comercial Ltda. ME, et al. Relatoria do Conselheiro Luiz Hoffmann, julgado em 25.08.2021.

infrações contra a ordem econômica,³⁴ é certo que se trata de mudança de jurisprudência que pode suscitar questionamentos na esfera judicial. Administrados insatisfeitos com decisão de condenação com base nesse critério poderiam – também com base na garantia constitucional do devido processo legal, e nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, motivação e segurança jurídica exigidos do agente público – buscar anular tais decisões no Poder Judiciário. Alegariam, para além da antes consolidada jurisprudência do CADE sobre o tema, que o cálculo da vantagem auferida é de alta complexidade: diferentes métodos econométricos produzem resultados diferentes, é muito difícil definir o *but-for-price* (i.e., o preço competitivo), e raramente há provas confiáveis disponíveis para fundamentar tal apuração.

2.4 As políticas de Preço Mínimo Anunciado devem ser analisadas como presumivelmente ilícitas?

Para além dos temas supra analisados envolvendo dosimetria, este artigo explora duas consultas sobre política de preço. No caso, observou-se a adoção de uma análise mais conservadora com relação à política PMA *vis a vis* o entendimento mais leniente expressado pelo CADE em passado recente.

Em duas oportunidades recentes o Tribunal do CADE analisou, em sede de Consulta, políticas de precificação referentes a PMA propostas/idealizadas por fabricantes de pneus. As políticas examinadas seriam observadas por revendedores independentes associados à marca nos mercados de reposição: (i) Consulta realizada pela Continental em 2018,³⁵ e (ii) Consulta realizada pela Michelin em 2021.³⁶

O primeiro caso, segundo alegado pela Continental, tratava de proposta de PMA, de natureza unilateral, que se aplicaria a todos os revendedores

³⁴ Ver, e.g., FIDELIS, Addressa. *The Road Towards a Deterrent Cartel Fine: CADE's New Turn*. International Antitrust Bulletin, dezembro de 2021; MAIA, Mauricio Oscar Bandeira, O fetiche da vantagem auferida e a dosimetria das penas no CADE, *Conjur*, 23.08.2021; e RESENDE, João Paulo, A dosimetria de penas em infrações contra a ordem econômica., *Conjur*, 11.01.2021.

³⁵ Consulta nº 08700.004594/2018-80, Consulente: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda., Cons. Relator: Paulo Burnier da Silveira, julgada em 22.10.2018 (SEI nº [0537929](#)).

³⁶ Consulta nº 08700.004460/2021-64, Consulente: Sociedade Michelin de Participações Indústria e Comércio Ltda., Cons. Relatora: Paula Farani, julgada em 15.12.2021 (SEI nº [1000210](#)).

da marca, exceto aqueles localizados na região da Zona Franca de Manaus. Segundo a consulente, tratava-se de estratégia comercial que atingiria preços anunciados em determinados veículos, sendo que a política permitiria a realização de descontos em resposta ao contato feito por um cliente. Os revendedores não poderiam, no entanto, anunciar desconto, reembolso ou outras promoções que resultassem “*em um preço líquido anunciado menor que o estabelecido na Política de PMA*”. Descumprimentos reiterados da política PMA poderiam ensejar a suspensão das vendas ao revendedor.

No entendimento do voto condutor do caso, proferido pelo ex-Conselheiro Paulo Burnier, seguido pela maioria do Tribunal, a política se assemelhava “[à]s estratégias de fixação ou sugestão de preços de revenda.” Todavia, a decisão reconheceu que a política permitiria que o cliente pudesse barganhar o preço anunciado, de modo que a conduta foi declarada lícita com base em três condições: (i) ausência de poder de mercado unilateral ou coordenado para restringir verticalmente os preços, uma vez que as participações de mercado (do fornecedor de forma isolada e/ou dos distribuidores em conjunto) eram inferiores a 20%; (ii) unilateralidade da política PMA, sem a influência de revendedores; e (iii) ausência de discriminação entre revendedores, uma vez que todos aqueles vinculados à marca da fabricante seriam igualmente afetados pela política.

Ficou vencida a ex-Conselheira Cristiane Alkmin, que se manifestou pela ilicitude da política concebida principalmente pela sua natureza impositiva, que, na visão da ex-Conselheira, deveria ser tratada como prática condenável *per se* – ou seja, aquela que independe de comprovação de efeitos no mercado para ser considerada como uma infração à ordem econômica.

No segundo caso, transcorridos três anos da decisão anterior, o Tribunal, por maioria, negou o ateste de licitude, manifestando-se pela presunção de ilegalidade da política PMA em análise, em que pese a consulta da Michelin ter sido bastante semelhante à Consulta da Continental e o fato da Michelin também não deter poder de mercado. De acordo com a Michelin, a estratégia, idealizada unilateralmente pela empresa sem discriminar entre canais físicos e online, consistiria na definição de preços mínimos a serem comunicados por revendedores de pneus, sem, contudo, fixar o preço de revenda nos mercados de reposição. Na Consulta, a Michelin alegou que a política submetida à análise do CADE não geraria danos à concorrência, já que a estratégia comercial

estaria adstrita ao preço de anúncio, teria o objetivo de resguardar o modelo de negócios da empresa e não retiraria a liberdade do revendedor para determinar o preço cobrado do consumidor final.

Em seu voto vogal - seguido pelos Conselheiros Sérgio Ravagnani, Luiz Hoffman e, ao final, pela ex-Conselheira Paula Farani³⁷ - o Conselheiro Luis Braido declarou a política PMA não conforme ao direito da concorrência, tanto em relação aos revendedores físicos quanto aos eletrônicos. Segundo o Conselheiro: “[e]m âmbito de controle, tanto a jurisprudência internacional quanto a do CADE admitem que essa prática deve ser analisada pela regra da razão, com presunção inicial de ilicitude”. A decisão considerou três aspectos principais: (i) com relação à análise de poder de mercado, observou-se que a participação de mercado da Continental, que já havia recebido autorização do CADE para praticar PMA, em conjunto com a da Michelin em um determinado segmento de mercado se aproximava ou superava a marca de 20%; (ii) com relação à análise das eficiências, concluiu-se que “ainda que a política PMA seja capaz de ampliar a provisão de serviços especializados, tais efeitos dependem de maiores margens de lucro na revenda de pneus e, portanto, geram prejuízo aos consumidores que não demandam serviços especializado”; e (iii) políticas de financiamento e de bonificação seriam alternativas de incentivo à provisão de serviços e potencialmente menos danosas à concorrência.

Foram vencidos a Conselheira Lenisa Prado e o Presidente do CADE Alexandre Cordeiro, para os quais a política PMA seria lícita, pois não se confunde com fixação de preço de revenda, teria alcance limitado e as penalidades previstas no caso de descumprimento diziam respeito tão somente aos anúncios.

3. Considerações finais

Em que pesem a complexidade dos votos e as particularidades de cada caso exposto acima, de modo geral, observa-se que, na atual composição

³⁷ Vale observar também que no voto da ex-Conselheira Paula Farani, relatora da Consulta, distinguiu-se entre varejo eletrônico e físico, para concluir pela ilegalidade da prática PMA em relação à primeira, por inexistir o elemento da comunicação humana entre vendedor e consumidor, impossibilitando a barganha.

do Tribunal do CADE, a minoria dos Conselheiros apresentou posicionamento inovador ou contrário à jurisprudência anteriormente sedimentada do órgão. Foi assim com relação aos votos:

- (i) pela não condenação de pessoa física não administradora caso essa seja representante de empresa investigada; e
- (ii) pela não flexibilização do conceito de ramo de atividade como base de cálculo, especialmente em sede de TCC.

Já a maioria apertada dos atuais Conselheiros cujo entendimento acerca dessas matérias é conhecido divergiu da jurisprudência do CADE e votou:

- (i) pela utilização da vantagem auferida como parâmetro principal no cálculo de multa; e
- (ii) pela ilegalidade de políticas tipo PMA.

É certo que a discricionariedade do Tribunal para alterar entendimentos que porventura representem jurisprudência assentada do colegiado é importante para garantir o aspecto evolutivo das decisões do CADE. Também se reconhece a importância da divergência nesta evolução. No exemplo da vantagem auferida, observa-se que a posição minoritária defendida pelos ex Conselheiros Cristiane e João Paulo em 2015-2016, ganhou a maioria do Tribunal no final de 2020 no julgamento do cartel das ambulâncias e, desde então, por meio das reiteradas divergências de novos Conselheiros, o critério segue sendo utilizado e, com a nova composição do Tribunal, a jurisprudência do CADE pode inclusive se alterar nesse tema. Assim, o espaço para divergências em órgãos colegiados, como o CADE, é importante para que a jurisprudência de fato evolua.

Dito isto, mudanças repentinas de entendimento do Tribunal que deixam uma minoria de votos vencidos, podem incentivar o aumento do questionamento do mérito das decisões do CADE na esfera judicial, com fundamento justamente nos argumentos dissidentes.

Ainda que tais temas não sejam levados ao Judiciário, trazem insegurança jurídica dentro do Tribunal. Há, nesse sentido, algumas iniciativas, seja na esfera da própria autarquia, seja no legislativo, seja na cooperação institucional, que poderiam contribuir para aumentar a segurança jurídica e diminuir o risco de revisão judicial dos temas ora identificados.

No âmbito do próprio CADE, seria importante retomar o debate envolvendo a minuta de Guia de Dosimetria de Multas de Cartel (“Guia”).³⁸ Em razão das divergências técnicas entre os Conselheiros, as discussões sobre o Guia estão paradas há mais de dois anos por falta de consenso interno.

- Embora o Guia reconheça que o faturamento no “ramo de atividade” seja o critério legal para a definição da base de cálculo, considera que adotar tal critério no caso concreto poderia gerar multas desproporcionais. Desse modo, se as circunstâncias do caso assim justificarem, sugere a adoção “*de uma combinação do valor do faturamento bruto no mercado afetado*” (i.e., aquele alvo da conduta anti-competitiva) “*com a consideração do tempo de atuação na conduta*”.³⁹
- O Guia também reconhece que, frequentemente, o cálculo da “*vantagem auferida (...) não é possível ou é sujeito a elevado grau de imprecisão, de modo que não necessariamente esse elemento é possível de ser efetivamente aplicado para a dosimetria no caso concreto.*”⁴⁰

Há também projeto de lei em tramitação que dispõe sobre a vantagem auferida como critério para imposição de multas no CADE. O projeto determina que quando não for possível estimar a vantagem auferida, a multa devida será de 0,1% a 20% do faturamento bruto obtido nos exercícios de efetiva duração da infração no “*mercado relevante*” afetado pela conduta.⁴¹ Se aprovado, a controvérsia em torno da flexibilização ou não do conceito de ramo de atividade para fins de determinação da base de cálculo deixará de existir, tendo em vista que a base de cálculo será definida com base no mercado relevante, conceito tradicionalmente usado pelo CADE.

³⁸ Ver <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-estende-prazo-para-contribuicoes-a-versao-preliminar-do-guia-de-dosimetria-de-multas-de-cartel>. Acesso em 12.04.2022. O Guia se baseia na prática decisória do Conselho em investigações de cartel de 2012 a julho de 2019 e que, portanto, não abarca decisões da composição atual do Tribunal do CADE.

³⁹ Guia, p. 8.

⁴⁰ Guia, p. 22.

⁴¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 9238/2017, de autoria do deputado Hugo Leal, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (“CCJC”) em 23.09.2021 e remetida ao Senado Federal em 14.10.2021. Altera a Lei nº 12.529/2011, para dispor sobre a vantagem auferida como critério para imposição de multas no CADE. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2163988>. Acesso em 12.04.2022.

A minuta do Guia e a proposta legislativa estão, em parte, alinhadas com a recomendação dada ao CADE pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) em 2019.⁴² Tal recomendação consiste basicamente em aplicar uma alíquota de até 20% sobre o faturamento da empresa com o produto ou mercado afetado pelo cartel durante todo o período de sua duração. Todavia, a recomendação da OCDE é contrária ao citado projeto de lei no que se refere à vantagem auferida, sugerindo sua remoção da LDC.

A publicação do Guia e eventual mudança na LDC para aclarar critérios de dosimetria, são medidas que podem conferir maior transparência, previsibilidade e segurança jurídica com relação aos temas identificados, e, portanto, devem ser buscados por toda comunidade antitruste.

Espera-se que a nova composição do Tribunal seja uma oportunidade para o amadurecimento institucional dos temas aqui tratados e que a multiplicidade de posicionamentos do Conselho sirva de combustível para fomentar o debate, elevar a qualidade técnica e ensejar decisões mais robustas no âmbito do CADE.

Bibliografia

FIDELIS, A. L. (2021). *The Road Towards a Deterrent Cartel Fine: CADE’s New Turn*. International Antitrust Bulletin.

FORGIONI, P. (2013). Os fundamentos do antitruste. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.

FRANÇA, D. L. D. (2018). *Os fundamentos de proporcionalidade na parametrização do ramo de atividade empresarial: Um estudo empírico do ramo de atividade como critério de fixação da multa-base em condenações administrativas e de sua expectativa em Termos de Compromisso de Cessação no CADE*. Orientadora: Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera.

⁴² OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil 2019 (p. 172). Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>. Acesso em 12.04.2022.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Direito Público.

JÚNIOR, W. A. (2020). Controvérsias na revisão judicial de decisões do CADE, apresentação ao *Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*.

MAIA, M. O. B. (2022). Retrospectiva de 2021, perspectivas e tendências para 2022 no Cade. *Consultor Jurídico - Conjur*.

MAIA, M. O. B. (2021). O fetiche da vantagem auferida e a dosimetria das penas no Cade. *Consultor Jurídico - Conjur*.

RESENDE, J. P. (2021). A dosimetria de penas em infrações contra a ordem econômica. *Consultor Jurídico – Conjur*.

Jurisprudência:

Processo Administrativo nº 08012.001127/2010-07, Representante: SDE *ex officio*, Representados: Charles Gillespie, Jacques Cognard, et. al., relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende, DOU em 05.04.2016.

Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, Representante: SDE *ex officio*, Representada: Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, Swiss International Airlines, American Airlines, Inc., et al., relatoria da Conselheira Ana Frazão, DOU em 02.12.2014.

Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63 (“cartel de filtro automotivo”), Representante: CADE *ex officio*, Representados: Affinia Automotive Ltda., Mahle Metal Leve S.A., Mann + Hummel Brasil Ltda., et. al, relatoria do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani, DOU em 27.10.2021.

Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90 (“cartel de componentes eletrônicos”), Representante: CADE *ex officio*, Representadas: Araguaia Indústria Comércio e Serviços Ltda. – EPP; Corning Comunicações Ópticas S.A.; Corning Incorporated, et. al., relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo, DOU em 10.02.2021.

Processo Administrativo nº 08700.003718/2015-67, Representante: CADE *ex officio*, Representados: Akzo Nobel Ltda., Águia Química Ltda., Ashland Polímeros do Brasil S.A., et al., relatoria da Conselheira Lenisa Rodrigues Prado, DOU em 30.03.2022.

Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.003390/2016-60 (“cartel de PVC”), Representante: CADE *ex officio*, Representadas: Amanco Brasil Ltda., Asperbras Tubos e Conexões Ltda, Bianchini Indústria de Plásticos Ltda. et al., Embargante: Asperbras, relatoria do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, voto em 25.10.2021.

Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60, Representante: H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda., Representada/Embargante: PST Eletrônica S.A., relatoria do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, DOU em 16.09.2020.

Processo Administrativo 08012.009732/2008-01 (“cartel das ambulâncias”), Representante: Procuradoria da República no Município de Resende – RJ, Representados: anta Maria Comércio e Representação Ltda., Leal Máquinas Ltda., Klass Comércio e Representação Ltda., Francisco Canindé da Silva ME, Vedovel, et al., relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo, DOU em 16.12.2020.

Processo Administrativo nº 8700.004455/2016-94 (“cartel de material escolar e de escritório”), Representante: Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Pernambuco (SR/DPF/PE), Representados: Comercial Armário Oliveira Ltda. ME, Infocife Comércio de Informática e Papelaria Ltda. ME, T.E Papelaria Comercial Ltda. ME, et al., relatoria do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, DOU em 25.08.2021.

Consulta nº 08700.004594/2018-80, Consulente: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda., relatoria do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, DOU em 22.10.2018.

Consulta nº 08700.004460/2021-64, Consulente: Sociedade Michelin de Participações Indústria e Comércio Ltda., relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo, DOU em 15.12.2021.

CLÁUSULAS DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO DIREITO CONCORRENCIAL E TRABALHISTA

Bruno Polonio Renzetti¹

Resumo: O artigo argumenta que cláusulas de não-concorrência presentes em contratos individuais de trabalho devem ser objeto de análise por parte das autoridades de defesa da concorrência caso se verifiquem alguns requisitos específicos. A recente investigação aberta pelo CADE no mercado de *healthcare* deve servir de alerta sobre o impacto que tais cláusulas possuem nos setores econômicos em que estão inseridas. O artigo advoga pela revisão do formulário de notificação de atos de concentração do CADE, com a inclusão de item específico sobre concentração no mercado relevante de trabalho e existência de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho.

Palavras-Chave: Não-Concorrência; Concorrencial; Direito do Trabalho; Restrição; Empregados.

Abstract: The paper arguments that covenant not to compete included in employment agreements should be scrutinized by the competition authorities in case some requirements are met. The recent probe started by CADE in the healthcare sector must be seen as an alert of the impact that such covenants may pose in the economic sectors in which they are present. The paper advocates for the revision of the mandatory merger submission form, by including specific wording requiring the merging parties to disclose potential impacts to relevant labor markets and the existence of non-compete agreements in their employment contracts.

Keywords: Non-Compete; Competition Law; Labor Law; Restriction; Workers.

1. Introdução

Contratos não são fins em si mesmo, mas existem para cumprir as funções econômico-sociais que as partes celebrantes elegem dar ao instrumento contratual. Da mesma forma que o brocardo assenta que não existem

¹ LL.M. pela Yale Law School (2022). Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP (2018) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2015). Professor em cursos de pós-graduação no IBMEC/SP e Insper. Non-Governmental Advisor na International Competition Network. Advogado. Contato: renzetti@usp.br.

palavras inúteis nas leis², pode-se dizer que também não há termos inúteis nos contratos. O instrumento contratual institui direitos e deveres para as partes contratantes, limitando, assim, o escopo de suas ações. Os contratantes voluntariamente decidem restringir sua conduta individual para favorecer comportamentos adequados à consecução do objetivo contratual³.

No direito concorrencial, contratos como os de distribuição e de exclusividade estão presentes corriqueiramente. Há, entretanto, um tipo contratual que costuma passar despercebido da análise concorrencial: os contratos de trabalho, celebrados entre empregador e empregado⁴.

A aproximação entre direito concorrencial e direito do trabalho já foi classificada como improvável⁵ – especialmente no contexto brasileiro, no qual cada uma das áreas sofre forte influxo ideológico de diferentes matizes – mas não é, de forma alguma, inesperada. Contratos de trabalho possuem suas particularidades, mas isso não os torna imunes ao direito concorrencial.

Há diversos vasos comunicantes entre direito do trabalho e defesa da concorrência, tais como a negociação coletiva, cartéis de fixação salarial, concentração no mercado de trabalho e o exercício do poder de monopsonio. Não por acaso, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) escolheu o tema de *Competition Issues in Labour Markets* como um dos principais assuntos de seu *Competition Open Day* de 2020⁶. O Brasil foi um dos países que contribuiu com um relatório nacional⁷.

Um dos maiores pontos de intersecção entre o direito do trabalho e o direito da concorrência está na análise das cláusulas de não-concorrência (*non-compete agreements*) e cláusulas de não-solicitação (*no-poach*

² *Verba cum effectu accipienda sunt.*

³ FURQUIM, Paulo de Azevedo. *Contratos: uma perspectiva econômica*, p. 4. 2005. Disponível em: < <https://www.researchgate.net/publication/322722260>>

⁴ De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, o “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.” (art. 442).

⁵ RIVERA, Amanda A. L. M.; DOMINGUES, Juliana O.; SOUZA, Nayara M. S.; O Improvável Encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. In.: *Revista do IBRAC*, vol. 24, n. 2, 2019.

⁶ Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>.

⁷ OECD. *Competition Issues in Labor Markets – Note by Brazil*, 2020. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)51/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)51/en/pdf).

agreements). Ambas são cláusulas que restringem a livre movimentação do trabalhador entre companhias concorrentes, de uma ou outra maneira. Elas possuem racional econômico próprio para sua estipulação, mas isso não garante a elas qualquer imunidade antitruste. Seus efeitos deletérios ao mercado devem ser objeto de análise das autoridades de defesa da concorrência.

Em âmbito global, a discussão sobre os possíveis efeitos sociais perversos que cláusulas de não-concorrência possuem sobre mercados de trabalho está na pauta das autoridades antitruste americanas, clamando por uma maior aplicação das leis concorrenciais sobre esta questão. Em 2019, houve a publicação do *The Utah Statement*, elaborado por diversos estudiosos do antitruste, propondo mudanças na doutrina e aplicação da legislação antitruste americana. Entre estas mudanças, destaca-se o reconhecimento da necessidade de atuação mais incisiva do antitruste em mercados de trabalho⁸. Mais recentemente, a proposta de lei apresentada pela senadora Amy Klobuchar⁹, a Ordem Executiva do Presidente Joe Biden¹⁰ e o memorando da presidente do FTC, Lina Khan¹¹, sobre as prioridades da agência abordam o tema dos

⁸ Os autores do *The Utah Statement* asseveram que “the markets for labor – and in particular problems caused by labor market monopsony – should be subject to robust antitrust enforcement, and enforcers should treat business structures that restrict alternatives for or coerce working Americans as suspect”. (WU, Tim. *The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech*. Disponível em: <https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>>).

⁹ No preâmbulo do projeto de lei, lê-se: “Sec. 2. Findings and Purposes. (a) Findings – Congress finds that (...) (8) monopsony power or seller market power allows a firm to force suppliers of goods or services to accept below market prices or to force workers to accept below market wages, resulting in lower quality products and services, reduced opportunities for suppliers and workers, reduced availability of products and services for customers, reduced innovation, foreclosure of competitors, and increased entry barriers.” Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/225>.

¹⁰ Vide, por exemplo, Seções 5(f) e 5(g) da Ordem Executiva (*Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*). Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>.

¹¹ “We have seen how market power abuses and consumer protection concerns can emerge when one-sided contract provisions are imposed by dominant firms. Non-competes, repair restrictions, and exclusionary clauses are just some of the terms we have heard about in our public comments. Consumers, workers, franchisees, and other market participants are at a significant disadvantage when they are unable to negotiate freely over terms and conditions. Focusing on contractual provisions in these contexts should help surface the types of restrictions or requirements that hamper a free and fair economy”. (*Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC*, September 22, 2021.

impactos econômicos a que trabalhadores estão expostos em mercados de trabalho concentrados e que lancem mão de acordos de não-concorrência.

O presente artigo estuda somente o fenômeno das cláusulas de não-concorrência como uma restrição contratual à livre concorrência¹². Considerando que as cláusulas de não-concorrência significam uma alteração na competição *no* mercado, justifica-se que se faça uma análise do tema com as lentes do direito antitruste. Para tanto, o artigo lança mão de quatro seções, além desta breve introdução, para melhor organizar a argumentação. Primeiro, faz-se um esclarecimento prévio necessário sobre o escopo deste trabalho. Segundo, verificam-se as principais justificativas econômicas para a imposição de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho. Em seguida, analisa-se como o direito do trabalho aborda o tema das cláusulas de não-concorrência. Quarto, relata-se como tais cláusulas afetam a concorrência e mobilidade do trabalhador, demandando maior análise e escrutínio das autoridades da concorrência. A quinta seção aborda a recente investigação aberta pelo CADE no tema. A última seção do artigo conclui.

2. Esclarecimento prévio: o entendimento comum sobre cláusula de não-concorrência no direito brasileiro

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.147, possui disposição específica sobre não-concorrência nos casos de trespasse de estabelecimento comercial¹³. Trata-se, aqui, de regra geral a ser aplicado aos casos somente, e tão-somente, de trespasse de estabelecimento e quando não exista disposição específica no contrato¹⁴.

Disponível em: <https://www.ftc.gov/public-statements/2021/09/memo-chair-lina-m-khan-commission-staff-commissioners-regarding-vision>).

¹² Considerando o recorte metodológico do presente artigo, principalmente o estudo comparado com o direito do trabalho e a análise de caso perante o CADE, não serão analisadas as cláusulas de não-solicitação (no-poach agreement), mas somente as cláusulas de não-concorrência.

¹³ “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento comercial não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência.”.

¹⁴ Sobre o artigo 1.147, dispõe Gonçalves Neto: “A solução aqui aventada é para ser adotada quando houver omissão contratual. Aliás, admitindo que as partes pactuem livremente a respeito, a lei faculta que cláusulas contratuais aumentem ou reduzam o lapso de interdição, delimitem apropriadamente a região, os negócios por ela atingidos, etc”. (GONÇALVES NETO, Alfredo Assis de. *Direito de Empresa*, p. 636).

O objetivo de tais cláusulas em uma situação de *trespasse* é evidente: impedir que o alienante do estabelecimento, detentor de *know-how* para o desenvolvimento do negócio, assim como de bom relacionamento com fornecedores e clientes, goze de posição mais vantajosa no mercado, impondo desvantagem competitiva para aquele que adquiriu o estabelecimento. Trata-se de proteção à boa-fé objetiva das partes, com o objetivo de evitar que os contratantes se comportem de maneira desleal¹⁵.

Paula Forgioni é enfática ao defender a impossibilidade de interpretação extensiva do dispositivo legal para além das situações de *trespasse*¹⁶. A interpretação da cláusula de não-concorrência deve sempre ser restritiva. Tal restrição ocorre devido ao fato de a cláusula de não-concorrência obstar o exercício da livre iniciativa e da livre concorrência, elementos basilares da ordem econômica constitucional brasileira.

Não por outro motivo, as cláusulas de não-concorrência são objeto de intenso escrutínio por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”). No âmbito do controle de estruturas, os formulários de notificação presentes nos anexos na Resolução CADE n. 33/2022 obrigam as partes de um ato de concentração a abrirem ao CADE quaisquer cláusulas restritivas à concorrência que existam nos instrumentos contratuais da operação, sendo a cláusula de não-concorrência citada expressamente como um exemplo. Da mesma forma, o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal (“Guia H”)¹⁷, possui seção específica sobre a cláusula de não-concorrência. O Guia H dispõe claramente que o CADE entende que as cláusulas de não-concorrência configuram restrição à livre iniciativa e à livre concorrência, com exceção do entendimento a cláusulas que visem a garantir o fundo de comércio ou o estabelecimento de uma *joint-venture*¹⁸.

¹⁵ SILVA, Márcia Luisa da; SILVA NETO, Orlando Celso da. *A Cláusula de Não-Concorrência como Elemento Indicativo de Gun-Jumping*, p. 174.

¹⁶ Ao comentar o artigo 1.147, assenta Paula Forgioni: “Note-se bem que essa regra é específica para o caso de *trespasse* do estabelecimento. Aplicá-la às hipóteses de alienação de controle de sociedades comerciais requer interpretação extensiva de dispositivo legal altamente limitador da livre iniciativa e da livre concorrência. Isso não é possível, tendo em vista os ditames constitucionais”. (*Contratos Empresariais*, p. 290).

¹⁷ Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>

¹⁸ O CADE inclusive possui entendimento sumulado sobre o tema: “Súmula 4 – É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint-venture*, desde que guarde relação

Percebe-se, portanto, que as discussões sobre cláusulas de não-concorrência, seja no âmbito do Direito Civil, seja no âmbito do Direito Concorrencial, estão reservadas às questões relacionadas ao trespasse de estabelecimento e ao controle de estruturas a partir da análise de atos de concentração. Não se verificam discussões sobre cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho, com o intuito de obstar a mobilidade do empregado entre empresas concorrentes. É nesta chave que o presente artigo se desenvolve, a fim de averiguar os efeitos anticompetitivos que cláusulas de não-concorrência em contratos individuais de trabalho podem trazer para o mercado em que estão inseridos e a redução de bem-estar do trabalhador.

3. Justificativas econômicas para as cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho

Enzo Roppo há muito já se preocupava com a relação entre o contrato-conceito jurídico e o contrato-operação econômica. Para o autor, ainda que não se tratasse de sinônimos, era indispensável reconhecer que o contrato existe em função da operação econômica e que sem ela se torna vazio, sem sentido. Em sua célebre formulação, o contrato seria a vestimenta de uma relação econômica¹⁹. Tem-se, portanto, que os contratos existem para cumprir a função de facilitar a circulação voluntária de riqueza.

Cumpra salientar, entretanto, que os efeitos dos contratos não se cingem somente às partes que celebram o contrato, seja o instrumento bi ou plurilateral. Terceiros podem estar sujeitos aos efeitos de um contrato, ainda que

direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação.” e “Súmula 5 - É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio.” (Publicadas no Diário Oficial da União de 09 de dezembro de 2009).

¹⁹ “Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou veste exterior, e prescindido da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se querem tutelar e prosseguir”. (ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 9).

não estejam a ele vinculados: é isto que a literatura denomina como externalidade – tanto negativa quanto positiva.

Isto também ocorre nos contratos de trabalho. Cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho geram efeitos para além da relação empregado-empregador, na medida em que sua imposição diminui a mobilidade do empregador, afetando a competição nos mercados como um todo²⁰.

De acordo com Eric Posner, as imposições de cláusulas de não-concorrência devem ser avaliadas a partir de um teste de “razoabilidade” (*reasonableness test*): a cláusula somente seria válida (*enforceable*) caso as restrições impostas no emprego não sejam mais onerosas do que aquelas necessárias para proteger o legítimo interesse de negócios do empregador²¹. Tais legítimos interesses podem, então, ser divididos em dois: investimentos em capital humano e investimento em ativos intangíveis.

Sobre o primeiro interesse, Eric Posner, citando Gary Becker, explica que as empresas teriam maiores incentivos para investir em habilidades específicas do que gerais de seus empregados, pois assim tornaria mais difícil a mobilidade de emprego, dada a especificidade do treinamento recebido pelo empregado. Para Becker, seria mais racional que o próprio empregado investisse em seu treinamento de habilidades gerais, aumentando seu potencial de ser contratado por uma variedade maior de empresas²². Todavia, de acordo com Posner, a teorização de Becker não seria condizente com a realidade, pois há exemplos de empregadores que investem em habilidades gerais de seus empregados: escritórios de advocacia, por exemplo, treinam seus estagiários para que possam elaborar petições e participar de audiências, por exemplo. Estas habilidades não são específicas ao local de trabalho dos estagiários, os quais irão levar consigo o treinamento caso mudem de empregador²³. As cláusulas de *non-compete* surgem, então, como uma forma de solucionar a questão relativa aos incentivos para treinamento de habilidades gerais. De acordo com

²⁰ POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 17.

²¹ POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 18.

²² POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 10.

²³ POSNER, Eric. *How Antitrust Failed Workers*, p. 96.

Rubin e Shedd²⁴, a imposição de cláusulas de não-concorrência garante que o investimento feito pelo empregador no empregado não estará à disposição de outra empresa concorrente, simplesmente pelo fato que há uma restrição contratual na possibilidade de mobilidade do empregado.

Sobre a segunda categoria de investimentos, Eric Posner explica que os empregadores possuem duas classes de ativos intangíveis que podem ser facilmente expropriados ou destruído pelos empregados: os segredos industriais e as relações com consumidores²⁵.

Um possível problema surge quando um empregado, que possui conhecimento sobre os segredos industriais, deixa a empresa e é contratado por um concorrente. Nessa situação, a cláusula de não-concorrência protegeria a empresa deste perigo. Outra situação diz respeito à carteira de clientes de uma empresa. É comum que os clientes desenvolvam relações de confiança com a empresa a partir do empregado que a representa, de forma que se o empregado muda de emprego, o cliente também muda de empresa. Isso ocorre porque o empregado se torna mais importante para o cliente do que a própria empresa. Assim, para evitar tais situações, as empresas também podem empregar cláusulas de não-concorrência²⁶.

Tem-se que as cláusulas de não-concorrência são utilizadas, nessas situações, como um mecanismo adicional pelos empregadores para se protegerem da mobilidade dos empregados. De acordo com Posner, isso ocorre devido ao fato de os empregadores entenderem que os custos de transação (ou fricções) naturais da mudança de emprego não seriam suficientes para coibir os incentivos que os empregados teriam para buscar recolocação em outras companhias. Entretanto, Posner também aponta que tais justificativas não são necessariamente verdadeiras. O mercado de trabalho possui, sim, fricções

²⁴ RUBIN, Paul H.; SHEDD, Peter. Human Capital and Covenants Not to Compete. *The Journal of Legal Studies*, vol. 10, n. 1, (Jan., 1981).

²⁵ POSNER, Eric. *How Antitrust Failed Workers*, p. 98.

²⁶ “The historical justification for employee noncompete agreements is that they limit various forms of free riding. In particular, employees might receive costly on-the-job training or knowhow that they could then port uncompensated to a new employer. Alternatively, an employee might learn trade secrets, including such things as customers lists, that could be shared with a new employer to the older employer’s detriment. As a result, the law of employee non-competition agreements has frequently been assessed as a type of a quasi-intellectual property protection”. (MARINESCU, Ioana; HOVENKAMP, Herbert J. Anticompetitive Mergers in Labor Markets. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2019, p. 1055).

suficientes para obstar que trabalhadores mudem de emprego facilmente. Um exemplo de tais fricções é a grande concentração no mercado de trabalho, de forma que se torna difícil mudar de emprego porque não há empregadores suficientes e porque as vagas disponíveis são bastante escassas²⁷.

Assim, há justificativas econômicas razoáveis para imposição de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho, mas também há dúvidas relevantes quanto à necessidade e efetividade de tais cláusulas. Em mercados altamente concentrados as cláusulas de *non-competes* aparentam não ser necessárias para coibir a mobilidade de emprego, considerando as características do mercado em que os empregados estão inseridos: trabalhadores não conseguem trocar de emprego simplesmente porque não há outros empregadores disponíveis. Além disso, deve-se sublinhar que as cláusulas de não-concorrência privam os trabalhadores de outras possíveis oportunidades de emprego, reduzindo seu poder de barganha e bloqueando sua mudança para posições com melhores salários. Este cenário leva ao entendimento de que a necessidade de imposição de *non-competes* em contratos de trabalho, com o objetivo de proteger os interesses legítimos do empregador, deve também levar em consideração as estruturas do mercado em que a empresa atua, para que não se imponha um ônus excessivo e injustificado ao empregado.

4. As cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho no direito brasileiro

Cláusulas de não-concorrência não são novas para o direito brasileiro, mas raramente são discutidos no âmbito de contratos individuais de trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”), em seu artigo 444, dispõe que as relações contratuais de trabalho são de livre estipulação das partes interessadas, *em tudo que não contravenha as disposições de proteção ao trabalho*. Dessa forma, a investigação sobre a inserção de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho deve se pautar por tais parâmetros. A

²⁷ “If real-world labor market frictions often prevent employers from switching jobs, then these frictions should also enable employers to invest in general human capital and intangible assets like good will and trade secrets. A noncompete is necessary only to the extent that those frictions fall short. The benefit of a noncompete should thus be understood in marginal terms”. (POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 14).

primeira constatação a que se chega é que não existe vedação *formal* e *expressa* para a inserção de tais cláusulas nos contratos individuais de trabalho.

Mais ainda, a CLT parece compreender o racional econômico de cláusulas de não-concorrência em contratos individuais de trabalho. Como visto acima, principal justificativa para tais cláusulas é exatamente a proteção de segredos de empresa e propriedade intelectual. Este racional também é aplicado pelo diploma trabalhista, ao listar como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho o “*ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado*” e a “*violação de segredo de empresa*” (artigo 482 da CLT).

O tema também já foi amplamente estudado pela literatura especializada do direito do trabalho. Sergio Pinto Martins define a cláusula de não-concorrência como aquela que “compreende a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o empregador”²⁸.

Assim, procedendo o cotejo do artigo 444 com o artigo 482, tem-se que não há vedação legal para a inclusão de cláusulas de não-concorrência em contratos individuais de trabalhos. Adicionalmente, analisando o todo do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que o artigo 122 do Código Civil dispõe que são lícitas, em geral, todas as condições do negócio jurídico não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Neste cenário, a conclusão é que se admite a inserção de cláusulas de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho.

Entretanto, esta possibilidade não é irrestrita. O Tribunal Superior do Trabalho (“TST”) possui entendimento que reconhece a validade da estipulação de cláusula de não-concorrência, desde que respeitadas algumas condições, tais como a estipulação de limitação territorial, vigência por prazo certo e vantagem que assegure o sustento do empregado durante o período de não-concorrência pactuado²⁹. Além disso, a cláusula de não-concorrência

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*, p. 130.

²⁹ TST - RR: 10660320145120022, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 30/08/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/09/2017. Veja também: TRT 3ª R.; ROT 0011402-65.2017.5.03.0134; Oitava Turma; Rel. Des. Márcio Ribeiro do Valle; Julg. 14/08/2020; DEJTMG 17/08/2020; TRT 6ª R.; RO 0001457-64.2016.5.06.0018; Quarta Turma; Relª Desª Ana Cláudia Petruccilli de Lima; DOEPE 14/03/2019. Em sentido semelhante, afirma Sergio Pinto Martins: “Será nula a cláusula do contrato de trabalho que determinar a não-concorrência se não atender cumulativamente aos seguintes requisitos: não conter

estabelece obrigações recíprocas tanto para o empregado quanto para o empregador, gerando efeitos para ambas as partes no caso de descumprimento³⁰.

Percebe-se, assim, que a legislação trabalhista não veda a inserção de cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. Todavia, partindo da premissa de hipossuficiência do empregado e considerando a assimetria de informações entre as partes de um contrato de trabalho, a jurisprudência dos tribunais entende pela necessidade de observância de alguns requisitos que sejam capazes de proteger o trabalhador, prestando uma contrapartida à impossibilidade de se movimentar livremente no mercado de trabalho devido às restrições contratuais.

5. Cláusulas de não-concorrência e sua análise sob o direito antitruste

Eric Posner argumenta que em mercados competitivos os salários deveriam aumentar quando cláusulas de não-concorrência são incluídas nos contratos de trabalho, por uma razão simples: o empregador deve compensar o empregado por impor restrições à sua mobilidade no mercado de trabalho³¹, em proposição muito semelhante àquelas feitas pelas cortes da Justiça do Trabalho, como apontado acima. De forma contra-intuitiva, Posner também demonstra que a pesquisa empírica tem provado ao contrário: salários costumam diminuir em estados norte-americanos que fazem o *enforcement* das cláusulas

indenização pela impossibilidade do exercício da atividade, for estabelecida por tempo excessivo, não for fixada a região e a atividade em que é vedada a concorrência”. (MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*, p. 134).

³⁰ “A cláusula de não concorrência é a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o empregador, tratando-se, pois, de uma obrigação de natureza moral e de lealdade. Essa pactuação especial no contrato de trabalho, insere no âmbito da esfera dos interesses privados do empregador e do empregado, deve ser considerada válida, levando-se em consideração a boa-fé e a razoabilidade contratual. A previsão de não concorrência impõe obrigações recíprocas para as partes e deve ser regulamentada a fim de que possa gerar efeitos tanto para o empregador quanto para o empregado no caso de descumprimento”. (TST; AIRR 0011496-87.2013.5.01.0205; Segunda Turma; Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta; DEJT 21/02/2020; Pág. 2673).

³¹ Como visto, a legislação trabalhista brasileira parece ter encontrado uma solução para esta situação, ao exigir a existência de indenização pela impossibilidade de exercício de atividade laboral, sob pena de declaração de invalidade da cláusula de não-concorrência.

de não-concorrência³². Os motivos para isso estão intrinsicamente ligados à concentração e redução da competição nos mercados de trabalho.

Aqui é necessário apresentar o conceito de monopsonio nos mercados de trabalho. Tradicionalmente, o poder de monopsonio se refere à situação quando há apenas um comprador ou consumidor do produto no mercado relevante sob análise, de forma que tal consumidor é capaz de ditar os preços que pretende pagar aos fornecedores, os quais não possuem alternativa a não ser aceitar vender o produto por aquele preço. Algo semelhante acontece nos mercados de trabalho. Hipoteticamente, caso exista somente um empregador disponível em dada região, tal empregador deterá poder de mercado suficiente para oferecer salários abaixo do valor competitivo e mesmo assim possuir demanda para suas vagas de emprego³³. Novamente lançando mão das lições de Eric Posner, tem-se que há três fontes primordiais do poder de monopsonio nos mercados de trabalho: custos de oportunidade para a procura de um novo emprego (*search frictions*), diferenciação de empregos e concentração do mercado de trabalho.

Custos de oportunidade dizem respeito às dificuldades que um trabalhador enfrenta para encontrar um emprego. Procurar um emprego não é algo simples e demanda bastante tempo por parte do trabalhador. Esta situação cria uma vantagem para o atual empregador: por saber dos custos associados à mudança de emprego, o empregador sabe que os incentivos para que seu empregado mude de emprego são pequenos, de forma que o empregador poder diminuir e até mesmo deixar de aumentar o salário do empregado por saber que ele não irá buscar uma posição diferente.

O segundo fator aborda as características distintivas de cada emprego. Está a se falar aqui tanto de conveniências oferecidas aos empregados – desde refeitórios até transporte – quanto também outros fatores além do

³² POSNER, Eric. Antitrust's Labor Market Problem. *ProMarket*. November 8, 2021.

³³ “In a perfectly competitive labor market each worker would receive the marginal value of his or her labor. But the firm with market power in the market where it purchases labor will suppress its purchases, driving the wage down. Compared to a perfectly competitive labor market, monopsony leads to lower employment and lower wages. *Ceteris paribus*, lower employment also entails lower production on the output (product) side. Ultimately, imperfect competition in the labor market has the same kind of depressing effect on production as imperfect competition in the product market”. (MARINESCU, Ioana; HOVENKAMP, Herbert J. Anticompetitive Mergers in Labor Markets. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2019, p. 1038).

salário que os empregados levam em consideração no momento de aceitar uma oferta de emprego, como a localização do local de trabalho. Empregadores possuem incentivos para se diferenciarem de seus competidores, evitando que sua mão de obra se torne *commodity*, podendo ser aplicada em qualquer outra empresa do ramo. Além disso, políticas de fidelização do emprego, a partir da cultura corporativa do local de trabalho, também são instrumentos úteis para manter o empregado³⁴.

Por fim, a concentração do mercado trabalho seja talvez a principal causa de existência do poder de mercado de empresas nas relações de trabalho. Uma única firma maximiza seus lucros ao optar por pagar aos empregados um salário menor que o salário teoricamente competitivo para o mercado. Isso ocorre porque a empresa está ciente que os empregados não podem se demitir e conseguir outro emprego, pois não há empregadores suficientes para suportarem a demanda de força de trabalho. Dessa forma, o emprego deve aceitar o salário reduzido ou enfrentar as dificuldades inerentes à busca de recolocação.

Esta situação se torna ainda mais preocupante quando cláusulas de não-concorrência são utilizadas pelos empregadores, criando obstáculos adicionais para a mobilidade do empregado, o que causa danos não somente ao próprio empregado, mas também ao mercado de trabalho como um todo, pois há um custo social associado às cláusulas de não-concorrência.

Primeiro, o *non-competes* cria um custo adicional para o empregado, na medida em que o obriga a continuar trabalhando para seu empregador atual, em que pese existir uma oferta melhor de outro empregador. Isto fica ainda mais evidente quando se constata que raramente os empregados possuem poder de barganha para pleitear um aumento em seus rendimentos devido à inclusão da cláusula de não-concorrência nos contratos – e, por muitas vezes, nem sabem que estão vinculados a tais cláusulas.

³⁴ “Não necessariamente o empregador precisa agir diretamente sobre o salário para diminuir o poder de barganha do empregado. Ele pode recorrer a práticas que restringem a concorrência, tais como a imposição de exclusividade para com seus funcionários, proibindo-os de trabalhar para outras empresas, ou a criação de mecanismos de exclusividade ou fidelização de fato, tais como recompensas crescentes pelo tempo de serviço – o que por outro lado também pode ser benéfico para o empregado”. (FRADE, Eduardo Frade; MACHADO, Henrique Felix. Antitruste e mercado de trabalho. *Jota*, 24.09.2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrenca-regulacao/antitruste-e-mercado-de-trabalho-24092020>>).

Em pesquisa realizada por Starr, Prescott e Bishara em 2014, esta situação se tornou mais clara a partir de dados empíricos³⁵. Os autores entrevistaram 11.505 trabalhadores com o objetivo de avaliar qual a fração de trabalhadores sujeitos a cláusulas de não-concorrência, como se dava o processo de negociação de tais cláusulas e como elas afetam o mercado de trabalho como um todo. De acordo com os dados da pesquisa, cerca de 38,1% dos entrevistados afirmaram já ter assinado uma cláusula de não-concorrência em algum momento de suas vidas e cerca de 28 milhões de indivíduos estavam vinculados a cláusulas de *non-competes* no período de realização da pesquisa em 2014.

Cláusulas de não-concorrência podem resolver problemas de incentivos, mas também podem ser consideradas como a origem de efeitos anticompetitivos, funcionando como verdadeira restrição concorrencial entre as empresas, causando redução salarial dos empregados e também reduzindo a livre circulação de informações nos mercados³⁶.

Entretanto, em que pese existir evidências claras dos efeitos deletérios causados por *non-competes* nos mercados de trabalho, ainda há muita reticência quanto a procedimentos antitruste que abordem diretamente este tema. Eric Posner, comentando a realidade do *caselaw* norte-americano, relata que as bases de dados não possuem qualquer registro sobre empregados que conseguiram questionar suas cláusulas de não-concorrência nas cortes americanas³⁷.

³⁵ STARR, Evan; PRESCOTT, J. J.; BISHARA, N. Noncompetes in the U.S. Labor Force. *University of Michigan Law & Economics Research Paper*, no. 18-013, 2019.

³⁶ Sobre a utilização de cláusulas de não-concorrência para fins anticompetitivos, Starr, Prescott e Bishara afirmam: “Employers might even deploy noncompetes when they are entirely unenforceable (because they are not relying on actual enforceability to align incentives), hoping instead that the *in terrorem* effects of the contract will hold employees to their (unenforceable) promises. This view also challenges the notion that employees will be adequately compensated for entering into a noncompete: employers may impose a noncompete requirement only *after* an applicant has accepted an employment offer, often on the first day of the job, when the employee’s bargaining power is much diminished”. (STARR, Evan; PRESCOTT, J. J.; BISHARA, N. *Noncompete agreements in the U.S. Labor Force*, p. 2).

³⁷ Recentemente, a Suprema Corte americana abordou o tema do monopólio em mercados de trabalho e os possíveis efeitos anticompetitivos que podem surgir de seu exercício. Sobre o tema, cf. RENZETTI, Bruno. What does *NCAA v. Alston* tell us about antitrust and labor markets? In.: *ProMarket – The Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business*, July 09, 2021. Disponível em: <<https://promarket.org/2021/07/09/ncaa-alston-scotus-antitrust-labor-monopsony/>>

Para o autor, há alguns motivos específicos para tanto. Primeiramente, argumenta-se que os efeitos das cláusulas de não-concorrência são *de minimis* e eminentemente privados, sem maiores reflexos para a coletividade, de forma que não deveriam ser analisados pelas lentes do direito antitruste. No ambiente brasileiro, tal justificativa muito se assemelha às questões de lide privada, hipótese expressa de afastamento de competência do CADE, de acordo com o art. 134, §2º, do Regimento Interno do CADE.

Posner também aponta que a forma de interpretação das cláusulas de não-concorrência contribui para este cenário. As cortes costumam analisar *non-competes* sob a regra da razão e não empregam a interpretação *per se*. Esta dinâmica cria um grande ônus da prova para autores dos processos antitruste, que possuem dificuldades para provar os danos causados pela cláusula, principalmente quando o autor é um empregado individualmente considerado. O autor argumenta que *non-competes* deveriam ser considerados como infrações por objeto, pois a literatura já foi capaz de demonstrar que cláusulas de não-concorrência causam efeitos anticompetitivos no mercado – por exemplo, redução de salários. Mesmo que não se aceite a análise *per se*, parece ser razoável que as cortes flexibilizam os requisitos para a análise sob a regra da razão, como a necessidade de existência de poder de mercado para tais casos específicos.

6. A posição inicial do CADE sobre o tema: o caso do setor de healthcare

A discussão sobre aplicação do Direito da Concorrência a questão relativas ao mercado de trabalho tomou novos contornos no cenário brasileiro com a instauração do Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61, envolvendo práticas anticompetitivas no mercado brasileiro de trabalhadores empregados na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para a saúde, conhecidos também como serviços de *healthcare*. A instauração do Processo Administrativo foi lastreada no arrazoado produzido pela CGAA8 e consubstanciado em sua Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE.

O grande mérito da Nota Técnica está em reconhecer que os mercados de trabalho podem, sim, ser objeto de condutas anticompetitivas, tendo como prejudicados os trabalhadores do mercado em questão. Citando muitos dos textos e estudos já apontados neste artigo, a Nota Técnica navega por

temas como acordos de fixação de remuneração, acordos de não-contratação de trabalhadores (*no-poach agreements*), trocas de informações sensíveis, cláusulas de não-concorrência e formas de abuso do poder de monopólio.

A Nota Técnica deixa clara a posição da Superintendência-Geral com relação a alguns destes temas. Primeiro, o documento deixa claro que acordos de fixação de remuneração entre diferentes empregadores (que não se restringem somente aos salários percebidos pelos empregados, mas também outros benefícios oferecidos a eles) devem ser considerados como infrações por objeto³⁸, de forma semelhante a um cartel ou influência à adoção de conduta comercial uniforme³⁹. Da mesma forma, acordos de não-solicitação de empregados são considerados como conduta colusiva, reclamando a aplicação da teoria de infração por objeto também nesta ocasião.

Todavia, ao analisar as particularidades da conduta, a Nota Técnica elenca duas possíveis exceções à ilicitude pelo objeto em *no-poach agreements*: em situações de franquia e nas alienações de empresas, estabelecimentos e fundos de comércio. Com relação à primeira exceção, a Nota Técnica se alinha às conclusões esposadas por Marinescu e Hovenkamp em artigo específico sobre o tema, de forma que não será objeto de comentários neste artigo. Por outro lado, faz-se necessário tecer comentários sobre a forma que a Nota Técnica maneja a segunda exceção apresentada.

Nos parece que a Nota Técnica em comento errou ao elencar que acordos de não-solicitação podem ser permitidos entre contratantes nos casos de alienações de empresas, estabelecimentos e fundos de comércio. Para tanto, utilizou como base legal o art. 1.147 do Código Civil, o qual, como visto na parte inicial deste texto, se refere às cláusulas de não-concorrência entre adquirente e alienante em casos de trespasse de estabelecimento comercial. Não se trata, aqui, de situações de não-contratação, mas sim de não-concorrência. E a própria Nota Técnica assim reconhece, pois, logo após citar o art. 1.147 como exceção à não-contratação, diz que “as cláusulas de não competição

³⁸ “66. O tratamento por objeto se justifica porque essas condutas eliminam a concorrência da mesma forma irremediável que os acordos para fixar preços de produtos ou alocar clientes, que tradicionalmente têm sido investigados e processados como infrações de cartéis. Não há, assim, sequer a necessidade de se perquirir os efeitos da conduta, visto a presunção de ilicitude pelo próprio objeto anticompetitivo da prática”. (Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE)

³⁹ Com enquadramento no art. 36, I ou II ou, ainda, no art. 36, §3º, I e II, da Lei nº 12.529/2011.

entre adquirente e alienante são objeto de duradoura preocupação do Cade (...) A prática do Cade nesta situação, portanto, é exigir que as restrições à disputa sejam diretamente relacionados e necessárias à implementação de uma transação”. Em seguida, a Nota Técnica cita precedentes do CADE sobre situação de não-competição para embasar sua opinião sobre acordos de não-contratação.

Ainda que a Nota Técnica traga, em seu tópico II.1.3.2.1., uma seção específica sobre Cláusulas de Não Concorrência, nota-se que houve certo equívoco no manejo dos conceitos de não-contratação e não-concorrência, acarretando também em imprecisões quanto as situações em que seriam aplicadas as exceções do tratamento por objeto para cada uma das situações.

Como visto, a Nota Técnica elencou o art. 1.147 do Código Civil como uma defesa no que se refere à classificação como infração por objeto pela utilização de cláusulas de não-contratação. No entanto, tal posicionamento não parece correto. Em verdade, o referido dispositivo do Código Civil deve ser utilizado como uma exceção para as situações de *não-concorrência*. Salienta-se que a imprecisão do manejo dos termos é corroborada pela citação, na própria Nota Técnica, das Súmulas 4 e 5 do CADE, editadas em 2009, mas que versam somente sobre não-concorrência.

Cláusulas de não-concorrência e cláusulas de não-solicitação são ambas capazes de gerar efeitos anticompetitivos nos mercados de trabalho em que estejam inseridas, mas isto não significa dizer que sejam idênticas. Cada uma das disposições possui particularidades importantes e que devem ser analisadas de maneira detalhada pelas autoridades da concorrência quando se depararem com casos que assim exijam.

7. Conclusão

A discussão que floresce nos Estados Unidos é relevante para o cenário brasileiro, mas não se aventa a possibilidade de um simples transplante jurídico, dada as particularidades do antitruste em cada jurisdição. Cláusulas de não-concorrência não são ilegais no Brasil, seja pela ótica do direito trabalhista ou pelas lentes do direito concorrencial. Relações de trabalho devem ser levadas em consideração tanto no controle de condutas quanto de estruturas. O risco da criação de monopônios em mercados de trabalho também deve ser

levado em consideração em atos de concentração em mercados específicos. Mercados relevantes considerados como “nichos”, que possuem a atuação de poucas empresas, devem ser objeto de maior atenção pela autoridade da concorrência. Como exemplo, basta verificar que umas das primeiras investigações sobre cláusulas de não-solicitação nos Estados Unidos foi no Vale do Silício entre empresas líderes do segmento de tecnologia⁴⁰.

Além do controle de condutas, maior escrutínio durante o controle de estruturas também se mostra como uma solução possível para melhor identificar preocupações relacionadas aos mercados de trabalho afetados por um ato de concentração. Tem-se aqui potencial para ampliação do formulário de notificação presente na Resolução nº 33/2022, com a adição de requerimentos que digam respeito aos possíveis impactos do ato de concentração nos mercados de trabalho afetados pela operação. Sugere-se que haja a adição de requerimentos específicos no formulário exigindo que as partes envolvidas apresentem estimativas sobre o número de trabalhadores impactados pela operação, bem como possíveis alterações em seus contratos de trabalho decorrentes do ato de concentração.

Espera-se que a maior proeminência de plataformas digitais como intermediadoras de relações de trabalho também reforce a discussão acerca do poder de mercado na “dimensão trabalho”⁴¹. Da mesma forma, atos de concentração do tipo *acquihring* podem também trazer à tona discussões relativas a relações de trabalho e mobilidade de trabalhadores.

Não há mais espaço para se falar entre distanciamento do direito concorrencial e direito do trabalho. As relações de trabalho, consagradas no contrato individual de trabalho, possuem efeitos para além das partes que o celebram. É necessário que a autoridade brasileira da concorrência esteja atenta para estes arranjos, avaliando a existência de cláusulas restritivas de mobilidade do trabalhador em atos de concentração e na avaliação de potenciais condutas anticompetitivas nos diversos mercados de trabalho.

⁴⁰ MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. Why Has Antitrust Failed Workers? *Cornell Law Review*, vol. 105, n. 5, p. 1344.

⁴¹ Sobre o tema, cf. relatório elaborado pelo *Thurman Arnold Project* da Universidade de Yale, abordando exatamente questões relacionadas sobre antitruste e mercados de trabalho no ambiente da *gig economy*. Disponível em: < <https://som.yale.edu/sites/default/files/TeamLabor-Final.pdf> >.

Bibliografia

ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. *Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC*, September 22, 2021. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/public-statements/2021/09/memo-chair-lina-m-khan-commission-staff-commissioners-regarding-vision>>

ESTADOS UNIDOS. White House, *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy>>

FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª ed., rev., ampl. e atual, 2019.

FRADE, Eduardo Frade; MACHADO, Henrique Felix. Antitruste e mercado de trabalho. *Jota*, 24.09.2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrencia-regulacao/antitruste-e-mercado-de-trabalho-24092020>>.

FURQUIM, Paulo de Azevedo. *Contratos: uma perspectiva econômica*, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/322722260>>.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis de. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRAU, Eros; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINESCU, Ioana; HOVENKAMP, Herbert J. Anticompetitive Mergers in Labor Markets. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2019.

MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. Why Has Antitrust Failed Workers? *Cornell Law Review*, vol. 105, n. 5.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

OECD. *Competition Issues in Labor Markets – Note by Brazil*, 2020. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)51/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)51/en/pdf)>

POSNER, Eric. *How Antitrust Failed Workers*. Oxford University Press, 2021.

POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*. 83 *Antitrust Law Journal* 165 (2020).

RENZETTI, Bruno. What does *NCAA v. Alston* tell us about antitrust and labor markets? In.: *ProMarket – The Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business*, July 09, 2021. Disponível em: <<https://promarket.org/2021/07/09/ncaa-alston-scotus-antitrust-labor-monopsony/>>

RIVERA, Amanda A. L. M.; DOMINGUES, Juliana O.; SOUZA, Nayara M. S.; O Improvável Encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. In.: *Revista do IBRAC*, vol. 24, n. 2, 2019.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Ed. Almedina, 2009.

RUBIN, Paul H.; Shedd, Peter. Human Capital and Covenants Not to Compete. *The Journal of Legal Studies*, vol. 10, n. 1, (Jan., 1981).

SILVA, Márcia Luisa da; SILVA NETO, Orlando Celso da. A Cláusula de Não-Concorrência como Elemento Indicativo de Gun-Jumping. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 2, 2017.

STARR, Evan; PRESCOTT, J. J.; BISHARA, Norman. Noncompetes in the U.S. Labor Force. *University of Michigan Law & Economics Research Paper*, no. 18-013, 2019.

WU, Tim. *The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech*. Disponível em: <https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>>

LENIÊNCIA PARCIAL: UM CHEQUE EM BRANCO?

*Camila Pires da Rocha*¹

*Guilherme Antonio Gonçalves*²

*Renata Gonzalez de Souza*³

Resumo: O artigo busca discutir vulnerabilidades identificadas na estrutura atual de negociação e celebração de Acordos de Leniência Parciais com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e, ao final, sugerir abordagem que poderia aumentar a segurança jurídica do Programa de Leniência Antitruste, privilegiando a previsibilidade e a garantia ao tratamento isonômico entre as partes de um mesmo processo.

Palavras-chave: Programa de Leniência; Leniência Parcial; Segurança Jurídica; Isonomia; Sanção Pecuniária.

Abstract: This paper aims to discuss vulnerabilities identified in the current structure of negotiation and execution of Partial Leniency Agreements with the Brazilian Antitrust Authority, and, ultimately, propose an approach that could enhance the Antitrust Leniency Program's legal certainty, promoting predictability and securing equality among the parties of the same proceeding.

Key words: (i) Leniency Program; (ii) Partial Leniency; (iii) legal certainty; (iv); equality; (v) pecuniary sanction.

1. O arcabouço legal que estrutura a Leniência Parcial e os desafios verificados

O início do Programa de Leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") remonta aos primeiros anos da década de 2000,

¹ Advogada associada no Brolio Gonçalves Advogados focada na área de Direito Econômico, especialmente, direito concorrencial. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo e mestre em Direito Econômico e Economia Política pela mesma instituição.

² Advogado no Brolio Gonçalves Advogados focado na área de Direito Econômico, especialmente, direito concorrencial. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

³ Advogada associada no Brolio Gonçalves Advogados focada na área de Direito Econômico, especialmente, direito concorrencial. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e mestre em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca.

quando foi inserido pela Medida Provisória n. 2.055/2000, que foi convertida na Lei n. 10.149/2000, modificando a Lei 8.884/1994.

As disposições de então foram repetidas na redação da Lei n. 12.529/2011⁴, atualmente em vigor. As principais mudanças implementadas foram permitir a celebração de acordos pelos líderes da prática denunciada e estender a imunidade concedida a certos crimes correlatos.⁵

O Programa de Leniência é sabidamente considerado como uma das principais ferramentas para a persecução de cartéis pelo CADE⁶, motivo pelo qual a autarquia tem empreendido grandes esforços no seu fortalecimento e em garantir a sua estabilidade e confiabilidade perante a sociedade.

⁴ Segundo o art. 86, da Lei n. 12.529/2011: “*O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação*”. BRASIL, Lei n. 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dentre outras disposições. *Diário Oficial da União*: seção 1, DF, ano 148, pp. 1-9, 01.12.2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acessado em: 13.10.2021.

⁵ OCDE. *Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política da Concorrência*: Brasil. [S.l.]: [s.n.], 2019, pp. 70-71. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrenca-brasil-2019-web.pdf>>. Acessado em: 13.10.2021.

⁶ Nesse sentido: CADE e MPF/SP debatem em seminário evolução e relevância de acordo de leniência. *Notícias CADE*, 24.08.2018, disponível em: <<http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-e-mpf-sp-debatem-em-seminario-evolucao-e-relevancia-de-acordo-de-leniencia>>. Acessado em: 13.10.2021; CADE lança cursos on-line sobre leniência antitruste e detecção de cartéis em licitações. *Notícias CADE*, 10.10.2019, Disponível: <<http://en.cade.gov.br/cade/noticias/cade-lanca-cursos-on-line-sobre-leniencia-antitruste-e-deteccao-de-carteis-em-licitacoes>>. Acessado em: 13.10.2021; CADE lança anuário com balanço de atuação na defesa da concorrência em 2020. *Notícias CADE*, 03.02.2021, Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-anuario-com-balanco-de-atuacao-na-defesa-da-concorrenca-em-2020>>. Acessado em: 13.10.2021; CADE e SDE lançam “joint brochure on Brazil’s Leniency Program”. *Notícias CADE*, 01.01.2009, Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-e-sde-lancam-joint-brochure-on-brazils-leniency-program>. Acessado em: 13.10.2021.

Pode-se citar como parte desse esforço a publicação de guias que buscam esclarecer aspectos procedimentais⁷ e de parâmetro de prova⁸, bem como o cuidado na apreciação de processos administrativos derivados de acordos de leniência.⁹

A diligência com o Programa de Leniência se mostrou efetiva no projeto de combate a condutas colusivas. Os números disponibilizados pelo próprio CADE não deixam dúvidas. Desde a implementação do programa foram celebrados 106¹⁰ acordos de leniência.

Entretanto, novos desafios demandam empenho ainda maior da autoridade na manutenção do interesse e confiança dos agentes econômicos na celebração de acordos de leniência.¹¹

⁷ CADE. *Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília: [s.n.], 2016, Atualização de Setembro de 2017. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>>. Acessado em: 12.10.2021.

⁸ CADE. *Guia de Recomendações Probatórias para Propostas de Acordo de Leniência com o CADE*. Brasília: [s.n.], 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-recomendacoes-probatorias-para-proposta-de-acordo-de-leniencia-com-o-Cade.pdf>>. Acessado em: 12.10.2021.

⁹ Conforme destacado pelo Cons. Pres. Alexandre Barreto quando do julgamento do processo administrativo n. 08012.003970/2010-10 (cartel dos cabos subterrâneos), julgado em 15.03.2020, os Acordos de Leniência são “*o principal instrumento à disposição das autoridades concorrenciais para detecção e punição de condutas coordenadas, em especial cartel. (...) Uma das principais formas de se desestabilizar o cartel é com o oferecimento de um grande prêmio ao que denunciar os demais à autoridade concorrential, na forma de isenção de pena. (...) Para tanto, é fundamental a credibilidade do instituto. De forma mais específica, para que ele funcione bem, é necessário que os agentes do mercado efetivamente confiem que o acordo com a autoridade concorrential vá ser cumprido. Qualquer dúvida nesse sentido tende a fazer com que o comportamento racional seja a cooperação com os demais infratores, e não com a autoridade.*” (grifos nossos).

¹⁰ Número de Acordos de Leniência assinados pelo CADE entre os períodos de 2003 e 06 de julho de 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>>. Acessado em: 12.10.2021.

¹¹ Nesse sentido, ver: REBELLO, Daniel Costa; BUAIZ, José Alexandre; e MEDRADO, René Guilherme S. *Damage Claims and Leniency Programs: legislative perspectives in Brazil*. In: IBRAC (org.). *The Future of Antitrust*. São Paulo: Editora Singular, 2019, pp. 391-400; YSEWYN, Johan; KAHMANN, Siobhan. *The decline and fall of the leniency programme in Europe*. In: *Concurrences Review*, n. 1-2018, fevereiro de 2018, pp. 44-59. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3126172>>. Acessado em: 13.10.2021; e HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an Effective Leniency Program*. [S.l.]: [s.n.], 2004. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>>. Acessado em: 13.10.2021.

Nesse sentido, verifica-se como ponto sensível do programa a Leniência Parcial, que, em contraposição à extinção integral da punibilidade administrativa garantida pela Leniência Total, enseja a redução de um a dois terços da pena aplicável pela administração pública.

De acordo com a Lei n. 12.529/2011, a assinatura da Leniência Parcial se dá quando a Superintendência-Geral (SG) possui conhecimento prévio da infração noticiada. Segundo o quanto estabelecido no Regimento Interno do CADE ("RICADE"), há "conhecimento prévio" quando *"na ocasião da propositura do acordo de leniência, estiver em curso na Superintendência-Geral qualquer dos tipos processuais previstos na Lei nº 12.529, de 2011, a respeito da infração, tal qual noticiada pelo proponente"*.¹²

A vulnerabilidade dessa modalidade de leniência está, exatamente, na imprevisibilidade em relação à multa que será aplicada ao final do processo àquele(s) que anuíram com a celebração de uma Leniência Parcial.

É certo que a Lei n. 12.529/2011 estabelece que o desconto mínimo a ser conferido aos beneficiários é de um terço da pena aplicável e que, no estabelecimento dessa última, devem ser considerados fatores como a *"efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência"* (art. 86, §3º).

No RICADE também há diretiva para a determinação, pela SG, do desconto que deve ser sugerido ao Tribunal do CADE quando da elaboração de sua recomendação. Segundo o regimento, para tanto, devem ser consideradas *"I - importância das informações, documentos e provas apresentadas pelo signatário; e II - efetividade da cooperação durante as investigações"* (art. 211, §2º).

Tais diretivas não eximem o signatário de um Acordo de Leniência Parcial de pactuar um compromisso sem qualquer indicação do quanto precisará desembolsar ao final do processo, o que pode tornar a sua negociação menos interessante comparativamente a de um compromissário de Termo de Compromisso de Cessação ("TCC").

Isso porque faz parte das discussões que precedem a assinatura de um TCC amplo debate em relação ao valor a ser pago a título de contribuição pecuniária, podendo a parte avaliar o cabimento do acordo tanto sob o ponto

¹² RICADE, art. 207, §3º.

de vista dos benefícios em relação à investigação em trâmite no CADE, quanto da perspectiva econômica de forma mais holística.

Vê-se que há uma incerteza dupla em relação à paridade entre o valor que será estipulado para os signatários da Leniência Parcial e os demais signatários de TCCs. Isso porque, para os primeiros, há pouca clareza em relação aos parâmetros que devem ser levados em consideração para a definição do desconto, baixa previsibilidade em relação à base a ser utilizada para o cálculo da multa esperada e, ainda, se ela será consistente com o quanto utilizado para outros acordos que vierem a ser celebrados no âmbito do mesmo processo.

Em sua extensa análise sobre o instituto da Leniência, Amanda Athayde aponta esses problemas sugerindo que as incertezas devem ser sanadas pelo Tribunal do CADE quando do julgamento de casos decorrentes de acordos de Leniência Parcial:

A discussão que surge é a seguinte: qual será o parâmetro para o Tribunal definir se a redução será de um ou dois terços da penalidade aplicável? Não há, no RICADE ou no Guia do Programa de Leniência do CADE, previsão nesse sentido, o que deve ser aprimorado a partir do momento em que ocorrerem os primeiros julgamentos de Processos Administrativos oriundos de Acordos de Leniência Parcial. O Tribunal do CADE deve estar atento para manter a consistência interna do Processo Administrativo e também a consistência externa, o Tribunal não deve conceder menores benefícios ao signatário compromissário em sede de TCC, por exemplo. Se o caso foi oriundo, por exemplo, de um Acordo de Leniência Parcial e, após, foram celebrados TCCs, sendo que o primeiro obteve um desconto de 50%, o Tribunal não deve conceder benefício ao signatário que seja menor que este, sob pena de desincentivar futuras colaborações ao Programa de Leniência. Ainda, a fim de manter a consistência externa do Programa de Leniência, se as informações e documentos apresentados tiverem sido relevantes para a investigação, e se sessa tiver resultado em evidências robustas para comprovar e condenar os demais investigados, o benefício deve ser o máximo, de 2/3 da penalidade aplicável. Esse foi o entendimento, por exemplo, no julgamento do Processo Administrativo 08012.005255/2010-11 (Cartel Internacional de Placas de Memória (DRAM)).¹³

¹³ ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática CADE*, BC, CVM, CGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Forum, 2019, 1ª ed., pp. 102-103.

Concordamos que faz parte da atribuição do Tribunal do CADE esclarecer questões não totalmente endereçadas via legislação, RICADE, resoluções ou até mesmo guias. Não obstante, para os casos de Leniência Parcial tal solução parece não ser suficiente, causando enorme insegurança jurídica àqueles que avaliam a celebração de um acordo desse tipo.

Até o presente momento, foram julgados apenas dois Processos Administrativos, analisados em detalhe abaixo, no âmbito dos quais foram celebrados Acordos de Leniência Parcial e ambos os desfechos suscitaram grandes dúvidas em relação à equidade na determinação das contribuições e multas para os acordos firmados em diferentes fases e para as diversas partes do processo.

2. Os casos já apreciados pelo Tribunal e as discrepâncias identificadas

2.1 O cartel internacional de memória dinâmica de acesso aleatório

O processo administrativo n. 08012.005255/2010-11 foi instaurado em 21.06.2010 pela extinta Secretaria de Direito Econômico ("SDE"), a partir de documentos disponibilizados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos para investigar conduta colusiva com efeitos no território brasileiro no mercado internacional de memória dinâmica de acesso aleatório (*Dynamic Random Access Memory – DRAM*), que teria ocorrido entre os anos de 1998 e 2002 e que foi objeto de acordo com as autoridades americanas. O Acordo de Leniência Parcial foi firmado em 24.11.2011 entre a SDE, de um lado, e a empresa NEC Corporation e pessoas físicas a ela relacionadas, de outro.

A instrução durou quase quatro anos e, no âmbito da SG, foram celebrados TCCs com as empresas Infineon Technologies AG¹⁴ ("Infineon"), Samsung Semiconductor Inc. e Samsung Electronics Co. Ltd. (conjuntamente

¹⁴ Requerimento n. 08700.001718/2011-07, Requerentes: Infineon Technologies AG e outros, TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 11.02.2015.

denominadas “Samsung” neste item)¹⁵, Micron Technology, Inc. (“Micron”)¹⁶ e Hynix Semiconductor, Inc. (“Hynix”).¹⁷

Após a instrução, em 24.03.2016, a SG remeteu o processo ao Tribunal com sugestão de: (i) condenação das Representadas Elpida Memory Inc. (“Elpida”), Hitachi Ltd. (“Hitachi”), Mitsubishi Electric Corp. (“Mitsubishi”), Nanya Technology Corporation (“Nanya”) e Toshiba Corporation (“Toshiba”); (ii) pela extinção da ação punitiva da Administração Pública com relação à NEC Corporation por considerar que o Acordo de Leniência teria sido integralmente adimplido, nos termos do artigo 35-B, §4º, inciso I, e artigo 35-C, parágrafo único, da Lei n. 8.884/94¹⁸; e (ii) extinção da ação punitiva da Administração Pública com relação aos compromissários dos TCCs celebrados em razão do cumprimento integral dos acordos.

No âmbito do Tribunal foi celebrado mais um TCC, tendo por promissória a representada Hitachi. O processo administrativo foi distribuído ao Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior e o seu julgamento ocorreu em 23.11.2016.

O Tribunal entendeu, por unanimidade, que restou configurada infração à ordem econômica pelas pessoas jurídicas, prevista no art. 20, incisos

¹⁵ Requerimento n. 08700.003191/2013-09, Requerentes: Samsung Semiconductor, Inc. e outros., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 11.02.2015.

¹⁶ Requerimento n. 08700.001469/2015-75, Requerente: Micron Technology, Inc., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 02.09.2015.

¹⁷ Requerimento n. 08700.004176/2015-40, Requerente: SK Hynix Inc., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 20.01.2016.

¹⁸ A incorreção da recomendação de extinção integral da ação punitiva, por se tratar de Leniência Parcial, foi apontada no voto do Relator que asseverou: “Registro aqui minha divergência parcial em relação à recomendação da Superintendência-Geral de extinção integral da ação punitiva da Administração Pública em relação aos Beneficiários, tendo em vista que o presente Acordo de Leniência foi assinado sob a égide do inciso II do art. 35-B, §4º, da lei de regência da época da assinatura, ao passo que um acordo que previsse o perdão integral deveria ter sido firmado sob a égide do inciso I. Nesse passo, o CADE não pode conceder benesses maiores que aquelas permitidas pela lei e pelo acordo, uma vez que deve respeitar os termos em que foi pactuado pela extinta SDE. Logo, entendendo que o Acordo de Leniência Parcial firmado nos presentes autos permite o perdão máximo de 2/3 da penalidade aplicável aos signatários do acordo.” Ver: Voto Vencedor do Cons. Márcio de Oliveira Júnior, Documento SEI n. 0270374, item 226, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 23.11.2016.

I e III, e no art. 21, incisos I, II, III e X, da Lei n. 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei n. 12.529/11), tendo havido, entretanto, divergência dos Conselheiros quanto à dosimetria das multas aplicadas, principalmente em relação à metodologia dos cálculos utilizados para definição das contribuições pecuniárias dos TCCs.

Nota-se que o CADE utilizou, na prática, quatro bases de cálculo distintas para cálculo das contribuições pecuniárias e das multas aplicadas quando do julgamento do processo¹⁹, conforme indicado na tabela abaixo:

¹⁹ Destaque-se que os valores das multas foram reformados em sede de embargos de declaração como destacado nos parágrafos seguintes. Para os valores inicialmente estabelecidos e base de cálculo, ver: Voto Vencedor do Cons. Márcio de Oliveira Júnior, Documento SEI n. 0270374, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 23.11.2016.

Tabela I – Comparação entre as contribuições pecuniárias e penalidades estabelecidas pelo voto do Conselheiro Relator

Em-presa	Acordo	Homologa-ção	Base de Cálculo Utili-zada	Alí-quota	Des-conto	Valor Final
Infineon	1º TCC	10.12.2014	Venda de DRAM no ano de 2000, atualizado pela SELIC	15%	45%	703.349,46
Samsung	2º TCC	11.02.2015		15%	50%	1.714.243,72
Micron	3º TCC	02.09.2015		15%	38%	2.218.122,41
Hitachi	5º TCC	17.08.2016		15%	25%	974.960,87
Hynix	4º TCC	20.01.2016	Venda de DRAM no ano anterior à instauração do processo administrativo	20%	15%	3.007.466,42
Nanya	n/a	n/a	Valor de “multa espe-rada” estimada durante a negociação do seu TCC	15%	n/a	1.596.150,00
NEC Corpora-tion	Leniên-cia-Par-cial	n/a	Art. 23, inciso III, da Lei n. 8.884/94 ²⁰	n/a	66,66%	532.050,00
Elpida	n/a	n/a		n/a	n/a	1.596.150,00
Mit-subshi	n/a	n/a		n/a	n/a	1.596.150,00
Toshiba	n/a	n/a		n/a	n/a	1.596.150,00

Fonte: Elaboração Própria.

Em primeiro lugar, a tabela indica que mesmo entre as signatárias de TCCs as bases de cálculo utilizadas foram distintas. Para a maior parte foram utilizados os valores de vendas de DRAM no ano de 2000 em vez do faturamento no ano anterior à instauração do processo administrativo, pois considerou-se que o último valor era “*significativamente baixo, não sendo*

²⁰ O Conselheiro Relator considerou que não haveria dados fidedignos para mensurar valores de faturamento, razão pela qual estimou a multa aplicada dentro dos intervalos definidos no art. 23, inciso III, da Lei n. 8.884/94, segundo o qual “*não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir)*”. Ver: Voto Vencedor do Cons. Márcio de Oliveira Júnior, Documento SEI n. 0270374, itens 296 e 297, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 23.11.2016.

proporcional à conduta e comprometendo o caráter dissuasório da multa”²¹, tendo sido o ano de 2000 o de maior faturamento das compromissárias durante o período da conduta. Optou-se pela aplicação de alíquota de 15%, por se tratar de cartel *hard core*.

Entendimento diferente foi aplicado para a signatária Hynix. Verificou-se que, caso considerado como base de cálculo o maior faturamento da compromissária durante o período da conduta, o valor de sua multa esperada e, conseqüentemente, de sua contribuição pecuniária, seria muito elevado, tornando o acordo inviável. Optou-se, então, pela utilização do faturamento bruto da empresa no ano anterior à instauração do processo em relação a ela, conforme indicado no art. 37, I, da Lei n. 12.529/2011, com alíquota majorada ao máximo legal (20%) a fim de compensar a base de cálculo significativamente baixa se comparada às utilizadas nos demais TCCs.²²

Em relação às demais representadas, as estimativas de base de cálculo foram completamente distintas. Para a empresa Nanya, foi utilizado o valor calculado da “multa esperada” quando das negociações do seu TCC, que não foram bem-sucedidas.²³ Dessa forma, a contribuição pecuniária seria de R\$ 1.537.014,16²⁴, que correspondia à projeção da participação de mercado da empresa em 2002, equivalente a 5,5%, no mercado mundial de DRAM.

Para as representadas Toshiba, Elpida e Mitsubishi, por sua vez, o Conselheiro entende que não haveria dados disponíveis suficientes para dimensionar o faturamento com o ramo de atividade das empresas atingido pela conduta, seja em âmbito mundial ou brasileiro, razão pela qual a multa deveria ser aplicada segundo a regra do art. 23, inciso III, da Lei n. 8.884/94 no montante de 1.500.000 UFIR para cada empresa (equivalente a R\$ 1.596.150,00).

²¹ Nota Técnica n. 16/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE, Requerimento n. 08700.003191/2013-09, Requerente: Samsung Semiconductor, Inc. e outros., Documento SEI n. 0019101, item 37.

²² Nota Técnica n. 13/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE, Requerimento n. 08700.004176/2015-40, Requerente: SK Hynix Inc., Documento SEI n. 0155445, item 63.

²³ A utilização do quanto produzido e debatido no contexto da negociação de um acordo que não logrou êxito já é, por si só, questionável, tendo em vista o quanto estipulado no RICADE, art. 179, §7º: “As informações e documentos apresentados pelo proponente durante a negociação do TCC subsequentemente frustrada não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso”. Entretanto, não nos aprofundaremos nessa discussão, uma vez que foge do escopo do presente artigo.

²⁴ Valor equivalente a 1.444.426,42 UFIR, nos termos do art. 23, inciso III, da Lei n. 8.884/94.

Justificou-se que o valor “*guarda proporcionalidade com multas esperadas fixadas nos TCCs como base de cálculo das contribuições pecuniárias, com a situação econômico-financeira das condenadas e com as participações de mercado dos envolvidos no cartel*”²⁵.

Por fim, com relação à leniência parcial, NEC Corporation, argumentou-se que também não haveria dados suficientes para a estimativa do faturamento, concluindo-se que deveria ser aplicado o mesmo valor base de 1.500.000 UFIR (equivalente a R\$ 1.596.150,00), reduzido em dois terços em razão do cumprimento da leniência parcial, nos termos do artigo 86 da Lei n. 12.529/2011, resultando no montante de R\$ 532.050,00.

Como é possível verificar, os cálculos utilizados para o cálculo das multas quando do julgamento do processo administrativo não guardam proporcionalidade com o quanto estipulado na celebração dos TCCs, resultando na ausência de isonomia entre as partes.

Quanto aos descontos, destaca-se que à despeito de aparentemente o maior valor percentual ter sido concedido para a leniência parcial, não é possível aferir a efetiva existência de proporcionalidade caso os valores da base de cálculo utilizados tivessem sido isonômicos.

A falta de coerência foi ressaltada pelos Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin nos votos divergentes que apresentaram e que acabaram vencidos.²⁶

²⁵ Voto Vencedor do Cons. Márcio de Oliveira Júnior, Documento SEI n. 0270374, item 296, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 23.11.2016.

²⁶ O Cons. João Paulo de Resende apresentou divergência indicando que a multa então fixada não seria proporcional e nem dissuasória o suficiente, indicando necessidade de que fossem utilizados os critérios de definição da base de cálculo já adotados no âmbito dos TCCs. Nesse sentido, sugeriu nova metodologia de cálculo das multas, seguida pela Cons. Cristiane Alkmin, segundo a qual deveriam ser utilizados os dados de exportações de memória DRAM para o Brasil durante o período da conduta, supostamente também utilizados de base para os cálculos no âmbito dos TCCs, e, em sequência, indicou que fosse calculada a participação de cada uma das Representadas de acordo com as participações das empresas no mercado em que ocorreu a conduta “*de modo que aquelas empresas com maior poder para disputar o mercado brasileiro paguem mais que aquelas de menor capacidade*”. O Conselheiro sugere ainda consideração de sobrepreço de 10% sobre a base de cálculo a fim de considerar a vantagem auferida pelas empresas. Desta forma chegou aos seguintes valores de multa, substancialmente diferentes aos

A ausência de coerência não passou despercebida às partes que opuseram embargos de declaração, julgados em 08.03.2017. O Conselheiro Relator para os embargos aduziu que a utilização de parâmetros diferentes para o cálculo das contribuições pecuniárias dos TCCs e para a determinação das multas a serem impostas se justificaria pela natureza jurídica distinta desses dois tipos de relação. Isso porque os signatários de TCC teriam colaborado com a investigação e contribuído para a eficiência e celeridade processual.²⁷ Ao final, o Conselheiro Relator entendeu por alterar as multas aplicadas às representadas, agregando os valores ao de DRAM de computadores importados à base de cálculo, excluindo outros itens, por entender que assim se chegaria a parâmetros objetivos proporcionais nos moldes do art. 23, inciso III, da Lei n. 8.884/94.²⁸

Vale ressaltar que a explicação referente à diferença de natureza jurídica não parece ter guiado o estabelecimento das penalidades, uma vez que foi utilizado para a leniente parcial, que em tese colaborou com a busca da

calculados pelo Cons. Relator: Elpida - R\$ 109.001,82; Mitsubishi - R\$ 934.007,55; Toshiba - R\$ 1.725.052,51; Nanya - R\$ 44.998,50; e NEC Corporation - R\$ 1.935.376,42, que, com a redução de dois terços seria de R\$ 645.125,47. Muito embora o Conselheiro tenha sugerido metodologia congruente com a utilizada no âmbito dos TCCs, nota-se que, na prática, não foram esses os cálculos realizados no âmbito dos acordos e, ainda que fossem aplicadas as sugestões, o tratamento diferenciado das signatárias em relação às demais representadas persistiria, já que não foi considerada vantagem auferida no âmbito das multas esperadas quando da negociação dos TCCs. Ver: Voto Vogal do Cons. João Paulo de Resende, Documento SEI n. 0271604, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 23.11.2016.

²⁷ Voto Vencedor do Cons. Relator Gilvandro Vasconcelos em Embargos de Declaração, Documento SEI n. 0310210, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 08.03.2017.

²⁸ Os valores de multa passaram a ser de: Elpida: 1.454.545 (mil e quinhentas) UFIR, equivalente a R\$ 1.547.782,00; (um milhão, quinhentos e quarenta e sete mil setecentos e oitenta e dois reais); Toshiba: 1.386.364 (um milhão, trezentos e oitenta e seis mil e trezentos e sessenta e quatro) UFIR, equivalente a R\$ 1.475.229,55 (um milhão, quatrocentos e setenta e cinco mil duzentos e vinte e nove reais e cinquenta e cinco centavos); Nanya: 1.090.909 (um milhão, noventa mil e novecentos e nove) UFIR, equivalente a R\$ 1.160.836,36 (um milhão, cento e sessenta mil oitocentos e trinta e seis reais e trinta e seis centavos); Mitsubishi: 409.091 (quatrocentos e nove mil e noventa e um) UFIR, equivalente a R\$ 435.313,64 (quatrocentos e trinta e cinco mil trezentos e treze reais e sessenta e quatro centavos); e NEC: 500.000 (quinhentos mil) UFIR, equivalente a R\$ 532.050,00. (quinhentos e trinta e dois mil cinquenta reais).

verdade, a mesma base tomada para o cálculo das empresas que se defenderam até o final do processo administrativo.

A Conselheira Cristiane Alkmin apresentou novamente voto divergente, ressaltando sua opinião pela ausência de razoabilidade, proporcionalidade e transparência nos cálculos adotados, tendo em vista que o voto condutor teria aplicado “*multas sem especificações de critérios claros e objetivos, além de ter aplicado, por vezes, o inciso II para uma empresa*”, o que implicaria em “*arbítrio do julgador de valores genéricos, sem comprovação dos critérios usados para aferição da proporcionalidade da multa aplicada*”²⁹.

O Conselheiro João Paulo de Resende fez coro às críticas, ressaltando, em linha com voto do Conselheiro Gilvandro Araújo, que:

[I]nformações trazidas aos autos por Requerentes de TCC [cuja negociação não logrou sucesso] não [devem] ser, de forma alguma, utilizadas para cálculo das penalidades em condenações supervenientes. Isso não quer dizer que a mesma metodologia adotada para o TCC não deva ser usada na condenação; lembremos que a contribuição pecuniária de um TCC parte da expectativa de multa, razão pela qual a coincidência de metodologias é, inclusive, desejável.³⁰

A afirmação do Conselheiro João Paulo de Resende é extremamente pertinente e traz à tona a racionalidade que deveria ser utilizada no estabelecimento de contribuições pecuniárias e de penalidades no âmbito de um mesmo processo administrativo, ou seja, de que deveria ser adotada base de cálculo coincidente para todos.

Entretanto, o cálculo que o Conselheiro acabou sugerindo também não privilegiou um tratamento isonômico na medida em que, a fim de estimar a vantagem auferida, aplicou tanto para as empresas condenadas quanto para

²⁹ Voto Vencido da Conselheira Cristiane Alkmin em Embargos de Declaração, Documento SEI n. 0312071, item 37, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 08.03.2017.

³⁰ Voto Vencido do Conselheiro João Paulo de Resende em Embargos de Declaração, Documento SEI n. 0312131, item 6, no Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11, Representante: SDE *ex Officio*, Representadas: Elpida Memory, Inc.; Hitachi Ltd.; SK Hynix Inc. (atual denominação de Hynix Semiconductor, Inc.); Infineon Technologies, AG; Micron Technology, Inc.; e outras; julgado em 08.03.2017.

a leniente parcial um fator de sobrepreço que não incidiu nos cálculos adotados para as contribuições pecuniárias dos TCCs celebrados. Com isso, possivelmente a empresa beneficiária da leniência acabaria sendo punida em valor proporcionalmente superior àquele aplicado a alguns signatários de TCC no mesmo processo.

Resta claro que mesmo havendo uma consciência subjacente à necessidade de manutenção de isonomia, isso não se verificou no estabelecimento das multas e contribuições pecuniárias.

2.2 O cartel internacional de TFT-LCD

O processo administrativo n. 08012.011980/2008-12 foi instaurado em 07.12.2009 com base em notícias de autoridades da concorrência estrangeiras relacionadas à prática de condutas anticompetitivas no mercado internacional de transistores de película fina para painéis de cristal líquido (*thin film transistor liquid crystal display* – TFT-LCD). Em 17.12.2010, a empresa ChiMei Optoelectronics Corporation e pessoas físicas a ela associadas celebraram Acordo de Leniência Parcial com a extinta SDE.

O caso tramitou por mais de nove anos, período no qual, no âmbito da SG, foram celebrados TCCs com as empresas Samsung Electronics Co., LTD e Samsung Electronics Taiwan Co. Ltd. (conjuntamente denominadas “Samsung” neste item)³¹, LG Display Co. Ltd (“LG”)³² e AU Optronics Corporation e Quanta Display Inc. (“AU Optronics”)³³, e com respectivas pessoas físicas, contabilizando três acordos no total.

Em 14.07.2017, a SG exarou parecer sugerindo o arquivamento do processo em face dos compromissários e, em relação à leniente parcial, recomendou a concessão de redução de 2/3 (dois terços) nas penalidades em virtude da celebração e cumprimento integral do acordo.

³¹ Requerimento n. 08700.003192/2013-53, Requerentes: Samsung Electronics Co., Ltd. e Samsung Electronics Taiwan Co., Ltd., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 20.08.2014.

³² Requerimento n. 08700.007696/2013-42, Requerentes: LG Display Co., Ltd. (com adesão de LG Electronics e LG Electronics Taiwan Taipei Co., Ltd.), TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 25.11.2015.

³³ Requerimento n. 08700.001448/2015-50, Requerentes: AU Optronics Corp e Quanta Displays Inc., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 26.09.2017.

Em sequência, o processo foi distribuído ao Cons. Rel. Maurício Oscar Bandeira Maia, tendo sido negociados no âmbito do Tribunal mais dois TCCs, o primeiro com a empresa Chunghwa Picture Tubes, Ltd. (“Chunghwa”)³⁴, e o segundo com a Japan Display Inc. (nova denominação da Hitachi Displays Ltd., denominada “Japan Display (Hitachi)”)³⁵.

O caso foi julgado pelo Tribunal do CADE em 27.02.2019³⁶, momento no qual foi definida a multa esperada à leniente parcial e aplicado o respectivo desconto, bem como foi condenada a empresa Hannstar Display, Inc. (“Hannstar”), e arquivado o processo em relação a todas as signatárias de TCCs e demais Representadas por insuficiência de provas.

Nota-se que a estimativa das bases de cálculo utilizada pelo CADE para estimativas das multas esperadas para fins de determinação das contribuições pecuniárias no âmbito dos TCCs não foi a mesma utilizada quando da definição da multa aplicada à leniente parcial ao final do processo e à empresa condenada, como indicado na tabela abaixo:

Tabela II – Comparação entre as contribuições pecuniárias e penalidades estabelecidas no voto do Conselheiro Relator

Empresa	Acordo	Homologação	Base de Cálculo Utilizada	Valor aplicado (R\$)
Chi Mei	Leniência-Parcial	n/a	Faturamento virtual da comissão no Brasil no mercado de TFT-LCD no exercício de 2006	13.183.797,82
Hannstar	n/a	n/a		13.528.267,59
Samsung	1º TCC	20.08.2014	Faturamento bruto em vendas de TFT-LCD ao Brasil nos últimos 12 meses da empresa na conduta	8.960.880,00
LG	2º TCC	20.08.2014		33.870.000,00
AU Optronics	3º TCC	25.11.2015		16.676.031,00

³⁴ Requerimento n. 08700.004917/2017-54, Requerentes: Chunghwa Picture Tubes, Ltd., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 26.09.2017.

³⁵ Requerimento n. 08700.000527/2018-96, Requerentes: Japan Display Inc. (atual denominação da Hitachi), TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 26.11.2018.

³⁶ Voto vencedor do Cons. Rel. Maurício Oscar Bandeira Maia, Documento SEI n. 0589241, no Processo Administrativo n. 08012.011980/2008-12, Representante: SDE *ex Officio*, Representados: AU Optronics Corporation; Innolux Corporation (antiga ChiMei Optoelectronics); Chunghwa Picture Tubes Ltd.; Seiko Epson Corporation (antiga Epson Imaging Devices Corporation); e outros, julgado em 27.02.2019.

Empresa	Acordo	Homologação	Base de Cálculo Utilizada	Valor aplicado (R\$)
Chunghwa	4º TCC	26.09.2017		11.533.214,00
Japan Display (Hitachi)	5º TCC	26.11.2018	Faturamento virtual da compromissária no Brasil no mercado de TFT-LCD no exercício de 2006	8.288.576,00

Fonte: Elaboração Própria.

Em primeiro lugar, o CADE optou por não utilizar valores de faturamento bruto das empresas no ano anterior à instauração do processo administrativo, como estabelecido pelo art. 37, I, da Lei n. 12.529/2011, uma vez que, conforme sustentado pelas Requerentes de TCC no âmbito das negociações, tal base de cálculo não seria proporcional pois “*o mercado objeto da conduta investigada (e conseqüentemente o faturamento das requerentes) ter crescido de forma vertiginosa, pelo que o cálculo de eventual sanção sobre o faturamento de 2008 se mostraria desproporcional com a própria conduta e seus efeitos*”³⁷. Tal entendimento foi aplicado para cálculo das multas aplicadas às demais representadas no processo.

Também se destaca a diferença na utilização pelo CADE, para as quatro primeiras signatárias de TCC, de valores de faturamento no Brasil nos últimos 12 (doze) meses referentes às suas participações na conduta, enquanto para a leniente parcial (e para a signatária do último TCC celebrado) o critério temporal foi tão somente relacionado ao exercício financeiro de 2006³⁸.

Em segundo lugar, as bases de cálculo utilizadas para cálculo das contribuições das signatárias dos TCCs, isto é, faturamento bruto no Brasil em

³⁷ Ver: Nota Técnica n. 234/2014/Superintendência-Geral do CADE, Documento SEI n. 0016677, fls. 11, no Requerimento n. 08700.003192/2013-5, Requerente: Samsung Electronics Co. Ltd. e Samsung Electronics Taiwan Co., Ltd., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 20.08.2014..

³⁸ Não há informações públicas disponíveis que permitam inferir a motivação de tal diferenciação. O voto do Cons. Rel. Mauricio Oscar Bandeira Maia, responsável pela condução da negociação do TCC, indica apenas que “[a] base de cálculo foi formada a partir da estimativa de faturamento da empresa no Brasil, dado que a Compromissária não tem filial, sucursal ou subsidiária no Brasil e também não o tinha à época da conduta. Ainda, tal estimativa foi necessária tendo em vista o fato de a empresa não realizar vendas diretamente para o Brasil, como consta nos autos.” Ver: Voto Vencedor do Cons. Rel. Mauricio Oscar Bandeira Maia, Documento SEI n. 0550628, item 15, no Requerimento n. 08700.000527/2018-96, Requerentes: Japan Display Inc., TCC homologado pelo Tribunal do CADE em 26.11.2018.

vendas de TFT-LCD, foram distintas da utilizada para cálculo da multa aplicada à leniente parcial, em face da qual foi estimado o “faturamento virtual em vendas no Brasil”, muito embora a empresa tivesse realizado vendas diretas ao mercado brasileiro em 2006, último ano da conduta, e fosse possível a aplicação de tal base à leniente parcial.³⁹

O Conselheiro Relator em seu voto justificou a não utilização de tal dado pois “*não ser[ia] representativo e condizente com os efeitos do cartel no mercado brasileiro*”, uma vez que nos TCCs o valor de vendas diretas ao Brasil guardaria proporcionalidade com o *share* detido pelas compromissárias globalmente, o que não ocorreria com a leniente parcial. Nesse sentido, o cálculo do faturamento bruto virtual se deu espelhando-se a participação da empresa no mercado global do produto sob o valor do tamanho do mercado brasileiro de TFT-LCD.

Entretanto, caso o CADE tivesse utilizado a mesma base de cálculo aplicada à leniente parcial às signatárias de TCCs, isto é, os seus “faturamentos brutos virtuais”, os valores pagos por essas teriam sido substancialmente maiores:

Tabela III – Comparação entre os descontos efetivamente aplicados às empresas signatárias de acordos

Empresa	Acordo	Market Share Global (2005)	Faturamento Virtual no Brasil Corrigido (R\$)	Multa esperada (alíquota de 16%)	Contribuição efetiva (R\$)	Desconto efetivo	Desconto formal
Chi Mei	Leniência-Parcial	8,42%	247.196.209,00	39.551.393,00	13.183.797,00	66,66%	66,66%
Sam-sung	1º TCC	19,28%	566.026.474,00	90.564.235,00	8.960.880,00	90,11%	50%
LG	2º TCC	16,56%	486.172.117,00	77.787.538,00	33.870.000,00	56,46%	40%

³⁹ Destaca-se que, para a representada Hannstar foi aplicada a mesma base de cálculo, isto é, a estimativa de seu faturamento bruto virtual em vendas no Brasil, argumentando-se que tal parâmetro se justificava pela indisponibilidade de dados fidedignos de faturamento da empresa em território nacional no último ano da conduta. Para maiores detalhes, ver: Voto vencedor do Cons. Rel. Maurício Oscar Bandeira Maia, Documento SEI n. 0589241, itens 279 a 291, no Processo Administrativo n. 08012.011980/2008-12, Representante: SDE *ex Officio*, Representados: AU Optronics Corporation; Innolux Corporation (antiga ChiMei Optoelectronics); Chunghwa Picture Tubes Ltd.; Seiko Epson Corporation (antiga Epson Imaging Devices Corporation); e outros, julgado em 27.02.2019.

Empresa	Acordo	Market Share Global (2005)	Faturamento Virtual no Brasil Corrigido (R\$)	Multa esperada (alíquota de 16%)	Contribuição efetiva (R\$)	Desconto efetivo	Desconto formal
AU Optronics	3º TCC	11,73%	344.371.916,00	55.099.506,00	16.676.031,00	69,73%	25%
Chunghwa	4º TCC	4,17%	122.423.776,00	19.587.804,00	11.533.214,00	41,12%	15%
Japan Display	5º TCC	1,96%	57.542.110,00	9.206.737,00	8.288.576,00	9,97%	14,5%

Fonte: Adaptada da tabela constante à fl. 6 dos Embargos de Declaração registrados como Documento SEI n. 0595239 apresentados no PA n. 08012.011980/2008-12. Na prática, portanto, algumas Signatárias de TCCs foram “premiadas” por registrarem faturamento bruto de vendas diretas de TFT-LCD no Brasil, e a leniente parcial, por não exercer tais atividades, foi submetida à base de cálculo substancialmente mais gravosa, o que acarretou pagamento de multa proporcionalmente maior do que as contribuições pecuniárias pagas pelas demais signatárias de acordos com o CADE.

3. Crítica e sugestão

Conforme discorrido acima, a celebração de um Acordo de Leniência Parcial representa situação *sui generis* no ordenamento jurídico antitruste brasileiro, já que os signatários não têm conhecimento da contribuição pecuniária a ser estabelecida ao final, resultando em enorme insegurança jurídica e, em última instância, em desincentivo para o engajamento nesse tipo de solução consensual.

A adequação do valor a ser estabelecido depende, inteiramente, da observância pelo Tribunal do CADE de parâmetros apropriados na avaliação do cumprimento ou não do acordo pelos seus signatários e, também da utilização pelo órgão julgador de base de cálculo coerente aos demais acordos celebrados no âmbito daquele processo administrativo.

Ocorre que não há diretivas claras com o fito de garantir que tais critérios serão obedecidos, assegurando que haverá isonomia nos critérios aplicados e que os signatários de um Acordo de Leniência Parcial não ficarão em situação de desvantagem frente aqueles que celebraram TCCs.

A existência de uma consciência subjacente de que deveria ser mantida coerência nos cálculos parece não ser suficiente: os únicos dois casos que servem de sinalização ao mercado indicam que, de fato, os critérios utilizados

variaram significativamente no decorrer de um mesmo processo administrativo.

Dessa forma, entende-se que, atualmente, a mensagem enviada ao mercado é de que os resultados da celebração de um Acordo de Leniência de Parcial podem caracterizar um cheque em branco por parte daquele que concorda em assumir tal compromisso com o CADE, uma vez que é impossível dimensionar o valor a ser desembolsado futuramente.

Entende-se que alguns fatores contribuem para as dificuldades encontradas para a manutenção da coerência entre as bases de cálculo das multas e eventuais contribuições pecuniárias calculadas: (i) a convergência completa dos membros do tribunal no que tange a melhor forma de cálculo das multas é um objetivo muito improvável, senão pelo estabelecimento de diretivas claras nesse sentido por meio de disposição regimental, via regulação ou elaboração de um guia⁴⁰; e (ii) ao longo do trâmite de um processo administrativo podem ocorrer diversas alterações na composição do tribunal, de forma que o plenário que homologa os TCCs pode não ser o mesmo que determinará as penalidades e a multa a ser paga pelo leniente parcial.

Tal cenário nos leva a crer que a melhor prática seria alterar o procedimento de maneira que a definição da base de cálculo a ser adotada para o caso faça parte da negociação do Acordo de Leniência Parcial, com aval específico do Tribunal.

O conhecimento prévio em relação a essa variável permitiria maior previsibilidade ao leniente parcial, bem como teria o condão de garantir isonomia entre a sua situação, de um lado, e os eventuais compromissários de

⁴⁰ No ano de 2020 o CADE submeteu à consulta pública minuta do documento “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel”, que possuía por objetivo apresentar metodologia que vem sendo utilizada pelo Tribunal do CADE na definição de multas a esse tipo de conduta com base na jurisprudência do órgão dos anos de 2012 a 2019. A despeito de buscar dar maior uniformidade, transparência e racionalidade nos procedimentos de dosimetria, a minuta destaca que “[a]s práticas e procedimentos aqui descritos podem ser alterados a juízo de conveniência e oportunidade do CADE, a depender das circunstâncias do caso concreto”. Até a data de fechamento deste artigo não há atualizações sobre a publicação de referido guia. Minuta disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20es-tende%20prazo%20para%20contri-bui%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20vers%C3%A3o%20prelimi-nar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel__Mi-nuta_Guia_de_dosimetria.pdf>. Acessado em: 13.10.2021.

TCCs, além daqueles que venham a ser condenados ao final, de outro lado, preservando a uniformidade da base de cálculo para a dosimetria, que deveria caracterizar a apreciação de um processo administrativo, o que inclusive fortaleceria o caso frente a potenciais questionamentos judiciais.

Tal solução, além de garantir isonomia também preservaria certa flexibilidade que permitiria individualização adequada das contribuições e penalidades, bem como espaço às partes para que possam exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório também em relação à dosimetria. Isso porque ficaria disponível uma maior calibragem via alíquota e desconto a ser concedido.

Vislumbra-se possível crítica no sentido de que haveria dificuldade no estabelecimento de uma base de cálculo em fase tão preliminar, no entanto, há que se destacar que atualmente são celebrados TCCs antes mesmo da instauração dos processos administrativos, o que demanda, para o cálculo da contribuição pecuniária, a definição de uma base de cálculo com base em multa esperada, demonstrando que há ferramentas suficientes para tanto.

Da forma como ocorre atualmente, cabe ao Tribunal estabelecer todas as variáveis da multa para o leniente parcial no momento da decisão final, o que é mais confortável, uma vez que há mais conhecimento pela autarquia da conduta em questão. No entanto, tal situação causa insegurança jurídica, na medida em que obriga a parte a assinar acordo sem qualquer previsão sobre o montante que desembolsará ao final do processo e, também abre margem à ausência completa de isonomia entre as partes.

O estabelecimento prévio da base de cálculo talvez não permita uma metodologia perfeita e completamente atrelada a todas as descobertas feitas ao longo da instrução probatória, no entanto, teria como contrapartida o fortalecimento do Programa de Leniência, por agregar maior previsibilidade à modalidade parcial, e a garantia de maior coerência entre os cálculos realizados ao longo de um mesmo procedimento.

Na prática, trata-se, portanto, de uma escolha política que a autoridade deve fazer, qual seja, privilegiar uma pretendida perfeição dos cálculos (que não se verifica nos casos práticos) ou uma maior segurança jurídica e isonomia no tratamento dos representados.

Bibliografia

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática* CADE, BC, CVM, CGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Forum, 2019, 1ª ed., pp. 102-103.

BRASIL. Lei n. 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dentre outras disposições. *Diário Oficial da União*: seção 1, DF, ano 148, pp. 1-9, 01.12.2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acessado em: 13.10.2021.

CADE e MPF/SP debatem em seminário evolução e relevância de acordo de leniência. *Notícias CADE*, 24.08.2018, disponível em: <<http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-e-mpf-sp-debatem-em-seminario-evolucao-e-relevancia-de-acordo-de-leniencia>>. Acessado em: 13.10.2021.

CADE e SDE lançam “joint brochure on Brazil’s Leniency Program”. *Notícias CADE*, 01.01.2009, Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-e-sde-lancam-joint-brochure-on-brazils-leniency-program>. Acessado em: 13.10.2021.

CADE lança anuário com balanço de atuação na defesa da concorrência em 2020. *Notícias CADE*, 03.02.2021, Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-anuario-com-balanco-de-atuacao-na-defesa-da-concorrenca-em-2020>>. Acessado em: 13.10.2021.

CADE lança cursos on-line sobre leniência antitruste e detecção de cartéis em licitações. *Notícias CADE*, 10.10.2019, Disponível: <<http://en.cade.gov.br/cade/noticias/cade-lanca-cursos-on-line-sobre-leniencia-antitruste-e-deteccao-de-carteis-em-licitacoes>>. Acessado em: 13.10.2021

CADE. *Minuta de Guia de Dosimetria de Multas de Cartel*. Submetido à Consulta Pública em junho de 2020. Brasília: [s.n.], 2020. Disponível em:

<https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20es-tende%20prazo%20para%20contri-bui%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20vers%C3%A3o%20prelimi-nar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel_Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf>. Acessado em: 12.10.2021.

_____. *Guia de Recomendações Probatórias para Propostas de Acordo de Leniência com o CADE*. Brasília: [s.n.], 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-recomendacoes-probatorias-para-proposta-de-acordo-de-lenien-cia-com-o-Cade.pdf>>. Acessado em: 12.10.2021.

_____. *Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília: [s.n.], 2016, Atualização de Setembro de 2017. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>>. Acessado em: 12.10.2021.

HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an Effective Leniency Program*. [S.l.]: [s.n.], 2004. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>>. Acessado em: 13.10.2021.

OCDE. *Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política da Concorrência: Brasil*. [S.l.]: [s.n.], 2019, pp. 70-71. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorren-cia-brasil-2019-web.pdf>>. Acessado em: 13.10.2021.

REBELLO, Daniel Costa; BUAIZ, José Alexandre; e MEDRADO, René Guilherme S. Damage Claims and Leniency Programs: legislative perspectives in Brazil. In: IBRAC (org.). *The Future of Antitrust*. São Paulo: Editora Singular, 2019, pp. 391-400.

YSEWYN, Johan; KAHMANN, Siobhan. The decline and fall of the leniency programme in Europe. In: *Concurrences Review*, n. 1-2018, fevereiro de 2018, pp. 44-59. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3126172>>. Acessado em: 13.10.2021.

OS FUNDAMENTOS DO ANTITRUSTE PARA MERCADOS DE TRABALHO

Olavo Severo Guimarães¹

Victor Cavalcanti Couto²

João Ricardo Oliveira Munhoz³

Resumo: Através da revisão da literatura jurídica, econômica e da jurisprudência norte-americana, este artigo analisa os fundamentos econômicos e os aspectos jurídicos envolvendo a aplicação do direito antitruste nos mercados de trabalho. Apresentam-se questões relacionadas à delimitação de mercados relevantes e à análise de poder de mercado e de condutas potencialmente restritivas à concorrência. Conclui-se que as ferramentas já existentes no direito concorrencial são aptas para viabilizar o escrutínio antitruste nos mercados de trabalho. Constata-se ainda que a experiência norte-americana oferece relevantes diretrizes jurisprudenciais ao Brasil, mas ressalvas são necessárias para se respeitar as diferentes tradições entre as jurisdições.

Palavras-chave: Direito Antitruste. Economia do Trabalho. Monopsonio. Condutas Anticompetitivas. Cartéis de fixação salarial. Acordos de não contratar. Compartilhamento de informações sensíveis.

Abstract: Through a review of the legal and economic literature and of U.S. case law, this article analyzes the economic foundations and legal aspects involving the application of antitrust law in labor markets. Issues related to the delineation of relevant markets and the analysis of market power and potentially anticompetitive conduct are presented. We conclude that the tools that already exist in competition law are suitable to enable antitrust scrutiny in labor markets. It is also noted that the U.S. experience offers relevant jurisprudential guidelines for Brazil, but caveats are necessary to respect the different traditions among the jurisdictions.

Key Words: Competition Law. Labor Economics. Monopsony. Anticompetitive Practices. Wage-Fixing Cartels. No-poach agreements. Sensitive information sharing.

¹ Advogado no escritório Mudrovitsch Advogados e mestre em Economia (UFRGS).

² Advogado associado no Mudrovitsch Advogados. Especialista em Direito Empresarial (Fundação Getúlio Vargas). Bacharel em Direito (UFPE). Certificado em Compliance-Anticorrupção (CPC-A). Membro da comissão de estudos da Concorrência e Regulação (OAB-SP).

³ Advogado no escritório Mudrovitsch Advogados. Mestrando em Direito no Departamento de Direito Econômico da Universidade de São Paulo (USP).

1. Introdução

O Direito Antitruste vive um momento de transição. Para além do tradicional monitoramento de mercados de bens e serviços, importantes jurisdições do mundo estão reconhecendo que, também em mercados de trabalho, acordos entre concorrentes e excessiva concentração econômica podem ter efeitos econômicos deletérios, com potencial de afetar não apenas salários, mas também o nível de produção e de emprego da economia.

Nos Estados Unidos, ações antitruste com cerne no mercado de trabalho não são inéditas⁴. Mas certo é que as investigações envolvendo gigantes de tecnologia no início da última década⁵ deram novo ímpeto ao movimento e o transmitiram para o resto do globo. Nesse sentido, tanto o *Department of Justice* (DOJ) e a *Federal Trade Commission* (FTC, 2016) quanto a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2020) publicaram orientações sobre o tópico. No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) não ficou inerte à tendência: apesar da matéria já ter sido debatida, em algumas investigações em trâmite perante a autoridade, de forma tangencial⁶, pode-se dizer que a investigação envolvendo empresas de *healthcare*⁷ instaurada em setembro de 2019, inaugurou, em solo pátrio, o escrutínio antitruste no mercado de trabalho.

Este artigo pretende analisar os principais fundamentos econômicos envolvendo a aplicação do direito antitruste nos mercados de trabalho, a fim de contribuir com o nascente debate brasileiro. Aborda-se, ainda, os principais aspectos jurídicos relacionados a condutas potencialmente restritivas à concorrência em tais mercados, o que é feito à luz da doutrina e jurisprudência antitruste norte-americana, por conta do maior histórico de investigações desse gênero naquele país. Para tanto, apresenta-se inicialmente a discussão

⁴ Ver, por exemplo, os casos *Union Circulation Company v. FTC* (1957), *Kartell v. Blue Shield of Mass* (1984), *U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources* (1994) e *U.S. v. Council of Fashion Designers of America* (1995).

⁵ Ver *U.S. v. Adobe et al* (2010), *U.S. V. Lucasfilm Ltd.* (2010) e *California v. Ebay* (2012), explorados no item 4.3 deste artigo.

⁶ Ver, por exemplo, os Processos Administrativos nº 08012.003021/2005-72, 08012.002812/2010-42, 08700.006386/2016-53 e o Procedimento Preparatório nº 08700.003187/2017-74.

⁷ Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61.

sobre definição de mercados relevantes de trabalho (item 2). Em seguida, será exposta a teoria do poder de monopólio e sua aplicação ao mercado de trabalho (item 3). Ato contínuo, serão apresentadas as principais condutas potencialmente anticompetitivas encontradas na jurisprudência (item 4). Por fim, as considerações finais serão expostas.

2. A definição de mercado relevante

Para o direito antitruste, um mercado relevante (MR) é o conjunto de agentes econômicos que efetivamente reagem e se limitam diante de estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da operação ou conduta em análise (CADE, 2016, p.13). Embora não seja um fim em si mesmo, nem vincule toda a análise antitruste, a definição de MR se trata do ponto de partida e fundamento para a avaliação de casos nos Guias de Análise Antitruste de várias jurisdições, como Brasil, Europa e EUA (CADE, 2010, p.3). Definições muito amplas de MR podem diluir e esconder o poder econômico, e definições muito estritas podem ensejar preocupações concorrenciais injustificadas.

Assim sendo, cumpre-nos, primeiramente, questionar: o que é um mercado de trabalho para o direito antitruste? Trata-se de tema incipiente, como toda a análise antitruste de mercados de trabalho. Apesar disto, o arcabouço teórico e instrumental já adotado para a delimitação dos demais mercados mostra-se apto a responder à questão, a começar pelas dimensões de MR.

Adaptando-se os termos do atual Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, a dimensão geográfica poderá ser considerada a área em que as empresas ofertam vagas de trabalho ou que os funcionários buscam empregos dentro da qual um monopsonista conseguiria, lucrativamente, impor reduções de salários significativas (CADE, 2016, p. 14). A dimensão trabalho, por sua vez, compreenderia candidatos (empregos) considerados, pelo empregador (candidatos), substituíveis entre si devido a suas características e salários.

Usualmente, diversos fatores costumam ser utilizados para a delimitação de cada dimensão de MR. Sem negar tais fatores, Posner *et. al.* (2018, p. 5) consideram que, para mercados de trabalho, os principais balizadores de diferentes MRs devem ser a substitutibilidade de empregos sob a ótica da oferta (dos trabalhadores) e a distância de deslocamento ao trabalho:

“Um mercado de trabalho é um grupo de empregos entre os quais os trabalhadores conseguem trocar com relativa facilidade (por exemplo, programadores, advogados, ou trabalhadores não qualificados), localizados dentro de uma área geográfica usualmente definida pela distância de deslocamento dos trabalhadores”. (Tradução livre).⁸

Tal substitutibilidade está inerentemente ligada à própria formação ou experiência prévia dos trabalhadores. Nesse sentido, Hovenkamp e Marinescu (2019, p. 19) colocam que “os limites dos mercados de trabalho são definidos principalmente pelas habilidades ou treinamento dos empregados.”⁹ Nota-se, assim, que a doutrina norte-americana recente delimita os mercados, na dimensão trabalho, pelas habilidades apresentadas pelos empregados, as quais balizam o espectro de empregos dentro do qual um determinado perfil de trabalhador pode ser contratado com relativa facilidade.

Tais habilidades não devem ser confundidas com o setor econômico ou o mercado relevante de bens ou serviços no qual os trabalhadores atuam. Naturalmente, há profissões que só podem ser absorvidas por um setor — por exemplo, enfermeiros e médicos trabalharão quase invariavelmente em mercados de serviços no setor da saúde. Contudo, há diversas profissões que podem ser encontradas em variados setores e mercados da economia — por exemplo, há programadores, porteiros, administradores e vendedores tanto na indústria automobilística quanto no setor de serviços financeiros.

Neste sentido, publicação da OCDE (2020) afirmou que o mercado de trabalho pode se estender sobre empresas que oferecem produtos não competidores entre si. Semelhante é a orientação do DOJ/FTC (2016) sobre o tema, e a jurisprudência norte-americana também favorece este entendimento. Por exemplo, nos casos envolvendo acordos de não contratação de trabalhadores (*no poach agreements*) — U.S. v. Adobe *et. al.* (2010) e California v. Ebay (2012) — considerou-se como mercado relevante afetado o de cientistas e engenheiros de software, por constituírem grupos de que uma série de empresas contratavam mão de obra, ainda que elas não fossem competidoras no

⁸ No original: “A labor market is a group of jobs, between which workers can switch with relative ease (for example, computer programmers, lawyers, or unskilled workers), located within a geographic area usually defined by the commuting distance of workers.”

⁹ Tradução nossa. No original: “The boundaries of labor markets are driven mainly by employee skills or training. Geographic markets are driven mainly by the location and mobility of current or prospective employees.”

mercado de produtos. De fato, nesses casos, conforme colocam Hovenkamp e Marinescu (2019, p.20), a própria existência do acordo “é um forte indicativo de que as firmas eram competidoras nesta porção particular do mercado de trabalho”¹⁰.

Definida a dimensão trabalho do mercado de trabalho (equivalente à tradicional dimensão produto), passa-se à dimensão geográfica. Conforme referido, para Posner *et. al.* (2018), a dimensão geográfica é definida pela distância de deslocamento dos trabalhadores. De maneira semelhante, Hovenkamp e Marinescu (2019) afirmam que os mercados geográficos de trabalho são definidos principalmente pela localização e mobilidade dos trabalhadores atuais ou potenciais.

Do mesmo modo como varia a dimensão geográfica de mercados de diferentes bens e serviços, conforme revelam pesquisas de mercado, também a dimensão geográfica de diferentes mercados de trabalho, a rigor, pode diferir, pois as variadas categorias de trabalhadores possivelmente têm disposições e condições desiguais de locomoção (POSNER *et. al.*, 2018, p. 41). Por exemplo, trabalhadores com maior renda podem estar menos dispostos a despende muitas horas com transporte; por sua vez, trabalhadores com menor renda, a depender da infraestrutura de transportes da localidade onde vivem, podem não ter condições de se deslocar além de um certo raio. Posner *et. al.* (2018) ponderam também a existência de uma possível dimensão temporal de MR – os autores questionam, por exemplo, se trabalhadores dispostos a trabalhar no turno da noite não devem constituir um mercado à parte, posto que muitas pessoas podem não ter disposição para tal.

Por fim, Posner *et. al.* (2018) sugerem, para definição de MR, o uso de um teste do monopsonista hipotético, análogo ao teste do monopolista hipotético, já consagrado na prática antitruste. Por meio de tal medida, verificar-se-ia se um único monopsonista poderia impor uma “pequena porém significativa e não transitória”¹¹ diminuição de salários em determinado mercado, a fim de validar a sua existência autônoma. Nota-se, por todo o exposto, que o

¹⁰ Tradução nossa. No original: “*The fact that the two firms found it profitable to enter into this agreement is a strong indicator that (1) the firms were competitors in this particular portion of the labor market and (2) that between the two of them they had enough market power to make the agreement profitable.*” .

¹¹ “*Small but significant and non-transitory decrease in wages*” (SSNDW).

instrumental usualmente utilizado na análise antitruste de mercados de bens e serviços pode ser adaptado para mercados de trabalho, ainda que a discussão exija amadurecimento.

3. Mercados de Trabalho e Poder de Monopsônio

A medida mais utilizada para identificar a existência de potencial de dano à concorrência é o poder de mercado (SEAE, 2014, p. 68). O poder de mercado é a capacidade de uma empresa alterar unilateralmente — ou um grupo de empresas alterar coordenadamente — as condições de mercado (SEAE, 2014, p. 70). Tal poder pode emanar dos dois lados que transacionam: tanto da oferta quanto da demanda. Quando este poder vem da demanda, fala-se em poder de monopsônio.

O termo monopsônio remonta à obra da economista Joan Robinson, cunhado em 1933 para designar mercados com um só comprador¹². De lá para cá, a ciência econômica foi se especializando, organização industrial e economia do trabalho passaram a ser disciplinas bem distintas. Historicamente, apenas a primeira se deteve em problemas antitrustes, o que talvez explique por que o mercado de trabalho nunca tenha sido um foco de destaque do direito concorrencial (POSNER *et. al.*, 2018, p. 8).

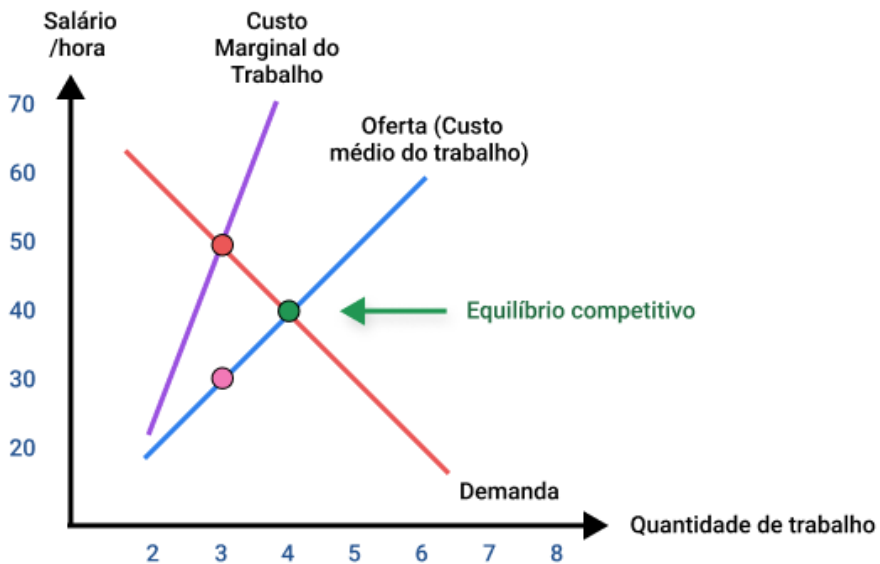
De qualquer forma, a teoria do monopsônio é o fundamento econômico a embasar o poder de mercado em mercados de trabalho, de modo que se faz fundamental compreendê-la. Em essência, um comprador competitivo é aquele que não será capaz de influenciar o preço do bem adquirido, não importa a quantidade a ser comprada. Por contraste, o comprador monopsonista influencia tal preço e por isso decide comprar uma quantidade menor.

Em termos gráficos, o comprador monopsonista é aquele que se depara com uma curva de oferta ascendente, que sinaliza aumento de preços com aumento de quantidades. Isto ocorre justamente porque o comprador influencia os preços. Por exemplo, consideremos uma firma que seja a única contratante de trabalhadores em uma pequena e remota cidade. Em um dado equilíbrio, a firma só conseguirá atrair mais trabalhadores se aumentar o salário pago. Contudo, tal aumento de salários elevará o salário de mercado nessa

¹² ROBINSON, Joan. *The Economics Of Imperfect Competition*. 1933.

cidade — ou seja, o custo do novo trabalhador não será igual ao custo marginal da mão de obra (como ocorreria em mercados eficientes), vez que o aumento terá de ser estendido a todos os outros trabalhadores contratados, encarecendo o custo médio da mão de obra. Diante disso, a empresa monopsonista tende a contratar aquém do que faria em um mercado competitivo.

Figura 1: Equilíbrio em mercados competitivos (verde) e equilíbrio em mercados monopsonistas (rosa).



Fonte: adaptado de Economics Online (2021).

O gráfico acima ilustra a situação: em condições competitivas, o equilíbrio que igualaria a oferta e a demanda ocorreria a quantidades e preços maiores do que aqueles encontrados em mercados em condições de monopsonio. Ressalta-se que nestes mercados, ao contrário do que ocorre com monopólios, os preços (salários) *menores* podem gerar ineficiência, vez que reduzem a quantidade ofertada e o valor de excedente dos vendedores, diminuindo o produto total gerado na economia (*deadweight loss*). Uma diminuição do produto pode significar uma economia com menos renda e, neste caso,

também com menos empregos, o que também gera impactos sociais e aumento de gastos do governo com seguridade social (POSNER et al, 2018, p. 538).

O poder de monopólio depende de três condições: (i) do número de compradores atuando no mercado, (ii) da forma de interação entre estes compradores e (iii) da elasticidade da oferta (RUBINDEL e PINDYCK, 2009, p. 463).

Conforme visto anteriormente, grosso modo, um mercado de trabalho se diferencia do outro à medida das diferenças em habilidades dos trabalhadores e de sua disposição para se locomover em busca de empregos. Assim, moradores de localidades remotas, por exemplo, podem estar mais sujeitos ao poder de monopólio, devido à maior concentração do mercado em poucos empregadores¹³. Para uma medida mais precisa, tanto Marinescu e Hovenkamp (2019) quanto Posner *et. al.* (2018) argumentam que a concentração de empregadores poderia ser auferida pelo índice Herfindahl-Hirschman, tal como se faz em mercados de bens e serviços. Além da concentração, a forma de interação entre os competidores também pode afetar o poder de mercado — com maior rivalidade, haverá pouco poder de monopólio mesmo em mercados com apenas três ou quatro compradores (RUBINDEL e PINDYCK, 2009, p. 463).

A terceira condição que pode afetar o poder de monopólio é a elasticidade da oferta. A oferta é tanto mais elástica quanto os trabalhadores forem sensíveis a variações no salário. Isso é: se uma empresa pudesse diminuir salários indefinidamente, sem acumular demissões de seu pessoal, então a elasticidade seria zero e a oferta seria absolutamente inelástica. Nesse caso, o poder de monopólio da empresa seria máximo. Naturalmente, no mundo real, as pessoas reagem a decréscimos de salários em alguma medida, e quanto mais elas reagirem, menor será o poder de mercado dos empregadores.

Custos de procura, incertezas e assimetrias de informação são características que podem contribuir para tornar a oferta de trabalho menos elástica, potencializando o poder de monopólio. Tanto pedir demissão quanto negar uma proposta de emprego envolvem cálculos do trabalhador sobre sua empregabilidade futura, o que sempre envolve algum grau de incerteza. A assimetria

¹³ Posner et al (2018) argumentam que isso pode explicar uma parcela da desigualdade de renda entre trabalhadores do interior e da capital — estes receberiam mais, pois há mais competição por sua contratação.

de informação também é notória: muitas vezes é difícil saber de antemão quão rigorosa será a nova chefia, a quantidade de horas extras que serão demandadas, as condições de trabalho etc. Ademais, há custos de procura: as pessoas precisam de tempo e esforço para procurar vagas e participar de seus processos seletivos, e nem todos possuem tal disponibilidade, de modo a preferirem ficar no emprego em que estão.

É de se observar, contudo, que custos de procura e assimetrias de informação também afetam o empregador. Além de demorados e custosos, os processos seletivos nem sempre atingem seus objetivos¹⁴. Os candidatos muitas vezes não são totalmente sinceros quanto a suas habilidades e intenções na empresa (afinal eles querem a vaga acima de tudo), e a capacidade dos recrutadores de discernir a verdade é limitada. De fato, no mercado de trabalho, as duas partes contratantes costumam ter diversas expectativas quanto ao outro lado, o que não ocorre no mercado de bens e serviços¹⁵. Tais exigências recíprocas caracterizam os altos custos de procura no mercado de trabalho¹⁶.

Há ainda, para as empresas, um custo de treinamento — por exemplo, há evidências da indústria de serviços financeiros de que novos funcionários demoram três anos até igualar o desempenho dos demais. Além disso, quando um funcionário deixa a empresa, perde-se todo o investimento em capital humano nele despendido, por vezes em benefício de uma empresa concorrente. Esses custos e assimetrias informacionais fazem com que, também para as firmas, uma alta rotatividade de funcionários não seja o ideal¹⁷, razão pela qual esta é uma análise de mercado que demanda o cauteloso sopesamento das condições tanto do empregador quanto do empregado.

¹⁴ Desde 2009, o tempo gasto por empresas com entrevistas de seleção dobrou e ainda há muita incerteza se os processos seletivos são, de fato, eficientes. Fonte: <https://hbr.org/2019/05/your-approach-to-hiring-is-all-wrong>

¹⁵ Em geral, quem vende bens ou presta serviços não exige requisitos do comprador além da capacidade de pagamento — maiores exigências costumam vir apenas do lado comprador. Já no mercado de trabalho, os candidatos querem saber, por exemplo, como é o ambiente de trabalho, quais as chances de progressão na carreira, entre outros, enquanto os empregadores procuram descobrir o histórico profissional dos candidatos, seus planos futuros etc.

¹⁶ Posner *et. al.* (2018) usam o termo “diferenciação de dois lados” para designar tal aspecto do mercado de trabalho.

¹⁷ Aliás, estas são algumas explicações que a literatura fornece para a chamada rigidez nominal dos salários.

No contexto do Brasil, por exemplo, as leis trabalhistas podem ser vistas como uma forma de amenizar as características acima descritas. Para o empregador, o contrato de experiência pode representar uma maneira de se minimizar os custos decorrentes de más contratações causadas pela assimetria de informação. Contudo, os principais protegidos pelas regras trabalhistas são mesmo os empregados, afinal, ainda que demissões impactem tanto empresas quanto trabalhadores, é evidente que são estes os mais vulneráveis. Nesse sentido, o seguro-desemprego é uma maneira de se beneficiar os trabalhadores com a redução da incerteza quanto ao futuro e o abatimento dos custos de procura. Por sua vez, sindicatos e negociações coletivas aumentam a barganha dos empregados, permitindo que eles se coordenem a fim de criar poder de mercado e estabelecer condições mínimas de trabalho. Tal barganha é ainda potencializada pelo direito à greve, que historicamente se mostrou um recurso poderoso. Por fim, citam-se ainda as próprias leis de salários mínimos e o chamado princípio da irredutibilidade salarial, que, no Brasil, cria uma vedação legal ao corte de salários.

Portanto, a legislação trabalhista tanto tenta *impedir* que o poder de monopsonio se constitua, ao atenuar a inelasticidade da oferta de trabalho, quanto tenta *contrabalancear* a eventual existência de poder de mercado, ao aumentar o poder de barganha dos trabalhadores e limitar potenciais efeitos de monopsonios através do estabelecimento de condições mínimas de contratação.

Em suma: em mercados de trabalho, eventual poder de mercado dos empregadores é denominado de poder de monopsonio, o qual depende, fundamentalmente, do grau de concentração e de rivalidade do mercado relevante em apreço. O poder de monopsonio depende, ainda, da inelasticidade da oferta, a qual, no caso dos mercados de trabalho, pode ser afetada por características como custos de procura, incerteza e assimetrias de informação. Tanto a inelasticidade da oferta pode ser atenuada por leis trabalhistas quanto o poder de monopsonio pode ser contrabalanceado por elas, de modo que legislações trabalhistas constituem outro fator a ser contemplado na análise de existência de poder de monopsonio.

Como se sabe, a análise de poder de mercado, no direito antitruste, é essencial para a avaliação de atos de concentração. Até o atual momento, não há registro de fusões ou aquisições barradas por conta de efeitos no

mercado de trabalho. Trata-se, contudo, de interessante discussão para a doutrina antitruste, a ser tratada em outro artigo.

Mas a análise de poder de mercado e a definição de mercado relevante também são importantes para se investigar a capacidade de causar danos e a racionalidade econômica de condutas entre concorrentes no mercado de trabalho, sobretudo quando analisadas sob o paradigma da regra da razão. A experiência norte-americana é a que mais se destaca no referente a investigações de tais práticas, motivo pelo qual este artigo aprofundará, nos itens seguintes, os parâmetros da doutrina e da jurisprudência daquele país.

4. Condutas Anticompetitivas na experiência norte-americana

Antes de examinar possíveis condutas anticompetitivas no mercado de trabalho, cabe esclarecer que, na tradição antitruste norte-americana, país no qual o debate em tela é consideravelmente mais avançado, os ilícitos podem ser julgados sob dois padrões analíticos principais. Um deles é o da regra da razão, em que há uma presunção de licitude da conduta que apenas será desconsiderada caso a autoridade consiga comprovar efeitos anticompetitivos efetivos ou potenciais decorrentes da ação investigada (AREEDA e HOVENKAMP, 2003, p. 329). Tal comprovação usualmente envolve, entre outros aspectos, as análises de mercado relevante e poder de mercado, já tratadas acima. O segundo padrão analítico é o da regra *per se*, em que, por contraste, dispensa-se a comprovação de efeitos econômicos anticompetitivos, pois estes se presumem da própria conduta, ensejando, *prima facie*, sua ilicitude. Cartéis, por exemplo, são condutas usualmente analisadas sob o segundo prisma: a condenação antitruste dependerá da própria comprovação de existência destes acordos.

Faz-se necessário, ainda, salientar a distinção entre restrições principais (*naked*) e restrições acessórias (*ancillary*) existente na doutrina daquele país. A doutrina das restrições acessórias se assenta na premissa de que acordos anticompetitivos podem ser acessórios a um acordo principal legítimo. A restrição é aceita como acessória se razoavelmente necessária para alcançar qualquer dos benefícios promotores de eficiência do negócio principal. Por sua vez, ela é principal se “separada ou não razoavelmente necessária para uma maior colaboração legítima”, segundo o DOJ e a FTC (2016).

4.1 Wage-Fixing

Segundo o guia do DOJ/FTC (2016), a prática de *wage-fixing* se trata da realização de acordos entre empregadores para fixar salários ou benefícios a um valor específico ou dentro de um espectro. Sendo a restrição do tipo principal (*naked*), ela é considerada pelos órgãos norte-americanos como um ilícito *per se*, dispensando-se investigações sobre seus efeitos anticompetitivos. Não são detalhadas, no guia, as circunstâncias em que tais restrições poderiam ser consideradas como acessórias, a exigir a aplicação da regra da razão e maiores análises de mercado¹⁸. Apenas é frisado que “*joint ventures* legítimas” não seriam consideradas infrações antitruste *per se* (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3). O DOJ manifestou no documento, ainda, que tem intenção de punir criminalmente futuras práticas de *naked wage-fixing*, o que demonstra um aprofundamento do escrutínio antitruste no mercado de trabalho. De fato, em dezembro de 2020, houve o primeiro caso de persecução criminal do órgão pelo referido tipo de conduta¹⁹.

O documento cita dois casos de *naked wage-fixing* que indicam que, no passado, tal conduta não era tratada com a gravidade de um cartel, apesar de já ser repudiada naquele país. No caso U.S. v. Council of Fashion Designers of America (1995), a FTC processou um conselho de estilistas por terem acordado preços a fim de diminuir os cachês pagos a modelos em desfiles. A alegação da defesa de que o acordo era acessório à organização conjunta de desfiles não prosperou, sendo a restrição considerada principal. Ao final, houve celebração de acordo em que os membros do conselho se comprometeram a adotar medidas de *compliance* e conscientização e a cessar práticas futuras, sem admissão de violação da lei.

De maneira semelhante, no caso U.S. v. Debes Corp (1992), a FTC processou oito lares de cuidados por se unirem para boicotar e impedir o aumento de preços de uma empresa que fornecia serviços terceirizados de enfermagem, anunciando a medida às demais empresas do setor, a fim de inibir a alteração de preços também por parte delas. Ao final, houve celebração de acordo em que os lares, sem admissão de violação da lei, comprometeram-se

¹⁸ Em OCDE (2019) sugere-se que, a depender do contexto, a prática de *wage-fixing* pode se caracterizar como compra coletiva de insumos, a beneficiar consumidores com menores preços.

¹⁹ U.S. v. Neeraj Jindal, Case No. 4:20-CR-358 (E.D. Tex. Dec. 09, 2020).

a cessar a prática, com a proibição por dez anos da troca de informações sobre os serviços de enfermagem entre os investigados (FTC, 1992, p. 701-709).

Diversas vezes, contudo, as acusações de *wage-fixing* ocorrem em meio a evidências de troca de informações concorrencialmente sensíveis entre empresas. Contudo, as duas condutas não se confundem, pois têm gravidade e características de análise próprias, conforme se verá no próximo item.

4.2 Troca de informações concorrencialmente sensíveis

A troca de informações entre empregadores sobre os termos e condições de emprego, para o guia do DOJ/FTC (2016), pode configurar evidência de um acordo implícito. Os órgãos ressaltam, contudo, que tal conduta não se trata de uma violação *per se*, sendo sujeita à responsabilização antitruste apenas se ela tiver um efeito anticompetitivo comprovado ou provável, entendimento que é estabelecido na jurisprudência norte-americana. Assim, a delimitação de mercado relevante e a análise da estrutura de mercado são aspectos importantes para se auferir a probabilidade de existência da conduta e de sua capacidade de provocar efeitos anticompetitivos.

Em *U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources* (1994), o DOJ processou uma associação de profissionais de recursos humanos do setor de *healthcare* que reunia hospitais que somavam juntos 75% da demanda de enfermeiros no condado de Salt Lake, por trocas de informações sensíveis que teriam servido para monitorar e estabilizar o salário dos enfermeiros em uma época de escassez destes profissionais. Ao final, a associação assinou um acordo se comprometendo a cessar a prática de fixação de salários e de compartilhamento de informações, entre outras medidas (CORMAN, LENT e REINHART, 2018).

Em *Todd vs Exxon Corporation et. al.* (2001), julgado pela U.S. Court of Appeals do segundo circuito, Roberta Todd, ex-funcionária da Exxon, acionou a Justiça por conta da troca de informações detalhada e frequente sobre pagamentos de funcionários não-sindicalizados do setor petrolífero²⁰, que teriam sido usadas para reduzir artificialmente salários por parte das 14 empresas petrolíferas envolvidas. A conclusão da Corte foi a de que, não havendo um acordo explícito, o compartilhamento das referidas

²⁰ “*Nonunion managerial, professional, and technical employees ('MPT Employees')*”.

informações deveria ser analisado à luz da regra da razão, o que levou à condenação das empresas. Contudo, na sequência, outros ex-funcionários entraram com diversas ações semelhantes, que foram todas agrupadas em um litígio coletivo que foi então julgado improcedente. Um dos principais argumentos foi de que os demandantes não haviam provado que os empregados da indústria petrolífera constituíam um mercado relevante isolado — isto é, que não haveria oportunidades de empregos para aqueles funcionários em outras indústrias. Anedoticamente, a própria Roberta Todd foi trabalhar na consultoria Ernst & Young após sua saída da Exxon. Os ex-funcionários recorreram e os litigantes acabaram chegando a um acordo (KRUSE, RODGERS e TURNER, 2019, p. 9).

Em 2006, houve uma série de ações antitruste coletivas em nome de enfermeiros em face de provedores de serviços de saúde de Memphis, San Antonio, Albany, Chicago, Detroit e Arizona, em razão de supostos acordos para combinação de salários de enfermeiras e compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis. Tais litígios obtiveram resultados variados²¹. Em *Reed vs Advocate Health Care* (2009), julgado pela Northern District Court de Illinois/EUA, o magistrado entendeu que, como não houve prova da existência de acordo para a fixação de salários, apenas do compartilhamento de dados, o caso deveria ser apreciado à luz da regra da razão. Ambas as partes contrataram economistas para provar suas teses e, ao final, a Corte decidiu que não havia prova de dano coletivo²² a justificar a ação antitruste. Entre outros motivos, porque os próprios dados usados pelos economistas da parte autora mostravam ampla variação nos aumentos de salários das enfermeiras, a desbancar a tese de que teria havido fixação de salários e danos à classe. Já em *Cason–Merenda v. Detroit Med*²³, hospitais da área de Detroit, igualmente julgados sob a regra da razão, após dez anos de litígio, firmaram um acordo em 2016 com o pagamento de 90 milhões de dólares aos demandantes.

²¹ *Fleischman v. Albany Medical Center*, *Clarke v. Baptist Memorial Healthcare*, *Reed v. Advocate Health Care*, *Maderazo v. VHS San Antonio Partners, L.P.*, *Johnson v. Arizona Hospital and Healthcare Association* e *Cason-Merenda v. Detroit Medical Center*. Fonte: <https://www.littler.com/publication-press/publication/nurse-wage-fixing-cases-update>

²² Nos termos da doutrina norte-americana, “*common impact or damages*”.

²³ *Cason–Merenda v. Detroit Med. Ctr.*, 862 F. Supp. 2d 603, 606 (E.D. Mich. 2012)

Nota-se nos casos citados uma convergência de decisões no sentido de rejeição do emprego da regra de análise *per se* em prol da regra da razão na análise da troca de informação sensível no mercado de trabalho. O emprego desta metodologia de apreciação se mostra razoável e condizente com a própria natureza das condutas investigadas, posto se tratar de condutas das quais não se pode presumir o dano ao mercado – no caso, aos trabalhadores – diante da possibilidade de geração de eficiências.

4.3 *No-poach Agreements*

Segundo o guia do DOJ/FTC, *No-poach Agreements* se tratam de acordos escritos ou orais entre empregadores para que um não contrate ou tente contratar empregados do outro. Também a esta prática se aplica a diferenciação de restrições acessórias das principais (*naked No-Poach Agreements*), estas segundas configurando ilícito *per se* a dispensar investigações sobre seus efeitos anticompetitivos (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3). O DOJ igualmente manifestou, no documento, a intenção de punir criminalmente práticas de *naked no-poach agreement*. De fato, em janeiro de 2021, houve o primeiro caso de perseguição criminal do órgão pela conduta²⁴.

Esta é a categoria em que se inserem os litígios mais expressivos de direito antitruste no mercado de trabalho, na figura dos casos "*high-tech employees*". Trata-se de três casos bastante semelhantes envolvendo gigantes da tecnologia: (i) U.S. v. Adobe *et al* (Adobe, Apple, Google, Intel e Pixar); (ii) U.S. v. eBay; e (iii) U.S. v. Lucasfilm. Nos três casos, o DOJ considerou os acordos infrações *per se*; contudo, não houve perseguição criminal.

Em U.S. v. Adobe *et al* (2010), entre as seis empresas investigadas havia acordos de restrição do chamado "*cold-calling*" — isto é, as empresas não poderiam "assediar" funcionários da concorrência. Aparentemente, a contratação só poderia ocorrer por iniciativa dos trabalhadores (que não sabiam disso).

Já em U.S. v. eBay (2012), o acordo entre eBay e Intuit incluía um componente que impedia a contratação de empregados de uma empresa pela outra, ainda que a iniciativa de contratação viesse do trabalhador. Segundo a

²⁴ U.S. vs. Surgical Care Affiliates, LLC *et al.*, Case No. 3:21-CR-00011 (N.D. Tex. Jan. 05, 2021)

denúncia, o acordo teria sido firmado entre o CEO da eBay e o presidente e fundador da Intuit, ou seja, no mais alto escalão das companhias e, durante um ano, teria impedido completamente a contratação de qualquer empregado da Intuit pela eBay. Por sua vez, em *U.S. v. Lucasfilm* (2010), os empregadores teriam concordado em avisar um ao outro se fossem fazer uma oferta a empregados da empresa rival e, ao fazer tal proposta, não cobririam eventual contraproposta.

Após firmarem acordos com o DOJ referentes às mencionadas denúncias, tais gigantes da tecnologia passaram a responder ações privadas de reparação de danos aos trabalhadores²⁵, que acabaram em vultosos acordos indenizatórios: Apple, Google, Intel, e Adobe pagaram 415 milhões de dólares a cerca de 64 mil ex-empregados, enquanto Lucasfilm, Pixar, e Intuit, que celebraram acordo em etapa processual anterior, comprometeram-se a indenizar seus ex-funcionários em 20 milhões de dólares (BLOOMBERG, 2018).

No caso de *no-poach agreements*, no entanto, parece haver uma discussão mais consolidada das circunstâncias em que tais restrições podem ser consideradas acessórias a um negócio principal legítimo. Em *Eichorn v. AT&T* (2001) um acordo do gênero foi analisado no âmbito de uma operação de desinvestimento — durante oito meses, a empresa e suas antigas afiliadas não iriam contratar uma das outras empregados a partir de certo patamar salarial. A corte do terceiro circuito conclui que tal restrição era acessória à venda do negócio e justificável sob a ótica da regra da razão, pois razoável em escopo e duração (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 4). Igualmente, nos casos supracitados, com as empresas de tecnologia, os acordos em meio a operações de fusões e aquisições foram expressamente excetuados da proibição *per se* imposta no julgamento final (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 9).

Acordos de *no-poach* não estão restritos à mão de obra qualificada, sendo comum também no contexto de franqueados. Conforme Krueger e Ashenfelter (2018), 58% das maiores empresas franqueadoras dos EUA operam com tais cláusulas, incluindo as redes McDonald's e Burger King. Diversas destas empresas estão atualmente sendo processadas por conta disso²⁶. Em

²⁵ In re High-Tech Employee Antitrust Litig., 856 F. Supp. 2d 1103 (N.D. Cal. 2012)

²⁶ Em *Deslandes v. McDonald's USA LLC*, U.S. District Court for the Northern District of Illinois, No. 1:17-cv-04857, o magistrado de primeiro grau defendeu o uso da regra da razão e

Williams v. I.B. Fischer Nevada (1993), contudo, ação semelhante movida contra a rede Jack-in-the-Box foi negada com base no argumento de que as franqueadas não seriam concorrentes, mas sim constituíam, junto à franquia, uma única entidade. Este mesmo argumento foi usado para negar, em primeiro grau, a ação movida contra a rede Burger King²⁷. De qualquer forma, embora diversas ações recentes tentem enquadrar a prática de no-poach, no contexto de franqueadas, como infração per se, o entendimento que prevalece é o de análise à luz da regra da razão²⁸.

5. Considerações finais

Diante do exposto, percebe-se que há mecanismos já estabelecidas no direito concorrencial aptos para viabilizar o escrutínio antitruste nos mercados de trabalho. Enquanto ainda há de se analisar melhor os impactos de atos de concentração no mercado de trabalho, a experiência norte-americana já oferece valiosas diretrizes para a análise de condutas potencialmente restritivas à concorrência. Como demonstrado, os casos já investigados nos Estados Unidos costumam estar concentrados em mercados de trabalhadores qualificados com escassez de oferta e concentração de empregadores, como nos mercados de enfermeiras e de profissionais da indústria de tecnologia. Os acordos de *no-poach*, por sua vez, mostram-se mais presentes na economia, pois ocorrem também no âmbito de fusões e aquisições e de franquias.

Merece atenção o predomínio no uso da regra da razão quando da análise da licitude das condutas investigadas e julgadas pelas autoridades dos EUA. Isto é, a revisão de jurisprudência indica a adoção excepcional da regra de análise *per se*, de sorte que, na maior parte dos casos, as Cortes exigem a

negou a certificação de classe nacional aos requerentes, porque esta não seria a dimensão geográfica adequada do mercado relevante. Em ARRINGTON v. BURGER KING WORLD-WIDE, INC. et al.

²⁷ YOUNG, Christopher; LEVINE, Jan; Mezzino Robin. *No-Poach Franchise Case Dismissed Under Single-Entity Rule*. Troutman Paper, abril de 2020. Disponível em: <https://www.troutman.com/insights/no-poach-franchise-case-dismissed-under-single-entity-rule.html>. Acesso em: 08/10/2021.

²⁸ Ver, por exemplo, as manifestações do DOJ em três ações privadas julgadas em 2019: Stigar v. Dough, Inc. (Auntie Anne's), Richmond and Rogers v. Bergey Pullman (Arby's) e Harris v. CJ Star (Carl's Jr./Hardee's).

prova de efeitos líquidos negativos da prática restritiva sobre o mercado de trabalho.

Registra-se, por fim, que, conquanto a prática norte-americana possa servir de importante *benchmark* para o Brasil e outros países que ainda não dispõem de precedentes referentes aos mercados de trabalho, é preciso se atentar para o fato de que aquele país já acumula longa tradição de uso do antitruste nesse âmbito, com diretrizes que inexistem em nosso país. Fundamental, ainda, sopesar o contrabalanceamento que o arcabouço jurídico, como a legislação trabalhista brasileira, por exemplo, tradicionalmente protetiva aos trabalhadores, gera diante de eventual análise de poder de mercado, podendo contribuir para mitigar ou até anular os efeitos das condutas investigadas. Resta evidente, portanto, que muitas ressalvas são necessárias para se respeitar as diferentes tradições entre as jurisdições, garantindo a efetividade e racionalidade do *enforcement* antitruste no contexto da realidade dos mercados em que ele se insere.

Bibliografia

AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers, 2003.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de análise de atos de concentração horizontal*. Brasília, CADE, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizantal.pdf>. Acesso em: 10/01/2022.

BRASIL. SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. *Introdução ao Direito da Concorrência*. Brasília, SEAE, 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/4-seae-introducao-direito-concorrencia.pdf>. Acesso em 02/01/2022.

CADE. Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72, instaurado em 09 de julho de 2015.

CADE. Processo Administrativo nº 08012.002812/2010-42, julgado em 13 de junho de 2018.

CADE. Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53, instaurado em 29 de setembro de 2016.

CADE. Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61, instaurado em 15 de março de 2021.

CADE. Procedimento Preparatório nº 08700.003187/2017-74, instaurado em 25 de maio de 2017.

CORMAN, K.; LENT, K.; REINHART, T. *Shifting Enforcement of No-Poaching Agreements*. Skadden, abril/2018. Disponível em: https://www.skadden.com/-/media/files/publications/2018/04/quarterlyinsights/shifting_enforcement_of_nopoaching_agreements.pdf. Acesso em: 15/06/2022.

ECONOMICS ONLINE. *Monopolistic competition*. 2021. Disponível em: https://www.economicsonline.co.uk/business_economics/monopolistic_competition.html/. Acesso em 05/02/2022.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *US v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration*. 94C282G. Decisão de março de 1994. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-utah-society-healthcare-human-resources-administration-et-al>. Acesso em 08/03/2022.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *US v. Adobe et al*. Decisão de 17 de março de 2011. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-adobe-systems-inc-et-al>. Acesso em 04/03/2022.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *U.S v. Lucasfilm Ltd.*, 75 Fed. Reg. 81651, 81655. Dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-lucasfilm-ltd>. Acesso em 12/01/2022.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *United States and the State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation*. 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-and-state-arizona-v-arizona-hospital-and-healthcare-association-and-azhha-service-corp>. Acesso em 13/03/2022.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *U.S. vs. Surgical Care Affiliates, LLC et al.*, Case No. 3:21-CR-00011 (N.D. Tex. Jan. 05, 2021). Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-surgical-care-affiliates-llc-and-scai-holdings-llc>. Acesso em 02/04/2022.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Arrington v. Burger King Worldwide, Inc.* CASE NO. 18-24128-CIV-MARTINEZ/OTAZO-REYES. Dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1343466/download>. Acesso em: 05/04/2022.

EUA. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*. 2016. Disponível em: www.justice.gov/atr/file/903511/download. Acesso em 14/05/2022.

EUA. FEDERAL TRADE COMMISSION. *U.S. v. Council of Fashion Designers of America*. Decisão de 17 outubro 1995. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/1995/06/council-fashion-designers-america>. Acesso em 02/04/2022.

EUA. FEDERAL TRADE COMMISSION. *U.S. v. Debes Corporation et al.* (Consent Order). Disponível em: www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission_decisions_v.115. Agosto de 1992. Acesso em 03/02/2022.

EUA. NORTHERN DISTRICT COURT OF CALIFORNIA. *State of California v. Ebay Inc.*, Case No.: 5:12-CV-05874-EJD (N.D. Cal. Aug. 29, 2014). Disponível em: <https://casetext.com/case/california-v-ebay-1>. Acesso em 05/02/2022.

EUA. NORTHERN DISCRICT COURT OF CALIFORNIA. *In re High-Tech Employee Antitrust Litigation*, 856 F. Supp. 2d 1103, 2012 Trade Case. (CCH) 77866 (N.D. Cal. 2012). Disponível em: <https://casetext.com/case/in-re-hightech-emp-antitrust-litig>. Acesso em 01/03/2022.

EUA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. *Kartell, v. Blue Shield of Massachusetts, Inc.*, 749 F.2d 922 (1st Cir. 1984). Disponível em: <https://casetext.com/case/kartell-v-blue-shield-of-massachusetts-inc>. Acesso em 15/04/2022.

EUA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. *Wendy Fleischman, et al v. Albany Medical Center*, No. 10-846 (2d Cir. 2011). Disponível em:

https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/10-0846/10-846_opn-2011-05-03.html. Acesso 04/05/2022.

EUA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. *Williams v. I.B. Fischer Nevada*, 999 F.2d 445 (9th Cir. 1993). Disponível em: <https://casetext.com/case/williams-v-ib-fischer-nevada>. Acesso 11/02/2022.

EUA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. *Todd v. Exxon Corp.* - 275 F.3d 191 (2d Cir. 2001). Disponível em: <https://www.quimbee.com/cases/todd-v-exxon-corporation>. Acesso em 03/02/2022.

EUA. UNITED STATES COURT OF APPEALS. *Union Circulation Company v. Fed. Trade Com'n*, 241 F.2d 652 (2d Cir. 1957). Disponível em: <https://casetext.com/case/union-circulation-company-v-fed-trade-comm>. Acesso em 15/04/2021.

EUA. UNITED STATES DISTRICT COURT EASTERN OF ILLINOIS. *Reed v. Advocate Health Care*. 268 F.R.D. 573 (N.D. Ill. 2009). Disponível em: <https://casetext.com/case/reed-v-advocate-health-care-4>. Acesso em: 13/03/2022.

EUA. UNITED STATES DISTRICT COURT EASTERN OF NEBRASKA. *Maderazo, et al v. VHS San Antonio Partners, L.P., et al.* Disponível em: <https://dockets.justia.com/docket/nebraska/nedce/8:2015cv00348/70528>. Acesso em 13/02/2022.

EUA. UNITED STATES DISTRICT COURT NORTHERN OF ILLINOIS. *Deslandes v. McDonald's USA, LLC et al.* No. 1:2017cv04857. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/illinois/ilndce/1:2017cv04857/341680/53/>. Acesso em 02/01/2022.

EUA. UNITED STATES DISTRICT OF MICHIGAN, SOUTHERN DIVISION. *Cason–Merenda v. Detroit Med. Ctr.*, 862 F. Supp. 2d 603 (E.D. Mich. 2012). Disponível em: <https://casetext.com/case/casonmerenda-v-detroit-med-ctr>. Acesso em 12/02/2022.

EUA. UNITED STATES DISTRICT OF E.D. TEXAS, SHERMAN JUSTICE. *United States v. Jindal*. Civil Action 4:20-CR-00358 (E.D. Tex. Nov. 29, 2021). Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-jindal>. Acesso em 03/03/2022.

EUA. UNITED STATES DISTRICT OF E.D. TEXAS, SHERMAN JUSTICE. *United States v. Jindal*. Civil Action 4:20-CR-00358 (E.D. Tex. Nov. 29, 2021). Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-jindal>. Acesso em 03/03/2022.

EUA. UNITED STATES DISTRICT COURT TENNESSE WESTERN DIVISION. *Clarke v. Baptist Memorial Healthcare Corp.*, 264 F.R.D. 375 (W.D. Tenn. 2009). Disponível em: <https://casetext.com/case/clarke-v-baptist-memorial-healthcare-corp>. Acesso em: 06/02/2022.

EUA. UNITED STATES DISTRICT COURT EASTERN OF WASHINGTON. *Richmond v. Bergey Pullman Inc et al*. Case number 2:18-cv-00246. Disponível em: <https://dockets.justia.com/docket/washington/wae-dce/2:2018cv00246/82233>. Acesso em 01/02/2022.

EUA. DISTRICT COURT EASTERN DISTRICT OF WASHINGTON. *Harris v. CJ Star*. No. 2:18-cv-00247-SAB (Carl's Jr./Hardee's). Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/ashlie-harris-v-cj-starr-llc-et-al>. Acesso em: 06/02/2022.

KRUSE, Layne; RODGERS, Anne; TURNER, Eliot; 'Energy', in: *The Antitrust Review of the Americas*, Global Competition Review, 2019, Londres, Reino Unido. Disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/review/the-antitrust-review-of-the-americas/the-antitrust-review-of-the-americas-2019/article/united-states-energy>. Acesso em 04/02/2022.

KRUEGER, A. B.; ASHENFELTER, O. *Theory and Evidence on Employer Collusion in the Franchise Sector*. National Bureau of Economic Research, julho 2018. Disponível em: <https://econpapers.repec.org/paper/izaizadps/dp11672.htm>. Acesso em: 16 setembro 2018.

LAINE, E. Kruse. RODGERS, Anne. TURNER, Elliot. *The Antitrust Review of the Americas 2019*. Setembro de 2018. Disponível em: <https://www.norton-rosefulbright.com/en-gb/knowledge/publications/e0495164/the-antitrust-review-of-the-americas-2019>. Acesso em 01/02/2022.

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.

MARINESCU, Ioana; HOVENKAMP, Herbert. *Anticompetitive mergers in labor markets*. Ind. LJ, v. 94, p. 1031, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2967&context=faculty_scholarship. Acesso em 01/01/2022.

NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. *Antitrust remedies for labor market power*. Harv. L. Rev., v. 132, p. 536, 2018. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13776&context=journal_articles. Acesso em 05/04/2022.

OCDE. *Competition in Labour Markets*, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>. Acesso em 11/02/2022.

OCDE. *Competition Issues in Labour Markets – Note by BIAC*. Documento não classificado, contribuição do Business at OCDE. 2019. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)50/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)50/en/pdf). Acesso em 02/02/2022.

ROBINSON, Joan. *The Economics of Imperfect Competition*. *The Economic Journal*, Volume 43, Issue 172, 1, Pages 657–661. London, Macmillan. Dezembro de 1933. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2224510>. Acesso em: 15/05/2022.

RUBINFELD, Daniel L.; PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*. Pearson, 2009. Disponível em: <https://home.ufam.edu.br/salomao/Introducao%20a%20micro/2a%20Prova/Apostilas/Intromicro%20prova%202%20-%20Pindyck.pdf>. Acesso em 03/01/2022.

YOUNG, Cristopher; LEVINE, Jan; Mezzino Robin. *No-Poach Franchise Case Dismissed Under Single-Entity Rule*. Troutman Paper, abril de 2020. Disponível em: <https://www.troutman.com/insights/no-poach-franchise-case-dismissed-under-single-entity-rule.html>. Acesso em: 08/10/2021.

PREÇO PREDATÓRIO E O CADE: ANÁLISE DOS CASOS ENTRE 2012-2021.

Tanise Brandão Bussmann¹

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar os casos julgados pelo CADE a partir da vigência da Lei 12.529/2011 em que há a acusação de preço predatório, verificando a utilização da guia para análise econômica de preço predatório, em que são indicadas as etapas da análise para estes tipos de caso. Para tanto, foram pesquisados e inseridos os casos na pesquisa processual que dizem respeito aos Procedimentos Preparatórios, Inquéritos Administrativos e Processos Administrativos, totalizando 12 processos. Não houve condenação pelo Tribunal do CADE pela prática de preço predatório. Em que pese a diversidade de mercados relevantes, o mercado de refino e distribuição de combustíveis apresentou 3 investigações e três surgiram a partir de processos licitatórios. Quanto aos motivos do arquivamento, em três a empresa predadora não apresenta posição dominante, e outros três estavam fora do escopo da análise do preço predatório. O guia para análise econômica de preço predatório foi utilizado em 30% dos casos. Na maioria dos casos, as empresas representantes eram concorrentes e não havia a comprovação de que a empresa representada estava realizando a prática de preço predatório.

Palavras-chave: Preço Predatório. CADE. Pesquisa Processual. Processo Administrativo. Arquivamento. Condenação.

Abstract: The objective of this work is to analyze the cases judged by CADE from the validity of Law 12.529 of 2011 in which there is the accusation of predatory pricing, verifying the use of SEAE ordinance n. 70 of 2002, in which the stages of analysis for these types of cases are indicated. To this end, cases were researched and inserted in the procedural research that concern the Preparatory Procedures, Administrative Inquiries and Administrative Processes, totaling 12 processes. There was no conviction by the CADE Court for the practice of predatory pricing. Despite the diversity of relevant markets, the fuel refining and distribution market presented 3 investigations and three emerged from bidding processes. The guide for economic analysis of predatory pricing and the SEAE ordinance were used in 30% of the cases. In most cases, as competing companies were not proving that the company was using predatory pricing.

¹ Professora do Magistério Superior atuando no DEE/CADE. Doutora em Economia pelo PPGE/PUCRS.

Key Words: Predatory Pricing. CADE. Processual Research. Administrative Process. Archiving. Conviction.

1. Introdução

O preço predatório é uma prática anticoncorrencial que visa eliminar os concorrentes fazendo com que não seja atrativo produzir para um determinado mercado. Neste sentido, no caso brasileiro, o preço predatório entra no rol de práticas anticoncorrenciais listadas no Art. 36 da lei 12.529/2011², no inciso XV: “Vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”.

A lógica no preço predatório diz respeito à eliminação dos concorrentes do mercado para posteriormente realizar um aumento de preços desproporcional, ou seja, de forma a recuperar o valor dispendido com a venda abaixo do custo no momento da predação. Desta forma, é possível visualizar os gastos da empresa com a prática de preço predatório como um “Investimento em Predação”, uma vez que, em um momento posterior, espera-se obter um retorno deste investimento, com o aumento da lucratividade da atividade para a empresa predadora e eventuais empresas que tenham sobrevivido o período da predação.

Percebe-se que o preço predatório, por fornecer aos indivíduos os produtos a preços inferiores do que seu custo faz com que haja uma percepção positiva pelos consumidores, uma vez que eles pagarão menos pelo produto durante a fase de preços infra competitivos. Para Cheng³, a escola de Chicago nota que há três obstáculos para o uso desta prática por parte das empresas: a necessidade de que a empresa assuma as perdas pelo menos no curto prazo, enquanto estiver fazendo a predação; assumir tais perdas por um período

² 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; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 3 Nov 2021.

³ CHENG, Ho Fung Griffith. An economic perspective on the inherent plausibility and frequency of predatory pricing: the case for more aggressive regulation. *EUROPEAN COMPETITION JOURNAL*, v.16, n.2-3, p.343-367.2020.

significativo de modo a encorajar as demais empresas a saírem deste mercado; e fazer com que, mesmo quando a firma predadora aumente seus preços em uma etapa posterior, não ocorram novas entradas em tal mercado. De acordo com Cheng⁴, este tipo de prática precisa de um contexto de informação assimétrica para produzir efeitos, seja porque as concorrentes não terão informações sobre a estrutura de custos para verificar até quando tal política poderá ser mantida, optando pela saída de mercado ao invés de manter-se no mercado até o uso dos recursos da firma predadora e, portanto, o retorno às condições normais de mercado.

Em casos famosos, como foi o da Old American Tobacco Company, a utilização da prática de preço predatório foi combinada com a aquisição de concorrentes⁵, de forma que os pontos sugeridos por Cheng⁶, com a aquisição das empresas, acabam se tornando verdadeiros, pois para que haja o retorno a empresa precisará montar uma nova firma para retornar ao mercado.

Kobayashi⁷ expõe que na análise de preço predatório há dois possíveis erros: o erro do tipo I é a condenação equivocada de uma empresa que não estava realizando tal prática e o erro do tipo II é a não condenação de uma empresa que, sim, estava realizando tal prática. Para Kobayashi⁸, por conta da raridade de tal prática, a incidência do erro do tipo I é maior, sendo a corte norte americana mais permissiva em relação a estes delitos por este motivo.

O estudo pioneiro de Areeda e Turner⁹ expõe uma forma de verificação se a empresa em questão está realizando preço predatório. Em primeiro lugar, é possível a aceitação de alguma perda de receita de forma racional, por exemplo, como no caso de bens perecíveis. No estudo dos autores, eles sugerem que a utilização do preço abaixo do custo marginal deve, sim, ser considerado predação. Ainda, pela dificuldade de mensuração, é possível a utilização do preço variável médio como *proxy*.

⁴ *Ibidem*, 2.

⁵ KOBAYASHI. The law and Economics of Predatory Pricing. In *Encyclopedia of Law and Economics*. Edward Elgar Publishing Limited.2008.

⁶ CHENG, op. cit.

⁷ KOBAYASHI, op. cit.

⁸ *Ibidem*.

⁹ AREEDA, P; D. TURNER. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, *Harvard Law Review*, 88 (4), 697–733. 1975.

Conforme exposto na própria legislação brasileira, é apenas a venda injustificada abaixo do custo que é considerada preço predatório. Além disso, existem outros requisitos relevantes para que a prática reste configurada, a saber: a firma deve obter posição dominante no mercado – de forma que, ao realizar a prática de preço predatório, consiga agir fazendo com que as demais empresas saiam do mercado ou passem a assumir prejuízos operacionais. Um outro requisito necessário é que o mercado apresente barreiras à entrada. Desta forma, a empresa predadora ao forçar as concorrentes a deixarem o mercado também está reduzindo a concorrência para o período pós predação – em que os preços irão aumentar e as empresas, para ingressarem no mercado, precisarão lidar com tais barreiras, o que pode reduzir ou atrasar o acesso a este mercado. Além disso, para que a redução de preço seja crível por parte da empresa predadora, ela deve ter capacidade ociosa para conseguir redirecionar a demanda de mercado para si, uma vez que, sem a capacidade ociosa, haverá uma limitação de atuação da firma predadora que é proporcional ao seu tamanho no mercado. Uma segunda limitação à predação é sobre a capacidade de financiamento da empresa predadora. Ela deve conseguir se autofinanciar ou ter acesso a outras fontes de financiamento de forma a conseguir manter por certo período da predação sem inviabilizar sua produção. Por fim, a análise entre custo e preço é realizada, visando comprovar, caso todos os requisitos anteriores tenham sido preenchidos, a realização da prática. Este passo-a-passo é descrito também pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)¹⁰.

No Brasil, um caso bastante conhecido é o da Gol Linhas Aéreas S.A.¹¹, que ocorreu em um período em que os preços das passagens aéreas eram regulados, e esta companhia oferecia trechos a R\$50,00, sendo por conta disso a promoção denominada “Viaje 50 reais”. Neste caso, a própria defesa da companhia expõe que os preços não estavam abaixo do custo, sendo tal prática realizada visando aumentar tanto a ocupação das aeronaves quanto também a lucratividade da companhia. Na análise do tribunal do CADE em 2006, o conselheiro-relator concorda com a análise da SEAE, que entende que

¹⁰ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Portaria n. 70 de 12 de Dezembro de 2002*. Disponível em: http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria70_2002.pdf/view

¹¹ Idem, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08001.006298/2004-03*. 2004.

a posição da Gol neste mercado não seria suficiente para retirar suas rivais o mercado, ainda mais com uma tarifa promocional somente seria aplicada por 30 dias e em uma pequena porcentagem dos assentos. Ainda, salienta-se que a prática ficou vigente por um período curtíssimo por conta da atuação do setor responsável pela regulação que não permitiu que a companhia aérea continuasse com tal promoção. Este foi um caso bastante relevante, avaliado à luz da lei 8.884, de 1994¹², vigente no momento do julgamento deste processo.

No período recente, há a condenação da Qualcomm na ordem de 242 milhões de euros. Dentre outras condutas, a utilização da prática de preço predatório foi realizada para retirar uma concorrente, a Icera, do mercado de chips utilizados nas telecomunicações¹³.

Observa-se que muitas vezes a aplicação de um preço baixo não é necessariamente indício da prática de preço predatório. É possível que a firma apresente uma maior eficiência, pela ocorrência de ganhos de escala por exemplo quando estamos lidando com uma firma dominante, ou ainda, por um mercado com características específicas como este da aviação, em que os custos fixos representam uma parcela bastante relevante do total de custos, o que também pode de certa forma justificar os preços baixos.

Para além de Areeda e Turner¹⁴, diversas abordagens foram realizadas para modelar e identificar preços predatórios. Kobayashi¹⁵ expõe de forma sintética a maioria das abordagens até o momento da sua revisão. Há modelos aplicados de teoria dos jogos, que são bastante adequados uma vez que necessariamente a lógica de preço predatório necessita de uma análise longitudinal, uma vez que a prática apresenta sua racionalidade na sucessão dos períodos.

¹² Idem, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acesso em 3 Nov 2021.

¹³ European Commission. Press Release. *Antitrust: Commission fines US chipmaker Qualcomm €242 million for engaging in predatory pricing*. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4350

¹⁴ AREEDA, TURNER., op. cit.

¹⁵ KOBAYASHI, op.cit.

Fagundes e Kanczuc¹⁶ expõem as vertentes de preços predatórios: *deep pockets*, modelos reputacionais ou modelos de sinalização. Na primeira vertente é exposta a importância de recursos para financiamento, para deixar claro às concorrentes que a firma predadora terá condições de manter os preços abaixo até a eliminação da concorrente. Quanto aos modelos de reputação, muitas vezes eles são utilizados inclusive para empresas de fora do mercado, como é o caso do conhecido paradoxo da cadeia de lojas (*chain store paradox*¹⁷) em que a empresa dominante tem como objetivo mostrar a estratégia de retaliação via preços que será aplicada caso as empresas entrem no mercado. O último grupo de modelos, de sinalização, visa mostrar o uso de preços predatórios para reduzir a lucratividade dos mercados, mostrando aos entrantes que estes mercados são menos atrativos do que outros¹⁸.

Em relação às diferentes métricas, para além da sugestão de Areeda e Turner¹⁹, Fagundes e Kanczuc²⁰ mostram que há trabalhos que analisam as condições estruturais e também a verificação do preço como abaixo do custo total médio, conforme o trabalho de Joskow e Klevoric²¹, já Posner²² sugere a utilização do custo médio de longo prazo ao invés do custo variável médio, e Baumol²³ sugere a comparação do preço com o custo evitável médio. No entanto, estes três modelos podem apresentar algumas dificuldades de

¹⁶ FAGUNDES, Jorge e KANCZUK, Fabio. Preços predatórios: testes e avanços recentes. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 37, 2006.

¹⁷ O paradoxo da cadeia de lojas é uma aplicação da teoria dos jogos em que são confrontadas a solução trivial do jogo (via indução retroativa), e uma estratégia de detenção. O jogo é repetido e finito, e nele uma cadeia de lojas com posição dominante presente em diversas localidades enfrenta concorrência local de diferentes lojas e, na competição em cada localidade pode escolher entre ser agressiva ou cooperar. A escolha via indução retroativa seria a de agir pela acomodação (ou seja, sem ser agressiva), ao passo que, a escolha pela detenção impedirá o crescimento das rivais e aumentará o ganho da empresa dominante. Sendo assim, entende-se que é um paradoxo uma vez que, pela análise usual da Teoria dos Jogos, este resultado não seria a escolha racional dos agentes. Para mais informações, ver SELTEN, Reinhard. *The Chain Store Paradox. Theory and Decision*. 1978.

¹⁸ KOBAYASHI, op.cit.

¹⁹ AREEDA, TURNER., op. cit.

²⁰ KOBAYASHI, op.cit.

²¹ JOSKOW, KLEVORICK. A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy. *Yale Law Journal*, vol. 89.1979.

²² POSNER, R.A *Antitrust Law: An Economic Perspective*. University of Chicago Press. 1976.

²³ BAUMOL, W. Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing, *Yale Law Journal*, vol. 89. 1979.

implementação uma vez que são modelos teóricos e os custos em questão não são facilmente mensuráveis. O modelo de Williamson²⁴ sugere a utilização da quantidade produzida para quando há uma entrante no mercado e para quando não há. Sendo assim, nota-se que houve, dentro da academia certo desenvolvimento de modelos para a comprovação da ocorrência de preços predatórios.

Uma questão a ser pensada quando há o uso de preços predatórios é sobre os subsídios cruzados. Uma vez que uma empresa pode ter participação em dois mercados relevantes e utilizar os ganhos em um mercado para financiar o uso de preço predatório em outro. Esta possibilidade foi levantada por Cheng²⁵ e IBRAC (2020)²⁶, sendo que para este último, há a possibilidade do uso de externalidades de rede mostrando a possibilidade de oferecer inclusive a preço zero um produto visando aumentar o número de usuários, principalmente para o caso de plataformas de dois lados, no entanto, conforme o Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC)²⁷, não necessariamente nestes casos haverá a prática de preço predatório, podendo ser apenas uma característica do mercado.

Neste sentido, deve-se pesar a questão de subsídios cruzados principalmente pela possibilidade de alavancar com o consumo em um dos mercados o crescimento em outro ou mesmo com o financiamento e a manutenção da prática por um período maior.

A raridade da conduta já foi alvo de analogias, como a de Soares²⁸, que mostra que perseguir tal prática “seria o mesmo que caçar unicórnios, dada sua raridade”, sendo também esse posicionamento de Bara²⁹. Um cuidado nas condutas e na condenação do preço predatório está realmente na

²⁴ WILLIAMSON, Oliver. Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, *Yale Law Journal*, 87. 1977.

²⁵ CHENG, op. cit.

²⁶ IBRAC. *Guia de Condutas Unilaterais*. Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/497/IBRAC_-_Guia_de_Condutas_Unilaterais.pdf. 2020.

²⁷ WILLIAMSON, op cit.

²⁸ SOARES, Thiago Alves Duarte Faerman. Preço Predatório: Em busca de um sistema de avaliação condizente com as diretrizes do SBDC. *Revista de Defesa da Concorrência*. v.2,n.1,2014,p.33.

²⁹ BARA, Zoltán Economic Principles of Predatory (Exclusionary) Pricing in the US and in the EU. Their (Mis)Application in Some Recent Competition Law Cases of the European Community Commission and the Court of First Instance. *Competition*, Vol. 8. No. 1. 26–45.2008.

possibilidade de acabar punindo um competidor mais eficiente por sua atuação no mercado, o que não é desejável. Por conta disso, a análise antitruste deve ser o mais detalhada possível. No caso da autoridade brasileira, o uso das etapas descrito pelo guia para análise econômica de preço predatório consegue deixar separado cada um dos quesitos, visando evitar a punição para empresas que não estejam realizando tal prática.

No momento atual, à luz da Lei 12.529 de 2011³⁰, a análise das condutas nocivas à concorrência é realizada pelo CADE. A Superintendência Geral (SG) faz a instrução do processo, geralmente aberto no formato de Procedimento Preparatório ou Inquérito Administrativo, e no seu encerramento, pode sugerir a abertura de Processo Administrativo ou o arquivamento do processo. No processo administrativo, há a ampla defesa dos acusados, com a notificação dos representados e a nota técnica ao final do caso constitui peça inaugural. Ao final do processo, a SG pode sugerir o arquivamento ou sua condenação, sendo que, em ambos os casos o processo é analisado pelo Tribunal do CADE, que decide.

Nota-se que mesmo sendo uma conduta incomum, desde 2011 já foram julgados alguns processos pelo tribunal do CADE bem como outros arquivados pela SG. O objetivo deste artigo é analisar os casos de Preço Predatório entre 2012 e 2021, à luz do guia para análise econômica de preço predatório. Entende-se que tal portaria segue sendo relevante e seu passo-a-passo ainda é utilizado na análise de alguns casos de preço predatório. Sendo assim, a exposição das etapas no caso concreto mostra de que forma são conduzidos os processos nesta matéria no CADE.

Além dessa seção introdutória, há a seção de materiais e métodos, em que é explicada a portaria SEAE n.70 e 2002 em detalhe, seguida de uma breve explicação da busca processual realizada. Então, são expostos os resultados, em que cada caso é explicado em um maior nível de detalhe, bem como

³⁰ 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; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 3 Nov 2021

uma conclusão em que as similaridades e diferenças dos casos são expostas. Por fim, há as referências utilizadas no presente artigo.

2. Materiais e Métodos

Esta seção está dividida em duas subseções: na primeira é exposto o detalhamento da portaria n.70 da SEAE, que serve como uma espécie de guia para a análise de preço predatório no Brasil, e a segunda parte há as informações da coleta de dados feita, por meio da pesquisa processual do CADE.

2.1 O guia para análise econômica de preço predatório

O guia para análise econômica de preço predatório³¹ expõe etapas a serem seguidas para a análise de preço predatório no Brasil. Cabe salientar que este guia apresenta o mesmo texto da portaria n. 70 da SEAE de 2002³², que foi revogada no final de 2021 pela portaria SEAE/ME n. 13.979 de 2021³³. Nota-se que com a Lei 12.529 as investigações que anteriormente eram de responsabilidade da SEAE passaram a ser realizadas pelo CADE, especificamente pela SG. Ainda, em 2022, com a Portaria n. 104 de 28 de março de 2022³⁴, é expedido o guia para a análise econômica de preço predatório, que apresenta conteúdo idêntico ao da portaria n. 70 da SEAE. Sedo assim, entende-se que a análise realizada é coerente tanto com a Portaria n. 70 da SEAE de 2002 quanto com a Portaria n. 104 do CADE de 2022, também conhecida como guia para análise econômica de preço predatório.

O guia sugere que em um momento inicial, é recebida uma denúncia, que passa a ser objeto da análise. Então, a primeira atividade a ser realizada é a delimitação do mercado relevante daquele bem, tanto na dimensão produto quanto na dimensão geográfica.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ Idem, Portaria n. 13979 de 26 de novembro de 2021. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-seae/me-n-13.979-de-26-de-novembro-de-2021-362759869>

³⁴ Idem. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Portaria CADE n. 104 de 28 de março de 2022*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-cade-n-104-de-28-de-marco-de-2022-390318609>

A partir da definição do mercado relevante, nota-se que de forma bastante intuitiva, a firma predadora precisa de uma posição dominante no mercado. É este posicionamento que fará com que a firma consiga, ao baixar o seu preço, também forçar o mercado todo a baixar o preço. Caso a firma seja muito pequena em termos de *market share*, não é possível que este efeito seja disseminado ao mercado como um todo. Este é o primeiro requisito para que a firma possa estar realizando a prática de preço predatório. Se a firma apresentar posição dominante, a análise segue à segunda etapa. Caso contrário, sugere-se o arquivamento do processo³⁵.

Em um segundo momento é necessário verificar a existência de barreiras à entrada no mercado em questão. Nota-se que se o mercado relevante não apresentar barreiras não fará sentido o uso de preço predatório, uma vez que ao aumentar de preço, a atratividade deste mercado aumentará e as empresas irão voltar a ingressar no mercado. De forma similar ao passo anterior, a análise somente será continuada se este item for verdadeiro. Caso não existam barreiras à entrada, será sugerida o arquivamento do processo³⁶.

Então, a terceira etapa diz respeito à análise da capacidade ociosa. Para que a firma consiga rivalizar de forma efetiva, ela deverá apresentar capacidade de expansão da sua produção para conseguir suprir toda a oferta de mercado. Se não houver capacidade ociosa, ela irá vender até o total de sua produção e o restante da demanda da indústria será suprido pelo mercado, mesmo a preços mais elevados, uma vez que a firma não terá como vender mais do que produz. Sendo assim, ao se verificar capacidade ociosa, segue-se a análise, caso contrário, indica-se o arquivamento da decisão³⁷.

Na sequência é analisada a capacidade de financiamento. Uma vez que a firma está realizando a venda a preços inferiores ao praticado no mercado, ela deve apresentar condições financeiras que demonstrem a capacidade de manter tal prática por um período maior. Neste sentido, deve-se verificar se a firma apresenta fontes de financiamento internas ou externas para manter tais práticas. Caso haja tais condições, a análise prossegue para a última etapa

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

e, novamente, caso contrário, há a indicação de conclusão com o arquivamento³⁸.

Há a comparação da análise entre preço e custo, finalmente. O preço que é característico de predação é aquele abaixo do custo total médio sem justificativa econômica. Se o preço estiver acima do custo total médio, encerra-se a investigação com a sugestão de arquivamento. Caso o custo esteja abaixo do custo variável médio, sugere-se a condenação da empresa. No entanto, é possível que haja uma justificativa para tal situação e, nesta situação, de acordo com sua plausibilidade, é pelo arquivamento do processo³⁹.

Porém, este não é o único caso em que se deve haver a condenação. Nos casos em que o preço estiver abaixo do custo total médio, deve-se verificar se houve uma contração repentina da demanda ou um aumento da capacidade da indústria, e caso qualquer uma dessas práticas tenha ocorrido, novamente, a sugestão da SEAE é pelo arquivamento. Caso não tenha ocorrido nenhuma destas justificativas, então deve-se realizar a condenação da empresa por preço predatório. O quadro 1 e a figura 1 expõem de forma sintética o passo-a-passo aplicado para a análise dos casos, sendo que no quadro 1 são mostrados os passos, sendo que a análise, a partir do passo 1, somente segue para o passo subsequente caso a condição seja verdadeira⁴⁰.

Quadro 1- Passos da Análise de Preço Predatório no Brasil

Etapas	Item a ser verificado
0	Definição do mercado relevante
1	Posição dominante da empresa
2	Presença de Barreiras à entrada
3	Condições de oferta (capacidade de expansão)
4	Condições de Financiamento
5	Comparação entre preço e custo

Fonte: Elaboração Própria a partir de Brasil⁴¹

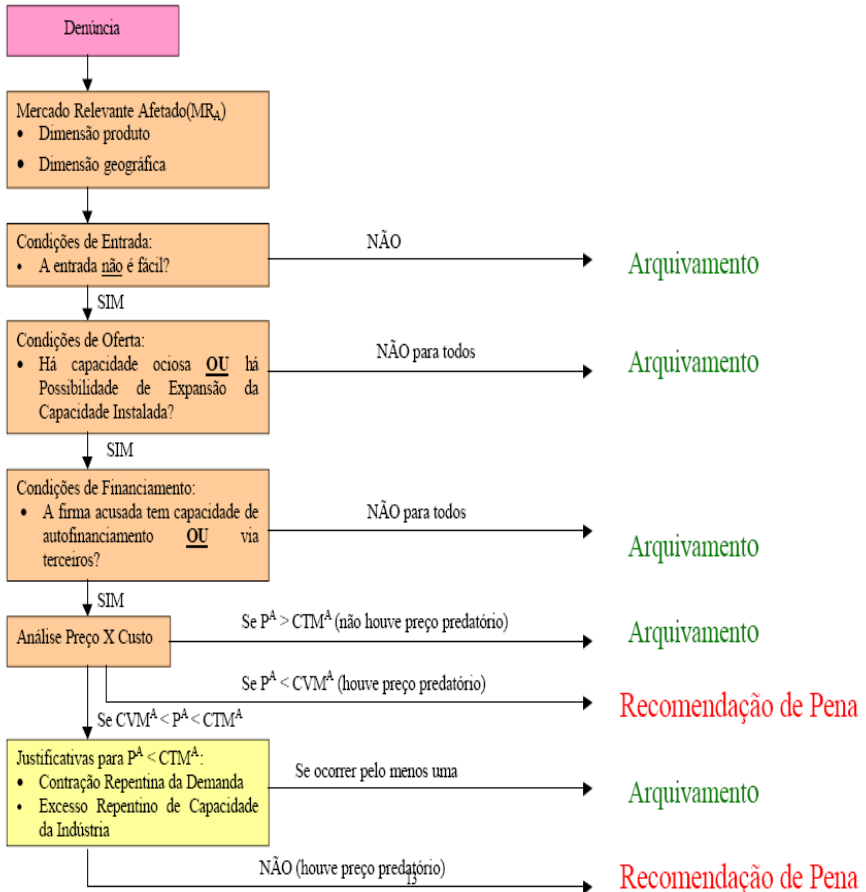
³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Idem. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Portaria n. 70 de 12 de Dezembro de 2002*. Disponível em: http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria70_2002.pdf/view

Figura 1- Análise de preço predatório – sequência a ser seguida



Fonte: Brasil ⁴²

2.2 Pesquisa Processual

Os processos considerados são todos os Inquéritos Administrativos, Procedimentos Preparatórios e Processos Administrativos em que houve a discussão sobre preço predatório. Nota-se que foram considerados apenas os processos que já foram julgados pelo Tribunal do CADE ou arquivados pela SG do CADE.

⁴² Ibidem.

Alguns dos processos analisados apresentam tipos processuais distintos, como é o caso das averiguações preliminares. Ocorre que em diversos casos, a análise iniciou antes da nova lei do CADE (Lei 12.529/11), na qual se notavam outros tipos processuais. Em relação aos prazos, nota-se que nem todos os processos apresentam uma definição de prazo para tramitação. Além disso, em diversos momentos há a solicitação de informações complementares às empresas, bem como prazos para a manifestação no processo, o que, em partes, justifica o fato de que a tramitação nestes casos é mais lenta do que para outros processos. Os processos de atos de concentração, por exemplo, têm prazo definido e prioridade para o julgamento, de acordo com a Lei 12.529 de 2011⁴³.

A escolha por utilizar os casos a partir da vigência da nova lei do CADE ocorre por conta das modificações em termos do rito processual adequado. Nas leis anteriores, houve casos em que todos os arquivamentos deveriam passar pelo tribunal, sendo que, hoje os arquivamentos de Procedimentos Preparatórios e Inquéritos Administrativos não passam pelo tribunal, salvo SG no caso de haver a avocação do processo. Já os Processos Administrativos, após o encerramento pela SG são encaminhados ao tribunal para apreciação. Para que haja a avocação, um dos conselheiros deve solicitar que o processo seja analisado pelo tribunal e cada conselheiro deve se manifestar quanto à solicitação. Em caso de maioria, o processo é avocado e então será julgado pelo tribunal do CADE.

No período em questão, foram encontrados 12 processos em que houve a acusação de preço predatório. Seis desses processos iniciaram antes da vigência da nova lei, em 2011, e seis foram posteriores. Na próxima seção há o detalhamento dos processos e do formato em que houve a aplicação do passo-a-passo da SEAE.

⁴³ Idem. *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; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 3 Nov 2021

3. Resultados e Discussão

Esta seção está dividida em 13 subseções, cada uma para um dos processos analisados pelo CADE. O quadro-síntese é apresentado abaixo, em que cada um dos casos é brevemente exposto. Salienta-se que na maioria dos processos há mais condutas elencadas no rol e mais empresas, porém, para o quadro e para os resumos, foram utilizadas apenas as informações sobre preço predatório. Ao final, há uma seção em que são discutidos os principais resultados.

Quadro 2- Síntese dos casos analisados

Número do Processo	Ano da Decisão	Representada	Mercado Relevante	Conclusão	Decisão
08012.006043/2003-22	2013	SPAL Indústria de Bebidas (Refrigerante Simba)	Refrigerantes	Não há barreiras a entrada	Arquivamento
08012.003882/2007-12	2012	AMBEV	Refrigerantes	Não há Posição Dominante	Arquivamento
08012.010744/2008-71	2017	Diversas empresas ⁴⁴	Leite Pasteurizado Tipo C no Sul do Rio Grande do Sul	Não é utilizado. É feito o confronto entre preços e custos.	Arquivamento da Conduta de Preço Predatório
08700.000073/2008-81	2012	Petrobrás	Óleo Diesel em São Luís (MA) e Araucária (PR)	Não é utilizado. A estrutura da oferta da Petrobrás é exposta.	Arquivamento
08012.011615/2008-08	2019	Abbott Laboratórios	Anti-Retrovirais	Diferença de Preços não era	Arquivamento

⁴⁴ Elegê Alimentos S.A. (atual BRF Brasil Foods S.A.); Cooperativa Sul- Rio Grandense de Laticínios Ltda.; Cooperativa dos Pequenos Agricultores e Produtores e Leite da Região Sul; Indústria de Laticínios Santa Silvana Ltda. – ME; Thurmer & Leitzke Ltda.; Sindicato da Indústria de Laticínios e Produtos Derivados do Estado do Rio Grande do Sul; Alex Sander Guarnieri Ramos; Michele Correa Laydner; Edemar Xavier Silveira; Osmar Krause; Everson Daniel do Amaral Nunes; Manoel Gonçalves; Jorge Luiz Almeida da Silva; Jorge Antônio Vallejos Arnez; Arno Alfredo Kopereck; Enilton Sell Wolter; Adilson Uarthe; Maura Thurmer Leitzke e Paulo César Leitzke

Número do Processo	Ano da Decisão	Representada	Mercado Relevante	Conclusão	Decisão
				condizente com a prática	
08012.009645/2008-46	2016	Support Produtos Nutricionais Ltda	Produtos PKU	Não há Posição Dominante	Arquivamento da Conduta de Preço Predatório
08700.011205/2014-49	2016	White Martins	Gases industriais e medicinais no Mato Grosso do Sul	<i>Market Share</i> se mantém estável e o preço na maioria dos casos ficou acima do custo médio	Arquivamento
08700.010730/2015-28	2016	Nuchtech do Brasil	Scanners de Raio X	Fora do Escopo da Análise	Arquivamento
08700.006499/2016-59	2017	Cascol Combustíveis para Veículos Ltda	Gasolina Comum no Distrito Federal	Fora do Escopo da Análise	Arquivamento
08700.008318/2016-29	2018	Uber do Brasil Tecnologia Ltda	Transporte por Aplicativo	Fora do Escopo da Análise	Arquivamento
08700.002532/2018-33	2019	Rodopetro e outras	Distribuição de Etanol Hidratado e Gasolina tipo C no Rio de Janeiro	Não há posição dominante	Arquivamento
08700.006955/2018-22	Suspenso	Petrobrás	Mercado de Refino	-	Suspenso pelo Termo de Cessação de Conduta

Fonte: Elaboração Própria

3.1 Processo 08012.006043/2003-22

No caso do Procedimento Administrativo n. 08012.006043/2003-22⁴⁵ há a denúncia de preço predatório para o Refrigerante Simba, comercializado pela SPAL Indústria de Bebidas S.A. por parte da fabricante do refrigerante Dolly no mercado de refrigerantes. Para este processo, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) em seu relatório expõe de forma direta que os custos apresentados estão abaixo dos preços, sem haver indícios da venda abaixo do custo, bem como que o acesso ao mercado relevante de refrigerantes, que não apresenta barreiras à entrada, não permitiria que o preço fosse mantido muito acima do seu custo. Em relação à esta prática, sugere-se o arquivamento do processo em 2004. Porém, outras práticas também descritas fariam com que o processo prosseguisse sendo analisado sobre a forma de Processo Administrativo. Em 2013, no relatório da SG, há novamente o argumento da irracionalidade por conta da estrutura de mercado, ou seja, em função do segundo item o guia para análise econômica de preço predatório. Tal decisão foi mantida pelo conselheiro relator, Eduardo Pontual, quando da ocasião do julgamento do processo pelo tribunal do CADE, sendo o posicionamento do relator aprovado por unanimidade.

3.2 Processo 08012.003882/2007-12

A averiguação preliminar n.08012.003882/2007-12⁴⁶ tem como representante a Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil e representada a Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV), no segmento de refrigerantes, por conta da redução do preço da Pepsi Cola em 2006. No relatório da SDE, de 2012, expõe-se que a participação no mercado de refrigerante está em menos de 20%, ou seja, houve a ausência da posição dominante no mercado. Além disso, não foram trazidos ao processo elementos comprobatórios de tal prática, o que também leva à sugestão do arquivamento. Neste mesmo ano, há o arquivamento pelo tribunal do CADE, que mantém a sugestão de arquivamento pelo relator, o conselheiro Ricardo Machado Ruiz.

⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08012.006043/2003-22.2003*. Conselheiro Relator Eduardo Pontual Ribeiro. Decisão em 2 de setembro de 2013.

⁴⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08012.003882/2007-12.2007*. Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz. Decisão em 12 de dezembro de 2012.

Nota-se que neste caso ao observar que o primeiro questionamento do guia para análise econômica de preço predatório não se mantém – sobre a posição dominante – sugere-se, pela SDE, o arquivamento do processo.

3.3 *Processo 08012.010744/2008-71*

O processo administrativo n. 08012.010744/2008-71⁴⁷ tem como representadas diversas empresas que atuavam no setor leiteiro e também pessoas físicas⁴⁸; e tal processo foi iniciado a partir da investigação do Departamento da Polícia Federal de Pelotas. Neste processo, há a acusação de cartel, conduta uniforme e preço predatório no de leite pasteurizado Tipo C.

O mercado relevante é a produção de leite pasteurizado tipo C e no quesito regional, diz respeito à microrregião de Pelotas-RS nas cidades de Pelotas, São Lourenço do Sul e Canguçu. A Superintendência-Geral do CADE, em sua análise, não encontra evidências de preços predatórios, expondo a portaria n. 70 da SEAE de 2002, mas sem responder se o caso em questão responde ao passo-a-passo. No entanto, nota-se que há na nota técnica da SG do CADE a informação de que os preços praticados estiveram abaixo do preço de equilíbrio, porém, sem ser possível verificar se este preço estava abaixo do custo de algumas das representadas.

No presente processo, no voto da conselheira relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt em 2016 não imputa a condenação com a conduta no inciso XV, § 3º, do art. 37 da Lei 12.529/2011, ou seja, neste caso há a condenação das empresas por outras condutas, porém, não a de preço predatório. No caso, a conselheira expõe que uma vez que a perícia da polícia concluiu pela venda abaixo do ponto de equilíbrio, a conselheira entende que as empresas realizaram a prática de venda abaixo do preço, de custo, sendo, Elegê e

⁴⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08012.010744/2008-71*. 2008a. Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Decisão em 18 de janeiro de 2017.

⁴⁸ Elegê Alimentos S.A. (atual BRF Brasil Foods S.A.); Cooperativa Sul- Rio Grandense de Laticínios Ltda.; Cooperativa dos Pequenos Agricultores e Produtores e Leite da Região Sul; Indústria de Laticínios Santa Silvana Ltda. – ME; Thurmer & Leitzke Ltda.; Sindicato da Indústria de Laticínios e Produtos Derivados do Estado do Rio Grande do Sul; Alex Sander Guarnieri Ramos; Michele Correa Laydner; Edemar Xavier Silveira; Osmar Krause; Everson Daniel do Amaral Nunes; Manoel Gonçalves; Jorge Luiz Almeida da Silva; Jorge Antônio Vallejos Arnez; Arno Alfredo Kopereck; Enilton Sell Wolter; Adilson Uarthe; Maura Thurmer Leitzke e Paulo César Leitzke

Consulati empresas que abusaram do poder dominante para obrigar as demais a entrar no cartel. Ressalte-se que no seu voto não há a condenação pelo inciso XV, § 3º, do art. 37 da Lei 12.529/2011.

Gize-se que dois conselheiros citaram argumentos relacionados com esta conduta. O conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo expõe alguns problemas na análise da política, que utiliza apenas custos totais ao invés de apenas os custos variáveis. Já o conselheiro João Paulo de Resende expõe que mesmo tendo havido a utilização de preços abaixo do custo, tal prática não foi realizada no sentido de predação e sim de incentivo para que as empresas entrassem no cartel do leite, sendo esta a condenação do caso em voga, dentre outras, porém, sem a condenação pela prática de preço predatório.

No presente caso verificou-se que não foi utilizado o passo-a-passo da SEAE, em que se pese que a maioria das provas utilizadas neste processo fossem emprestadas do inquérito policial. Ainda, este caso apresentou maior complexidade pois a conduta de preço predatório foi apenas utilizada para outra finalidade, ou seja, para que as empresas entrassem no cartel.

3.4 Processo 08700.000073/2008-81

O procedimento administrativo n. 08700.000073/2008-81⁴⁹ que tem como representante a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e representada a Petrobrás. O produto em questão era Óleo Diesel em São Luís (MA) e Araucária (PR) e a Petrobrás estaria comercializando o produto em preços mais baixos no momento da entrada do mercado do produto importado. A Petrobrás justificou que a redução de preços ocorreu em todo o mercado nacional. Na análise da SDE, é citada a Portaria 70 da SEAE, porém de acordo com a SDE, a Petrobrás, no caso em questão, está operando com uma margem pequena. A redução de preço ocorreu por questões logísticas no mercado em questão. O arquivamento foi também sugerido pelo relator do caso, Elvino de Carvalho Mendonça, em agosto de 2012, sendo também decidido na plenária do CADE.

⁴⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.000073/2008-81.2008b*. Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça em 15 de agosto de 2012.

Nota-se que a Portaria 70 é citada, mas sua análise não é feita no passo-a-passo no caso em questão. Em função das características da estrutura da oferta da Petrobrás, que fizeram com que houvesse uma redução do preço, não houve a análise nos passos citados.

3.5 Processo 08012.011615/2008-08

O Inquérito Administrativo 08012.011615/2008-08⁵⁰ apresenta a Abbott do Brasil como acusada da prática de preço predatório para medicamentos anti-retrovirais à base de Ritonavir. Na análise da SG, a Abbott do Brasil apresenta o maior *market share*. Em algumas licitações, de acordo com a análise da SG, notou-se que a diferença de preços na oferta unitária ficou em 0,02 centavos, de R\$ 0,55 a proposta da Abbott e R\$0,57 a da Cristália, em 2007. No entanto, as conclusões da Cristália da diferença de preços e sua possível relação abaixo do preço médio é com base nos custos da Cristália e não da Abbott, não sendo comprovado no processo o preço predatório por parte da Abbott. Sendo assim, o presente inquérito foi arquivado em janeiro de 2019.

3.6 Processo 08012.009645/2008-46

No processo 08012.009645/2008-46⁵¹ a representada é a Support Produtos Nutricionais Ltda, em que foram apresentadas informações sobre a redução de preço a partir de 2006 dos produtos PKU, que são alimentos especiais para fenilcetonúricos. De acordo com as informações da SDE em sua nota técnica, a Support apresentou lucro no período, o que não é condizente com a prática de preço predatório. Ainda, sua participação no mercado ficou em 10%, ou seja, bastante reduzida. O conselheiro relator traz ainda outro elemento, que é o fato de a Support apresentar monopólio em certo período e, posteriormente, concorrer com outras empresas, o que também justificou a redução do preço. O voto do conselheiro relator foi aprovado pelo plenário

⁵⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo 08012.011615/2008-08.2008c. Decisão em 15 de agosto de 2012.

⁵¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo 08012.009645/2008-46.2008d. Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro Macedo. Decisão em 9 de novembro de 2016.

por unanimidade em novembro de 2016. Neste caso, há algumas condenações, mas não devidas à prática de preço predatório.

Nota-se que neste caso também não é feita uma análise pormenorizada de forma similar ao sugerido no guia para análise econômica de preço predatório, porém, um dos motivos que leva ao arquivamento da conduta é sua participação de mercado, que é o primeiro elemento de análise na portaria da SEAE.

3.7 *Processo 08700.011205/2014-49*

O procedimento preparatório 08700.011205/2014-49⁵² apresenta a White Martins como representada no mercado de gases industriais e medicinais no Mato Grosso do Sul, da prática de preço predatório no final do ano de 2012. Como comprovação, foram encaminhadas notas fiscais constando o valor de fornecimento e, de acordo com a representada em 3 casos o preço estava abaixo do preço de custo da White Martins. Em se tratando de preço médio, não pode haver a conclusão da prática de preço predatório pela White Martins, de acordo com a SG. Ainda, a White Martins não apresentou um aumento do *market share* no período de 2012 e 2014. O processo é arquivado em 2016.

Novamente neste caso não há uma análise de acordo com o guia para análise econômica de preço predatório, sendo a análise realizada por outros argumentos, como o *market share* e a comparação de custos e preços. Por mais que esta comparação esteja descrita na portaria, entende-se que uma vez que os demais elementos não foram verificados, não é possível concluir que o passo-a-passo foi utilizado.

3.8 *Processo 08700.010730/2015-28*

O procedimento preparatório 08700.010730/2015-28⁵³ tem como representada a Nuchtech do Brasil Ltda em que a VMI sistemas de segurança expõe que ela está praticando preço predatório nos scanners de raio X no preção eletrônico n. 13.201/2014. No entanto, não foi possível concluir que tal

⁵² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.011205/2014-49*.2014.

⁵³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.010730/2015-28*. 2015.

prática ocorreu de forma efetiva, e sim que a Nuchtech, entrante no mercado, conseguiu ofertar o produto a preços inferiores. Entendendo que não havia elementos para a análise de preço predatório, até por que a própria VMI foi chamada a exercer o direito de preferência pela proposta ter sido até 10% superior à vencedora, o processo foi arquivado em julho de 2016.

Neste caso, novamente, não há a análise de acordo com o guia para análise econômica de preço predatório. Entende-se que neste caso, o que houve foi uma denúncia que o próprio procedimento preparatório conseguiu resolver, não havendo elementos que indicassem a necessidade da análise descrita na portaria. Ainda, nota-se que pela empresa ser entrante, seus preços poderiam estar sendo praticados em montantes inferiores visando uma contestação do mercado, característica básica da concorrência.

3.9 Processo 08700.006499/2016-59

O procedimento preparatório 08700.006499/2016-59⁵⁴ diz respeito à denúncia contra a Cascol Combustíveis para Veículos Ltda., no mercado de Gasolina Comum nas localidades de Brasília, a saber: Asa Norte, Asa Sul, Candangolândia, Riacho Fundo, Cruzeiro, Taguatinga e Samambaia. Nota-se que esta rede de postos de gasolina em específico estava sendo administrada por um administrador provisório solicitado via medida preventiva no CADE em função da Operação Dubai, realizada pela SG do CADE em conjunto com o Ministério Público do Distrito Federal e Território e a Polícia Federal. Por conta deste procedimento, o Departamento de Estudos Econômicos realizou uma análise em nota técnica mostrando a variação de preços ao longo do tempo, em que após a mudança de administrador fez com que os preços dos combustíveis realmente caíssem consideravelmente. Mesmo com a redução de preços, não houve evidências de preços predatórios, sendo o processo arquivado em março de 2017.

Neste caso pode-se verificar que, novamente, não caberia a análise de acordo com a portaria 70 da SEAE de 2002, sendo possível apenas uma análise entre custos e preços. Neste caso em específico, nota-se que a redução decorre de outra ação do CADE no setor, ou seja, ao invés de preço predatório,

⁵⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.006499/2016-59*.2016a.

o que pode ter havido poderia ser um efeito rebote à possível cartelização que poderia estar mantendo os preços artificialmente elevados.

3.10 Processo 08700.008318/2016-29

O procedimento preparatório 08700.008318/2016-29⁵⁵ diz respeito à denúncia contra a Uber do Brasil Tecnologia Ltda, que, de acordo com a Associação de Motoristas Autônomos de Aplicativos (AMAA), em que o Uber estaria praticando preço predatório às custas de seus motoristas. Para a SG, caso tal fato fosse verdadeiro, não seria possível que os motoristas seguissem utilizando a plataforma, preferindo utilizar outras formas de emprego que não à Uber. Porém, é possível que em períodos curtos realmente os motoristas apresentem prejuízo. Por conta disso, o processo foi arquivado em outubro de 2018.

Novamente, neste caso não cabe a análise de acordo com a portaria da SEAE. Entende-se que, neste caso, por mais que houvesse algumas características como a presença de posição dominante pela Uber no mercado em questão, não há barreiras à entrada. Nota-se uma complexidade pois a estrutura sugerida pela AMAA aproxima-se de um subsídio cruzado em que a Uber utiliza seus motoristas para subsidiar seu negócio, o que seria economicamente inviável. Por conta disso, novamente, não cabe aqui o uso da portaria da SEAE.

3.11 Processo 08700.002532/2018-33

O Inquérito Administrativo 08700.002532/2018-33⁵⁶, em que a representada é a Rodopetro, e a representante é a Associação Brasileira de Combate às Fraudes de Combustíveis expondo que a representada deixou de recolher tributos para conseguir praticar preços mais baixos no mercado de etanol hidratado no estado do Rio de Janeiro. Também houve, em 2019 uma denúncia da Raízen para outras empresas a 76 Oil Distribuidora de Combustíveis S/A (“76 Oil”), Minuano Petróleo Ltda (“Minuano”) e Refinaria de Petróleo

⁵⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.008318/2016-29.2016b*.

⁵⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.002532/2018-33.2018a*. Conselheira Relatora Lenisa Rodrigues Prado. Decisão em 28 de janeiro de 2021.

de Manguinhos S/A (“Manguinhos”). A SG expõe que nenhuma das empresas em questão apresenta a posição dominante, portanto, não haveria sentido para a realização da prática de preço predatório pois a empresa “não teria capacidade financeira, produtiva e de escala para sustentar a prática sem acometer em prejuízos irrecuperáveis” (BRASIL, 2018^a, p. 986). Neste caso, há o arquivamento de tal prática em agosto de 2020. O conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido fez o pedido de avocação, fazendo referência ao fato exposto pela representada ao informar que, possivelmente, ao levar em conta o custo dos combustíveis com os tributos, a venda teria sido abaixo do custo. Além disso, para a representada, o mercado deveria ser o de distribuição de etanol hidratado e não o utilizado pela SG, que foi de distribuição de etanol hidratado e gasolina tipo C. A avocação, porém, não foi homologada pelo tribunal do CADE, uma vez que os conselheiros discordaram sobre diferentes pontos: o conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia entende que não há uma posição dominante, ao passo que o conselheiro Sérgio Ravagnani entende que a definição da SG de mercado relevante na dimensão produto é mais adequado, e a conselheira Lenisa Rodrigues Prado entende que não há racionalidade econômica na conduta.

No caso em questão, observa-se que há o retorno ao uso da Portaria 70 da SEAE, ainda, que no primeiro ponto já é possível descartar a análise de preço predatório. Em função da ausência de posição dominante, notou-se que não havia condições de sustentar a prática de preço predatório pelas companhias.

3.12 Processo 08700.006955/2018-22

O Inquérito Administrativo 08700.006955/2018-22⁵⁷ apresenta a Petrobrás como representada pela prática de preço predatório, dentre outras. Neste caso, o Departamento de Estudos Econômicos apresenta uma nota em que algumas das conclusões são: a concentração de mercado da Petrobrás pode permitir certo poder de mercado, que pode ser utilizar “de sua localização geográfica isolada em termos dos mercados mundiais principais para internalizar na sua margem de lucro o custo de transporte.” (BRASIL,

⁵⁷ O processo 08700.001275/2018-12 foi posteriormente apensado ao presente processo.

2018b,p.1). Sendo possível que os clusters regionais do Brasil possam reduzir os ganhos de bem-estar, dentre outros.

A partir deste inquérito, surge o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) entre o CADE e a Petrobrás, em que são obrigatórios alguns desinvestimentos para a melhoria do ambiente competitivo.

Nota-se que neste caso não há a análise pelo guia para análise econômica de preço predatório, uma vez que a própria Petrobrás já concordou com o TCC, ou sejam em se cumprindo, o processo será arquivado.

3.13 *Discussão dos resultados*

Nesta seção foram analisados 12 casos em que há a discussão de preço predatório. Não houve a condenação sobre preço predatório, sendo que, em 11 casos há o arquivamento e em um caso há a suspensão por conta de um Termo de Cessação de Conduta (TCC) assinado pela Petrobrás.

Com exceção do processo .08012.010744/2008-71⁵⁸, em que o processo inicia a partir do encaminhamento pela Polícia Federal da documentação sobre uma investigação sobre práticas anticompetitivas no Rio Grande do Sul no mercado de leite e o processo 08700.006955/2018-22 em que o representante é o CADE *ex-officio*, os demais processos apresentam empresas ou pessoas físicas que estão no mesmo mercado que a empresa representada.

Por conta disso, em muitas situações a representante alega a ocorrência de preço predatório sem ter conhecimento da estrutura de preços da empresa acusada, fazendo uma transposição das suas informações para a corrente. É o caso descrito em 08012.011615/2008-08, em que a empresa Cristália perde a licitação para o fornecimento de Anti-retrovirais para a Abbott, e faz a denúncia ao CADE. No entanto, não foi incluído ao processo nenhuma informação referente aos custos da Abbott que permitissem tal conclusão. No processo em que a White Martins é representada, são utilizados preços médios sendo que, para a prática, deveriam ser apontados dados desagregados, uma vez que nestas situações é possível que algum outro motivo justifique ou o preço abaixo do custo ou mesmo um menor custo.

⁵⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08012.010744/2008-71.2008a*. Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Decisão em 18 de janeiro de 2017.

Em relação às estruturas de mercado, de forma conceitual é necessária a existência de barreiras à entrada para que a firma incumbente consiga, após excluir as concorrentes, aumentar os preços e manter estes em um nível acima sem a entrada de rivais pelo menos temporariamente. Nota-se que esta não é uma característica do mercado de refrigerante, segundo o CADE. Ainda, no segundo caso do mercado de refrigerantes, não há presença da posição dominante por parte da empresa representada.

O caso da Uber em que a AMAA sugere que os seus motoristas acabam incorrendo em custos maiores e desta forma acabam financiando o aplicativo Uber, que seria o predador, foi arquivado pela não-exclusividade da Uber no mercado. Os motoristas podem participar do mercado de transporte de passageiros em outras modalidades, como o Táxi, ou mesmo pelo uso de outros aplicativos para transporte.

Neste sentido, entende-se que na maioria dos processos analisados, faltaram informações da empresa ou mesmo evidências para corroborar a prática de preço predatório, sendo muitas vezes utilizada uma conduta mais agressiva de competição.

4. Conclusão

O presente artigo teve como objetivo analisar os casos que foram concluídos pelo CADE entre 2012 e 2021, no que diz respeito à prática de preço predatório. A análise de preço predatório é detalhada na portaria SEAE n. 70 de 2002, em que são descritas as etapas da análise.

No período, foram concluídos 11 processos de preço predatório e um dos processos está suspenso em função da assinatura de um termo de cessação de conduta (TCC) com a Petrobrás. Ou seja, não houve, entre 2012 e 2021, nenhuma condenação da conduta de preço predatório. No processo 08012.010744/2008-71, que a conselheira Cristiane Alkmin expõe que houve a prática de preço predatório, porém, com o objetivo de incentivar às empresas a participar do cartel, ilícito em que houve a condenação.

Nota-se que dos casos, os dois primeiros eram sobre o mercado de refrigerantes, e há três casos relacionado ao mercado de refino e distribuição de combustíveis. Os demais mercados são variados e há alguns casos em que

as evidências são oriundas de licitações, como o caso dos Scanners de Raio X, Produtos PKU e Anti-Retrovirais.

O guia para análise econômica de preço predatório foi utilizado em quatro casos no período. Ainda, em três casos o CADE ou a SDE expõe pela não-existência de posição dominante, e em um dos casos é exposto que não há barreiras à entrada. Quanto aos demais casos, em alguns processos o que ocorre é uma acusação sem uma comprovação que possa ser sustentada, ou mesmo informações que passam a ser contraintuitivas economicamente, como o caso do Uber, em que, no caso de prejuízo coletivo, não faria sentido os motoristas permanecerem na atividade. Em dois casos é feita a comprovação entre preços e custo, apesar desta não ser uma análise trivial e ser o último passo sugerido da portaria da SEAE. No caso de TCC, não há uma análise no processo para além da nota técnica do departamento de estudos econômicos.

Na maioria dos casos, entende-se que faltavam evidências para corroborar a ocorrência de preço predatório. Como nos casos analisados, houve em 10 dos 12 casos a representação por parte de concorrentes, muitas vezes as informações trazidas ao CADE expunham situações que, na estrutura da empresa representante indicaria a prática de preço predatório.

Entende-se que o guia para análise econômica de preço predatório apresenta uma relação de etapas adequada com a racionalidade da prática de preço predatório e que poderia ser mais utilizada nas análises de preços predatórios, pela forma com que o raciocínio econômico passa a ser formulado a partir de suas etapas. Sugere-se, portanto, que ele seja mais utilizado nos casos de preço predatório.

Bibliografia

AREEDA, P; D. TURNER. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, *Harvard Law Review*, 88 (4), 697–733. 1975.

BARA, Zoltán Economic Principles of Predatory (Exclusionary) Pricing in the US and in the EU. Their (Mis)Application in Some Recent Competition Law Cases of the European Community Commission and the Court of First Instance. *Competition*, Vol. 8. No. 1. 26–45.2008.

BAUMOL, W. Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing, *Yale Law Journal*, vol. 89. 1979.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acesso em 3 Nov 2021.

BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Portaria n. 70 de 12 de Dezembro de 2002*. Disponível em: http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria70_2002.pdf/view

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08012.006043/2003-22.2003*. Conselheiro Relator Eduardo Pontual Ribeiro. Decisão em 2 de setembro de 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08001.006298/2004-03*. 2004.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08012.003882/2007-12.2007*. Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz. Decisão em 12 de dezembro de 2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08012.010744/2008-71*. 2008a. Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Decisão em 18 de janeiro de 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.000073/2008-81.2008b*. Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça em 15 de agosto de 2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08012.011615/2008-08.2008c*. Decisão em 14 de Janeiro de 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08012.009645/2008-46.2008d*. Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro Macedo. Decisão em 9 de novembro de 2016.

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; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro

de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 3 Nov 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.011205/2014-49*.2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.010730/2015-28*. 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.006499/2016-59*.2016a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.008318/2016-29*.2016b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo 08700.002532/2018-33*.2018a. Conselheira Relatora Lenisa Rodrigues Prado. Decisão em 28 de janeiro de 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n. 08700.006955/2018-22* . Decisão em 28 de abril de 2021.

BRASIL. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. *Portaria n. 13979 de 26 de novembro de 2021*. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-seae/me-n-13.979-de-26-de-novembro-de-2021-362759869>

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Portaria CADE n. 104 de 28 de março de 2022*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-cade-n-104-de-28-de-marco-de-2022-390318609>

CHENG, Ho Fung Griffith. An economic perspective on the inherent plausibility and frequency of predatory pricing: the case for more aggressive regulation. *European Competition Journal*, v.16, n.2-3, p.343-367.2020.

European Commission. Press Release. *Antitrust: Commission fines US chip-maker Qualcomm €242 million for engaging in predatory pricing*.

2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4350

FAGUNDES, Jorge e KANCZUK, Fabio. Preços predatórios: testes e avanços recentes. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 37, 2006.

IBRAC. *Guia de Condutas Unilaterais*. Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/497/IBRAC_-_Guia_de_Condutas_Unilaterais.pdf. 2020.

KOBAYASHI. The law and Economics of Predatory Pricing. In *Encyclopedia of Law and Economics*. Edward Elgar Publishing Limited. 2008.

JOSKOW, KLEVORICK. A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy. *Yale Law Journal*, vol. 89. 1979.

POSNER, R.A *Antitrust Law: An Economic Perspective*. University of Chicago Press. 1976.

SELTEN, Reinhard. The Chain Store Paradox. *Theory and Decision*. 1978.

SOARES, Thiago Alves Duarte Faerman. Preço Predatório: Em busca de um sistema de avaliação condizente com as diretrizes do SBDC. *Revista de Defesa da Concorrência*. v.2,n.1,2014,p.33.

WILLIAMSON, Oliver. Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, *Yale Law Journal*, 87. 1977.

NADA MUDA, MUITO PODE MUDAR: POSSÍVEIS EFEITOS DE FUSÕES SUCESSIVAS NO SETOR DE SAÚDE SUPLEMENTAR BRASILEIRO

Tatiana de Macedo Nogueira Lima¹

Resumo: Diversos grupos atuantes na saúde suplementar brasileira têm usado a estratégia de fusões sucessivas (*roll-up mergers*) para expandir sua atuação. Neste trabalho, propõe-se analisar os possíveis efeitos concorrenciais de estratégias desse tipo. Para tanto, utiliza-se como referencial teórico a literatura sobre barganha bilateral no setor de saúde. Foca-se nos possíveis efeitos que não são decorrentes de mudanças nas estruturas competitivas de mercados geográficos e de produto. Apontam-se uma série de situações nas quais o poder de barganha de um dos elos se altera, o que pode modificar preços e impactar no consumidor, independentemente de alterações nas configurações dos mercados.

Palavras-Chave: Defesa da concorrência. Atos de concentração. Fusões sucessivas. Saúde suplementar. Avaliação de impacto.

Abstract: Many groups in the Brazilian healthcare industry are using roll-up mergers as a strategy to expand. We discuss the potential competitive effects of this kind of strategy. Our focus is on effects caused by shifts in a party's bargaining power, even if they are not related to competitive structure changes in geographical and product markets. We discuss how roll-up mergers may increase prices and impact consumers in these cases. Our theoretical framework is the literature on bilateral bargaining in the healthcare industry.

Keywords: Antitrust. Mergers and acquisitions. Roll-up mergers. Healthcare industry. Impact evaluation.

1. Introdução

Em declaração em julho de 2020, Rohit Chopra, comissário da *Federal Trade Commission* (FTC) norte-americana, chamou a atenção para o uso de estratégias de fusões sucessivas (*roll-up mergers*) no setor de saúde

¹ Doutora em Teoria Econômica pela Universidade de São Paulo, especialista em políticas públicas e gestão governamental desde 2006, em exercício no Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) desde 2019. Atualmente, é coordenadora de estudos de condutas anticompetitivas.

(CHOPRA, 2020). Essas estratégias caracterizam-se por ser uma forma de crescimento ou expansão das atividades de um grupo baseada em aquisições sucessivas de agentes independentes e com atuação local. No setor de saúde norte-americano, haveria riscos para a concorrência porque muitas das aquisições realizadas por grupos em expansão não satisfazem os critérios de notificação e, por isso, não são reportadas às autoridades antitruste. Embora uma operação que envolva um agente local e independente, isoladamente, possa ter pouco potencial anticoncorrencial, o conjunto dessas operações poderia modificar o setor e prejudicar a competição.

No Brasil, no setor de saúde, também se tem observado a formação e o crescimento de grupos econômicos cuja expansão baseia-se na realização de fusões e aquisições (Cade, 2022). Esse movimento iniciou-se no início deste século e expandiu-se na segunda década, em especial após a abertura comercial do setor, decorrente da aprovação da Lei 13.097, de 2015. O acesso de grupos nacionais a capital de terceiros foi facilitado, e possibilitou-se a abertura de capital e negociação na bolsa de valores de ações de prestadores de saúde. Grupos internacionais entraram em mercados de prestação de serviços, e grupos nacionais capitalizaram-se.

A maior facilidade de acesso a recursos financeiros permite a continuidade do uso da estratégia de fusões sucessivas para o crescimento da atuação dos grupos de saúde. Nos últimos cinco anos (até junho de 2021), a Hapvida Participações e investimentos S.A. (Hapvida), uma operadora de planos de saúde verticalizada, submeteu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) 14 operações. A Notredame Intermédica Participações S.A (Notredame), outra operadora de plano de saúde verticalizada, nesse mesmo período, submeteu 19 atos de concentração². Recentemente, essas duas operadoras fundiram-se. (ato de concentração 08700.003176/2021-71³). Na prestação de serviços de saúde, o grupo Diagnósticos da América S.A (Dasa) notificou duas dezenas de operações nos últimos cinco anos (até setembro de

² Dados constantes do formulário de notificação do ato de concentração 08700.003176/2021-71, referente à combinação de negócios das operadoras Hapvida Participações e investimentos S.A e Notredame Intermédica Participações S.A, por meio da incorporação das ações da última pela primeira. O formulário pode ser acessado pelo sistema de consulta SEI do CADE, no qual está registrado sob o número 0919153.

³ Ver nota de rodapé anterior (1).

2021)⁴. Já a Rede D’Or São Luiz S.A. (Rede D’Or), que atua principalmente no setor hospitalar, mas não apenas nele, notificou oito operações no mesmo período (até janeiro de 2021)⁵.

Esses são apenas exemplos de grupos conhecidos que se utilizam dessa estratégia. Há ainda casos em que, em decorrência do tamanho do agente adquirido, as operações não são notificadas. No setor de diálise, por exemplo, o grupo DaVita Inc, que atua no setor de cuidados renais e é um dos principais agentes nesse setor nos Estados Unidos, entrou no Brasil após a abertura comercial e já tem 94 clínicas de hemodiálise, o que representa um pouco menos de 20% das clínicas privadas, com fins lucrativos, de cuidado renal existentes no Brasil, conforme dados do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde, referente a abril de 2022. Essas aquisições, contudo, nesse setor, raramente satisfazem os critérios de notificação estabelecidos na Lei 12.529, de 2011.

Na avaliação dos efeitos concorrenciais de operações realizadas em um contexto de fusões sucessivas no setor de saúde, dois riscos existem. O primeiro é de que os atos de concentração sequer sejam submetidos à autoridade antitruste porque não atingem os requisitos para notificação obrigatória, como apontou o comissário norte-americano (CHOPRA, 2020). O segundo, e que se pretende discutir neste artigo, é de que não sejam identificados todos os efeitos na dinâmica concorrencial e no poder de mercado dos agentes ainda que as operações sejam analisadas pela autoridade antitruste. Esse risco deriva da possibilidade de não se considerar na análise como as negociações entre os contratantes de serviços de saúde e os prestadores de saúde são afetadas pelas operações em série.

⁴ Dados constantes do formulário de notificação do ato de concentração 08700.004980/2021-77, referente à aquisição indireta, pela Dasa da totalidade do capital das empresas Paquetá Participações S.A. e AMO Participações S.A.. O formulário pode ser acessado pelo sistema de consulta Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do CADE, no qual está registrado sob o número 0956994.

⁵ Dados constantes do formulário de notificação do ato de concentração 08700.000167/2021-28, referente à aquisição pelos Hospitais Integrados da Gávea S.A., - Clínica São Vicente, uma sociedade indiretamente detida pela Rede D’Or São Luiz S.A. (“Rede D’Or” ou “Requerente”), de 100% do capital social do Hospital América Ltda.. O formulário pode ser acessado pelo sistema de consulta SEI do CADE, no qual está registrado sob o número 0853773.

Isso porque, no setor de saúde privado brasileiro, a contratação de serviços costuma ser intermediada por uma operadora de plano de saúde ou seguradora especializada. Assim, os beneficiários de planos de saúde ou segurados utilizam serviços assistenciais, mas não pagam diretamente por eles. A negociação da forma de pagamento e dos valores de cada procedimento é feita entre a operadora ou seguradora e o prestador de serviço. Na análise de atos de concentração, contudo, o CADE avalia os possíveis efeitos tendo em vista, sobretudo, a relação entre prestadores e consumidores, quando os atos se referem à prestação de serviços, ou entre consumidores e operadoras de planos de saúde⁶, quando se referem a este setor. É possível que fusões sucessivas afetem a dinâmica de negociação entre prestadores e operadoras, ainda que tenham poucos efeitos concorrenciais quando analisadas isoladamente e apenas considerando-se as relações citadas anteriormente.

O objetivo deste artigo é discutir essa possibilidade, qual seja, de que fusões sucessivas modifiquem os resultados das negociações entre prestadores de saúde e operadoras de planos e, com isso, afetem a dinâmica concorrencial na saúde suplementar.

O suporte teórico para esse debate advém de extensa literatura econômica sobre os efeitos de fusões no setor hospitalar em um contexto no qual os preços estabelecidos por prestadores são resultados das negociações entre estes e operadoras de planos de saúde. Um dos primeiros artigos a analisar possíveis efeitos de fusões no setor hospitalar a partir de um arcabouço no qual se incluía a interação entre esses dois elos da cadeia da saúde foi (TOWN; VISTNES, 2001). Posteriormente, diversos artigos foram publicados, tais como (CAPPS; DRANOVE; SATTERTHWAITTE, 2003), (GOWRISANKARAN et alli, 2015), (LEWIS; PFLUM, 2017) e (HO; LEE, 2019). Na análise de atos de concentração nos Estados Unidos, a FTC tem utilizado um modelo conceitual desse tipo (FARRELL et alli, 2011).

Considerando-se o objetivo exposto, o artigo divide-se em quatro seções além desta introdução. Na seção seguinte, será feita uma breve descrição do setor de saúde suplementar brasileiro e da relação entre os agentes. O objetivo dessa seção é permitir ao leitor conhecer as principais características do setor que se relacionam com o debate a ser feito nas seções subsequentes.

⁶ Menções a operadoras abrangem também as seguradoras especializadas em saúde.

Em seguida, apresenta-se o arcabouço conceitual que orientará a discussão sobre os possíveis efeitos de fusões sucessivas no setor de saúde. Na quarta seção, discutem-se as possibilidades pelas quais fusões sucessivas poderiam impactar a concorrência. Por fim, na última seção, serão apresentadas as considerações finais.

2. O setor de saúde suplementar brasileiro

Apesar de a Constituição Federal brasileira estabelecer que a saúde é direito de todos e dever do Estado (BRASIL, 1988, art. 196) e de o sistema único de saúde (SUS) ter sido formado, nos termos da Lei 8.080, de 1990, com o fim de garantir esse direito, aproximadamente um quarto da população brasileira é beneficiária de um plano de saúde. O sistema suplementar privado é anterior a constituição e se formou no início do século passado (CARVALHO; CECÍLIO, 2007). No final do século XX, passou a ser regulado, com a entrada em vigência da Lei 9.656, de 1998. Dois anos depois, a Lei 9.961, de 2000, instituiria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Atualmente, mais de 48 milhões⁷ de pessoas têm planos de assistência médica, comercializados ou disponibilizados por ofertantes que se constituem como cooperativas médicas, medicinas de grupo, filantropias, autogestões ou seguradoras especializadas em saúde. As modalidades distinguem-se por sua origem, constituição e, por vezes, por alguma norma específica, mas têm em comum o objeto de sua atuação, que é garantir a cobertura de procedimentos de saúde para os beneficiários vinculados a seus planos. Em troca, os contratantes desses planos pagam um valor pré-fixado⁸.

Para a provisão desses serviços as operadoras podem tanto usar serviços próprios, verticalizando-se, quanto contratar serviços de terceiros. Embora a verticalização tenha sido um tema recorrente ao se tratar do setor,

⁷ Dados coletados em https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html, em 10/10/2021. Importante notar que os dados da ANS se referem a quantidade de vínculos entre beneficiários e operadoras de planos de saúde. Se um indivíduo tiver mais de um plano de saúde, ele é contabilizado mais de uma vez.

⁸ Existem também planos em pós-pagamento, nos quais os beneficiários utilizam os serviços assistenciais durante um período e, após, o contratante paga o valor das despesas assistenciais adicionado de uma taxa. Esses planos, contudo, são comercializados apenas para pessoas jurídicas e são pouco demandados.

apenas 9% dos eventos assistenciais pagos em 2020 foram realizados em prestadores próprios, conforme as demonstrações financeiras das operadoras apresentadas à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)⁹. A maior parte dos serviços ainda é, assim, contratada de terceiros.

Os prestadores de serviços independentes – hospitais gerais e especializados, serviços de apoio à medicina diagnóstica e terapia, clínicas especializadas e profissionais de saúde – são, portanto, agentes essenciais para que as operadoras de planos de saúde possam prover os serviços contratados por seus clientes. Até recentemente, a provisão dos diferentes serviços de saúde era, em geral, realizada por pequenos prestadores locais, independentes. Mesmo os hospitais, equipamentos que exigem investimentos iniciais relativamente altos, eram caracterizados pela escala reduzida, o que resultava em baixa eficiência (LA FORGIA; COUTTOLONE, 2009; PROÍTE; SOUSA, 2004).

Essa situação começou a alterar-se no início deste século, quando alguns grupos iniciaram estratégias para expandir seus negócios por meio da aquisição de prestadores independentes e locais. A abertura comercial do setor, decorrente da aprovação da Lei 13.097, de 2015, facilitou o acesso a diferentes formas de financiamento e possibilitou a abertura de capital de prestadores de serviços de saúde, o que intensificou o uso dessa estratégia por alguns grupos. Atualmente, embora ainda persistam prestadores isolados em muitos mercados, destaca-se a atuação de grandes grupos que atuam na prestação de serviços, como a Rede D'Or e a Dasa.

Na análise de atos de concentração, os mercados relevantes de produto de serviços de saúde são definidos conforme o serviço prestado e o tipo de prestador. Mercados distintos são estabelecidos, por exemplo, para hospitais gerais e especializados, exames de análises clínicas e de diagnóstico. Geograficamente, os mercados relevantes são definidos localmente, considerando-se a necessidade e possibilidade de deslocamento dos pacientes. A extensão dos mercados pode variar de um raio, definido a partir do prestador, de

⁹ Dividiu-se o total incluído pelas operadoras na conta 4115 - EVENTOS/ SINISTROS CONHECIDOS OU AVISADOS POR RATEIO DE CUSTOS DE RECURSOS PRÓPRIOS, pela conta 411 - EVENTOS/SINISTROS CONHECIDOS OU AVISADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, ambas do Documento de Informações Periódicas das Operações de Planos de Saúde (DIOPS) referente ao quarto trimestre de 2020. Os dados foram coletados em http://ftp.dadosabertos.ans.gov.br/FTP/PDA/demonstracoes_contabeis/2020/. Acesso em 14/10/2021.

10 km ou 20¹⁰ minutos até um grupo de municípios, no caso de cidades pequenas (CADE, 2022).

Do lado das operadoras de planos de saúde, também se observaram mudanças relevantes na organização do setor nas últimas duas décadas. A primeira dessas mudanças é a gradual diminuição no número de agentes que atuam na saúde suplementar. Embora ainda existam mais de 705 operadoras médico-hospitalares, conforme dados da ANS referentes a junho de 2021¹¹, o número de agentes diminuiu bastante. Em dezembro de 1999, eram 1380 operadoras médico-hospitalares¹². Essa redução foi causada, principalmente, pela saída de operadoras de pequeno porte (até 20.000 beneficiários). Tavares (2010) considera que essa diminuição se deve, em grande parte, à regulação econômico-financeira do setor.

O ainda grande número de agentes pode fazer parecer que o setor é competitivo, mas é interessante notar que as dez maiores operadoras têm 40,36% dos beneficiários de assistência médica do país, conforme dados da ANS, referentes a junho de 2021¹³, e que os mercados locais são, em grande parte, muito concentrados (FERREIRA, 2020). As estratégias comerciais das operadoras maiores variam, havendo aquelas que atuam em diversas regiões, como a Bradesco Saúde S.A., maior operadora segundo os dados da ANS, e outras que concentram suas atividades em algumas regiões ou estados, como a Hapvida Assistência Médica Ltda, conhecida até recentemente por atuar principalmente no Nordeste. Em quaisquer dos casos, mesmo quando não são dominantes em um mercado, a quantidade de beneficiários pode ser um fator a influenciar as negociações com prestadores que também atuem em diversos mercados, como será discutido na próxima seção.

¹⁰ Conforme (CADE 2020), em manifestações recentes, a Superintendência-Geral do CADE esclareceu que se trata, na verdade, de um deslocamento de automóvel efetivo de 10 km.

¹¹ Dados coletados em http://landpage-h.cgu.gov.br/dadosabertos/index.php?url=http://ftp.dadosabertos.ans.gov.br/FTP/PDA/caderno_de_informacao/caderno.zip. Acesso em 01/10/2021.

¹² Dados coletados em http://landpage-h.cgu.gov.br/dadosabertos/index.php?url=http://ftp.dadosabertos.ans.gov.br/FTP/PDA/caderno_de_informacao/caderno.zip. Acesso em 01/10/2021.

¹³ Dados coletados em http://www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet_cc.def. Acesso em 01/10/2021.

A segunda mudança verificada no setor é o crescimento de operadoras verticalizadas, como a Hapvida e a Notredame. Desde o começo da década de 2010, comenta-se sobre o aumento da verticalização do setor (SANTACRUZ, 2011). No entanto, em estudo realizado em 2013, Lima (2013) mostrou que, na maior parte dos mercados, a presença de operadoras verticalizadas ainda era baixa. Mais ainda, verificou-se que, os mercados em que a verticalização era maior, as operadoras com maior participação de mercado eram filantrópicas e cooperativas médicas.

Esse cenário, contudo, está-se modificando com o crescimento das operadoras mencionadas. Ambas são operadoras verticalizadas que atuavam localmente (a primeira, principalmente, na região nordeste, e a segunda, em São Paulo) e decidiram expandir sua atuação para outros mercados. A estratégia é baseada em fusões sucessivas e, para capitalizarem-se, as duas abriram capital em 2018. Entre 2017 e 2019, a operadora Notre Dame/Intermédica participou de nove atos em que havia integração vertical, e o Grupo Hapvida, de quatro (RANGEL, 2021). Assim, mesmo que ainda não se note a verticalização do setor ao se analisar os dados financeiros recentes, esse processo pode ter implicações relevantes. Possíveis efeitos que sobrepõem os mercados relevantes serão discutidos na seção 4.

Na análise de atos de concentração que envolvem operadoras de planos de saúde, os mercados geográficos de planos de saúde também são definidos localmente, pois se assume que os beneficiários preferem planos que tenham redes assistenciais próximas de onde estão. Os mercados geográficos abrangem, portanto, um município ou um grupo de municípios vizinhos. A definição de quais municípios farão parte do mercado é baseada no fluxo de pacientes entre municípios.

Em termos de produtos, os mercados são separados conforme a segmentação assistencial – assistência médica ou exclusivamente odontológica – e o contratante do plano. Três tipos de agentes podem adquirir planos e seguros de saúde. O primeiro são empregadores que contratam planos para o atendimento de seus empregados e trabalhadores vinculados. Planos empresariais são o principal produto negociado no Brasil (68,52% dos beneficiários

estavam nesses planos em agosto de 2021¹⁴). É muito comum que se assuma que seus contratantes têm capacidade de negociar preços e condições de aquisição com as operadoras de planos de saúde. O segundo tipo, também contratado coletivamente, são os planos por adesão, aos quais estavam vinculados 12,97% dos beneficiários em agosto de 2021¹⁵. Por fim, há os planos contratados individualmente. O legislador pressupõe que esses contratantes têm menor poder de negociação e, por isso, são estabelecidos limites aos reajustes desses planos, e é proibida a rescisão unilateral por parte das operadoras, salvo em casos de inadimplência ou fraude no momento de contratação (BRASIL, 1998).

Essa é a cadeia da saúde suplementar. Prestadores de serviços de saúde, são contratados por operadoras de planos de saúde, que, por sua vez, vendem produtos a pessoas físicas ou jurídicas. A forma como a interação entre prestadores de serviços, operadoras de planos de saúde, contratantes de planos e beneficiários de planos de saúde relacionam-se pode influenciar nos impactos concorrenciais de fusões no setor de saúde. Pode, ainda, implicar que fusões tenham efeitos concorrenciais mesmo quando não modificam as estruturas competitivas dos mercados locais de prestadores de serviços de saúde ou de operadoras, como será discutido adiante.

3. Modelo conceitual do setor de saúde suplementar

Town e Vistnes (2001) publicaram o primeiro artigo no qual o setor de saúde foi modelado considerando-se uma dinâmica em dois estágios. No primeiro, operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços de saúde negociam os termos de seus contratos – serviços a serem prestados, forma e valor do pagamento. No segundo, os beneficiários de planos de saúde utilizam os serviços cobertos quando deles necessitam. Como os beneficiários não pagam diretamente pelos serviços¹⁶, fazem sua escolha sem considerar seus

¹⁴ Dados coletados em https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html. Acesso em 01/10/2021.

¹⁵ Dados coletados em https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html. Acesso em 01/10/2021.

¹⁶ Planos com coparticipação ou outro mecanismo financeiro de regulação são muitos usados nos Estados Unidos. Os modelos discutidos nesta seção assumem, em geral, que os valores a

preços. Avaliam apenas outros fatores, tais como o diagnóstico ou a doença, a qualidade do serviço e a distância que deverá ser percorrida.

As preferências dos consumidores são levadas em consideração pelas operadoras no momento de negociação dos contratos com os prestadores. Quanto mais a presença de um prestador na rede assistencial de um plano permitir que sejam cobrados preços mais altos por aquele produto, maior será o poder de barganha¹⁷ daquele prestador em relação à operadora.

Também importante para os resultados finais das negociações é a presença de substitutos. Se existem dois prestadores que são muito valorizados pelos consumidores pelos mesmos motivos, a operadora pode prescindir de um se tiver realizado uma negociação bem-sucedida com o outro.

A partir desse arcabouço, podem-se estimar os efeitos de uma fusão. A previsão do modelo é de que o impacto concorrencial de uma operação será tanto maior quanto mais os consumidores perceberem os prestadores como substitutos. É fácil perceber por quê. Imagine uma operação pela qual dois prestadores muito similares e vizinhos passem a atuar como um grupo. Antes, se as negociações com um dos prestadores não prosperassem, a operadora tinha uma alternativa para continuar a oferecer uma rede assistencial atraente para os consumidores. Depois da operação, se a negociação com o grupo formado for mal-sucedida, o resultado é a exclusão dos dois prestadores da rede assistencial. Fica mais difícil oferecer uma rede suficientemente atrativa para os consumidores.

Artigos posteriores desenvolveram esse arcabouço, definindo claramente os estágios da interação entre prestadores, operadoras, contratantes de

serem pagos pelos beneficiários independem do prestador escolhido. Portanto, os preços negociados entre operadora e prestador não influenciam na escolha de um prestador pelo beneficiário, mesmo quando há pagamento de coparticipação.

¹⁷ Ainda que haja diferenças formais nos modelos apresentados nos diversos artigos dessa literatura, estes têm em comum o pressuposto de que a relação entre um prestador e uma operadora gera um valor quantificável (por exemplo, os valores financeiros decorrentes do aumento nas vendas de um plano que tenha o prestador na sua rede adicionado do aumento de preço facultado também pelo mesmo motivo, descontados os custos de transação associados à negociação e os custos dos serviços prestados aos beneficiários). As negociações entre esses dois entes visa repartir esse valor, sendo o poder de barganha de um lado sua capacidade de capturar uma parte desse montante. Assim afirmar que há aumento de poder de barganha significa dizer que, tudo o mais constante, há capacidade de capturar uma fatia maior do valor gerado pela relação. Nos trabalhos empíricos, testa-se esse pressuposto e pode-se estimar o valor gerado por relação.

planos e beneficiários e modelando formalmente cada uma dessas etapas. Mostrou-se que, quanto mais próximos são os concorrentes que se fundem, maior tende a ser o incremento na posição de negociação do novo grupo. Além da formalização matemática, a literatura avançou no sentido de explicitar e modelar outros elementos da dinâmica no setor de saúde.

Capps, Dranove e Satterthwaite (2003) notam que os consumidores de planos de saúde escolhem um produto antes de saberem de quais serviços de saúde precisarão. A demanda por planos depende assim das suas expectativas em relação a quais doenças podem acometê-los e quais os prestadores que consideram mais aptos a tratar cada uma dessas condições. Isso porque a contratação de um plano implica o comprometimento com uma rede restrita, mas a possibilidade de usar todos os prestadores dessa rede.

O principal resultado do artigo assemelha-se ao trabalho de TOWN; VISTNES (2001), qual seja, quanto mais os prestadores que se juntam são percebidos como substitutos próximos pelos consumidores, maior o potencial de danos à concorrência de uma fusão entre estes. A diferença entre os dois artigos está no fato de que, em (CAPPS; DRANOVE; SATTERTHWAITE, 2003), o que importa é como os consumidores percebem cada prestador antes mesmo de recorrerem a ele e não de a quem recorrem quando já contrataram um plano. Embora a mudança possa parecer sutil, o modelo permite avançar em várias frentes. Além de aprimorar as estimativas dos efeitos de fusões, pode ser usado para a definição de mercados relevantes.

Posteriormente, Gaynor e Town (2012) desenvolvem um modelo no qual as interações entre os elos da cadeia e entre estes e os beneficiários acontecem em três estágios distintos. Evidencia-se, assim, o fato de que os beneficiários, quando escolhem um plano, avaliam sua rede assistencial, antes de utilizarem a cobertura contratada.

No primeiro estágio, as operadoras de planos de saúde contratam os prestadores de serviços de saúde que farão parte de sua rede assistencial. No segundo, tendo o plano configurado, as operadoras o comercializam. É nesse momento que os consumidores escolhem os produtos a serem adquiridos, considerando apenas suas expectativas em relação às doenças que os beneficiários possam vir a ter e à qualidade do tratamento provido por diferentes prestadores. No terceiro estágio, os beneficiários, em decorrência de doenças ou por

alguma outra motivação, utilizam os prestadores que fazem parte da rede assistencial de seus planos.

O ganho para a operadora com a inclusão de um prestador é a diferença entre o valor adicionado pelo hospital à rede assistencial da operadora e o montante a ser pago pelos serviços prestados aos beneficiários somados aos custos de transação da negociação. Para um hospital, quanto mais o contrato com uma operadora gerar demanda para si, mais valor ele terá. Operadoras que têm mais beneficiários ou aquelas cujos beneficiários tendem a usar mais serviços de saúde tendem a ter uma melhor posição nas negociações.

Em outros artigos, por exemplo (HO; LEE, 2019), agrega-se um quarto estágio no modelo, que é a negociação entre a operadora e contratantes de planos coletivos¹⁸. Diferentemente de planos individuais/familiares, a formatação e os preços de planos empresariais contratados por grandes empresas costumam ser negociados. Mais do que um aprimoramento formal, incluir essa etapa da dinâmica permite compreender melhor os impactos concorrenciais de atos de concentração.

Em VISTNES; SAFARADIS (2013), investiga-se como dependências cruzadas entre mercados afetam o impacto concorrencial de fusões no setor de saúde, utilizando-se um modelo desse tipo. Uma das razões para a existência dessas dependências cruzadas é que empregadores que têm funcionários em mais de um mercado podem preferir contratar planos que tenham rede assistencial em todos os mercados em que têm funcionários. Assim, operadoras cujas redes assistenciais abrangem diversos mercados seriam privilegiadas nas negociações em comparação àquelas que têm apenas redes locais. Paralelamente, grupos de prestadores que têm hospitais em diversos mercados também tenderiam a ter melhor posição de negociação com essas operadoras.

¹⁸ Há uma diferença entre o funcionamento dos planos coletivos empresariais nos Estados Unidos e no Brasil. No primeiro, os empregadores costumam disponibilizar mais de um plano para seus empregados, e estes escolhem o que melhor lhe convém. No Brasil, usualmente, os empregados não podem escolher os planos coletivos empresariais aos quais se vincularão. É por isso que, no modelo de Ho e LEE (2019) há esse quarto estágio que pode ser difícil de entender considerando-se o funcionamento do setor no Brasil. Nos Estados Unidos a escolha do plano pelo beneficiário no segundo estágio é diferente do momento de contratação do plano pelo empregador. Cita-se esse artigo porque ressaltar que os termos dos contratos podem ser negociados, se o contratante tiver muitas vidas, é relevante para a discussão do setor no Brasil.

Note-se que a razão para que o poder de barganha de uma operadora ou grupo de prestadores incremente-se quando passa a atuar em um novo mercado é similar à razão pela qual o poder de barganha de dois entes concorrentes cresce quando estes se fundem. Quando dois prestadores concorrentes se fundem, os ganhos para uma operadora que atua em diversos mercados de contratar com o grupo que provê serviços em mais de um mercado é maior do que a soma dos ganhos de se contratar diversos prestadores em diferentes mercados. Paralelamente, quando uma operadora passa a atuar em um novo mercado, os ganhos gerados para o empregador com a contratação de planos daquela operadora são maiores do que as soma dos ganhos se contratasse operadoras distintas em diferentes mercados.

Esse não é, contudo, o único motivo pelo qual fusões sucessivas podem ter impacto concorrencial ainda que a estrutura competitiva não seja significativamente alterada em nenhum dos mercados alvo da operação. Em (LEWIS; PFLUM, 2017), avalia-se que grupos com atuação mais dispersa podem ter melhores informações sobre os agentes com os quais negociam do que agentes isolados. Segundo os autores, achados da literatura teórica sobre negociação sugerem que o poder de barganha de um agente pode derivar da quantidade de informação que tem sobre o valor do contrato para a outra parte.

Além dessas possibilidades, é fácil verificar que, se houver interdependências entre os preços praticados em diferentes mercados relevantes, a necessidade de se estabelecer preços relativamente parecidos entre os mercados pode criar uma ligação entre eles. Por exemplo, se prestadores em um mercado tiverem conhecimento das negociações em outra área e não aceitarem preços inferiores àqueles que foram negociados em outros lugares, cria-se uma relação de dependência entre as negociações.

Nos Estados Unidos, o modelo conceitual empregado pela Federal Trade Commission é baseado nessa literatura, mas não considera a interdependência entre mercados. A análise costuma começar com a estimação das taxas de desvio e nem sempre são definidos mercados relevantes, já que a relação entre os diferentes hospitais é definida pela estimação do modelo empírico (FARRELL et alli, 2011). Segundo Vistnes e Safaridis (2013), o Departamento de Justiça do país reconheceu a possibilidade de existência de efeitos relacionados à interdependência entre mercados em um caso.

No Brasil, nas análises de fusões no setor de prestação de serviços e de operadoras de planos de saúde, algumas das conclusões da literatura exposta foram incorporadas na análise de atos de concentração de forma conceitual. Esse fato pode ser constatado em (CADE, 2022). Todavia, por vezes, a análise apropria-se dessas conclusões, mas não as incorpora em sua totalidade. Discute-se, por exemplo, a possibilidade de o poder de barganha de operadoras limitar o poder de mercado de prestadores, mas não como operações podem aumentar o poder de barganha de prestadores. Empiricamente, esses modelos ainda não foram utilizados para realização de estimações econométricas dos impactos de atos de concentração.

A organização do setor de saúde suplementar brasileiro, contudo, assemelha-se em muito à modelada na literatura apresentada, como se pode depreender da descrição realizada na seção anterior. É possível, assim, que a avaliação de operações nesse setor pela autoridade antitruste se beneficie da incorporação dos achados dessa literatura.

4. Possíveis efeitos de fusões sucessivas na saúde tendo-se em vista a interdependência entre mercados nas negociações entre operadoras e planos de saúde

Inicialmente, cumpre destacar que o CADE já demonstrou preocupação com fusões sucessivas. Por exemplo, no julgamento do ato de concentração 08700.003244/2019-87, entre a Prosegur Brasil Transportadora de Valores e Segurança S.A. e a Transvip – Transporte de Valores e Vigilância Patrimonial, a conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira¹⁹ expressou sua preocupação com fusões sucessivas no setor de segurança privada. A conselheira afirmou que a tendência de aquisições reiteradas despertava a atenção da autoridade de concorrência, pois fomentava um cenário propício à atuação coordenada dos agentes e poderia diminuir a rivalidade no mercado. A dinâmica do setor de segurança privada é, no entanto, diferente da do setor de saúde suplementar. Em que pese poder também haver efeitos coordenados decorrentes de fusões sucessivas no setor de saúde suplementar, os possíveis danos a

¹⁹ SILVEIRA, Paula. Voto no ato de concentração nº08700.003244/2019-87. Disponível no SEI do CADE, no qual está registrado sob o número 0696965.

serem discutidos nesta seção relacionam-se com a dinâmica exposta e analisada na seção anterior e não advêm necessariamente da coordenação entre agentes.

Também é importante notar que a regulação do setor suplementar brasileiro estabelece um rol de procedimentos a ser cobertos bastante extenso e regras que determinam prazos máximos de atendimento dos beneficiários. Essas características são iguais para a maior parte dos planos comercializados e não os diferenciam, como acontece em outros países. Esse fato pode fazer aumentar a importância da rede assistencial na escolha do plano.

Feitas essas considerações, nesta seção, serão analisados possíveis efeitos de fusões sucessivas na prestação de serviços de saúde e, posteriormente, no setor de operadoras de planos de saúde, considerando-se também os movimentos de verticalização. Focar-se-á nos efeitos peculiares a saúde suplementar e que podem ocorrer ainda que a estrutura competitiva dos mercados relevantes não se altere significativamente. Esses possíveis efeitos são derivados da forma como a cadeia é organizada e do fato de que os principais contratantes de serviços de saúde (operadoras) o fazem para prover cobertura a seus beneficiários, como apresentado na seção anterior.

A literatura discutida naquela seção permite inferir que o poder de barganha de um grupo de prestação de serviços de saúde aumenta se, dada uma modificação na sua estrutura, sua saída da rede assistencial da operadora resultar em perdas para esta maiores do que na configuração anterior. Como discutido, é fácil notar isso quando se trata de dois ou mais concorrentes que se unem. Esta, contudo, não é a única situação em que um prestador de serviços pode aumentar seu poder de barganha.

Considerando-se operações que não alteram a estrutura competitiva nos mercados relevantes, mas que resultam em expansão geográfica ou para outros mercados relevantes de produtos, há quatro fatores que podem aumentar o poder de barganha de um grupo de prestação de serviços de saúde.

Primeiramente, a expansão do grupo pode dificultar sua substituição. No pior cenário possível, uma negociação malsucedida com um prestador local que atua em apenas um mercado de produto, inviabilizará a venda de planos de saúde naquele mercado. Essa situação, contudo, somente ocorrerá se o prestador não tiver substitutos e se os serviços que presta forem imprescindíveis por força da regulação ou por conta da demanda. Já uma negociação

malsucedida com um grupo que atua em diversos mercados, tem maior potencial de prejudicar os resultados de uma operadora. Tende a ser mais difícil encontrar-se diversos substitutos rapidamente.

Vejam-se, por exemplo, os atos de concentração 08700.003593/2021-13, referente à aquisição indireta pela Dasa da totalidade das ações do capital representativo de empresas que atuavam na prestação de serviços médicos-hospitalares, especialmente de diagnósticos, nos municípios de São Luís (MA) e São José de Ribamar (MA), e o 08700.006821/2021-15, relativo à aquisição pelo Fleury S.A. de 100% das ações representativas do capital social de laboratórios que atuavam na região metropolitana de Recife (PE). Em ambos os casos, a Superintendência-Geral do CADE²⁰ considerou, na análise de rivalidade, a existência de *players* de porte nacional nos mercados afetados e o poder de barganha das operadoras de planos de saúde, o que inibiria um hipotético aumento de preços.

Além disso, conforme CADE (2022), nos atos de concentração relativos a operações no setor de medicina diagnóstica, tem-se destacado que os contratos de credenciamento entre as grandes redes e as grandes operadoras abrangem inúmeros mercados relevantes, de modo que a existência de poder de mercado em um local não permitiria automaticamente o exercício abusivo desse poder devido a possibilidade de retaliação. Mais ainda, no caderno recentemente publicado pelo CADE (2022), relata-se que, na análise recente de uma operação, argumentou-se que seria apropriado estender-se a abrangência geográfica considerada, pois empresas localizadas em municípios vizinhos poderiam exercer pressão competitiva nas requerentes.

Essas análises estão em linha com a literatura explorada na seção anterior. De TOWN e VISTNES (2001) a HO e LEE (2019), a presença de concorrentes com características semelhantes às requerentes nos mercados relevantes em que atuam e o poder de barganha do elo a jusante são fatores a limitar os preços de procedimentos negociados entre prestadores e operadoras. A interdependência entre os mercados nas negociações entre grandes grupos é coerente com o modelo apresentado em VISTNES e SAFARADIS (2013).

²⁰ O parecer 20/2021/CGAA2/SGA1/SG, no ato de concentração 08700.003593/2021-13 está registrado no SEI do CADE com o número 0984007, e o parecer 5/2022/CGAA2/SGA1/SG, no ato de concentração 08700.006821/2021-15, está registrado no SEI do CADE com o número 1044606.

Não se considerou nas análises mencionadas, todavia, que as interdependências entre mercados podem, ao invés de limitar o exercício do poder de mercado das redes de prestadores nacionais, aumentá-lo. Isso porque o impasse em negociações com esses prestadores tende a afetar a atividade da operadora em diferentes mercados. Mesmo que em alguns haja concorrência, em outros, aquele prestador pode ser imprescindível para que o valor percebido do plano pelo beneficiário se mantenha estável. É possível, portanto, que, a despeito de haver competidores que rivalizam nos mercados locais, a troca de redes locais por grupos nacionais não implique resultados neutros nos preços.

Ainda que se considere a possibilidade de verticalização, a adoção dessa estratégia tem de ser crível para favorecer a operadora nas negociações com os prestadores de serviços de saúde. Exceto pelos agentes que já a têm como modelo de negócios, verticalizar-se é uma opção mais factível se implementada em poucos mercados. À medida que aumenta o número de mercados, implementá-la exige não apenas mais investimentos, mas pode até implicar mudança no modelo de negócio da operadora. Decisões dessa natureza costumam exigir tempo maior do que o que seria considerado tempestivo para serem tomadas, seja porque as instâncias decisórias estão no ápice da hierarquia institucional, seja porque é preciso encontrar fontes de recursos.

Uma segunda razão pela qual o crescimento de um grupo de prestação de serviços de saúde pode aumentar mais que proporcionalmente seu poder de barganha é que é possível ser menos custoso negociar apenas com uma entidade do que com muitas. Como apontado na seção anterior, o poder de barganha de um prestador relaciona-se com a diferença de ganhos para a operadora de sua presença na rede em comparação com os substitutos, se estes existirem. Esses ganhos referem-se à diferença de preços de planos quando o prestador faz parte da rede assistencial da operadora em relação a quando não faz, descontados os custos da prestação do serviço e de negociação. Se houver redução significativa nos custos da negociação quando a operadora contrata prestador que atende diferentes mercados em relação à contratação de prestadores independentes, os ganhos referentes a essa redução podem ser divididos entre a operadora e o prestador.

Nos modelos discutidos na seção anterior, não são considerados os custos de negociação. O pressuposto parece ser de que estes são irrelevantes em relação aos custos dos serviços em si. No Brasil, contudo, embora não se

tenha estimativas da proporção dos custos de transação comparados aos custos de serviços, sabe-se que as negociações são por vezes bastante conflituosas e resultam em impasses. A fim de resolver essa questão, a Lei 13.003, de 2014, estabeleceu que se não houvesse acordo em até 90 dias, contados do início de cada ano-calendário, em contratos já estabelecidos sobre o reajuste dos valores a serem pagos aos prestadores, a ANS deveria definir o índice. A normatização dessa questão é um indício das dificuldades de obtenção de acordos.

Pode, portanto, ser consideravelmente menos oneroso para operadora negociar com apenas um agente ao invés de vários. Considere-se o setor de atendimento a pacientes renais terminais, que, até recentemente, era formado apenas por clínicas locais. Como mencionado, a abertura comercial favoreceu a entrada de grupos, que vêm adquirindo clínicas em diversos locais do país. O grupo norte-americano DaVita, que entrou no país em 2015, por exemplo, tem 94 unidades em 13 estados da federação, conforme sua página na internet²¹. Conforme o Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde, havia, em abril de 2022, 481 clínicas privadas com equipamentos para realização de diálise no país²². Sendo consideravelmente menos custoso negociar apenas com esse grupo do que com estabelecimentos diferentes em cada um dos treze estados em que a DaVita tem clínicas, os ganhos resultantes da diminuição dos custos de transação poderiam ser divididos entre o prestador e as operadoras. Este seria um caso de eficiências que não estão sendo levadas em conta pelo Conselho.

A terceira razão decorre de aspectos da negociação entre operadoras e contratantes de planos. Pode ser mais fácil para os primeiros conhecerem a reputação e a qualidade dos serviços de um grupo de prestação de serviços que atua em diversos mercados do que de um agente local e independente. Uma rede assistencial em que estejam presentes prestadores dos grupos maiores,

²¹ <https://www.davita.com.br/tratamento-renal/sobre-davita/historia/>. Acesso em 21/05/2022. As aquisições do grupo DaVita, na maior parte das vezes, não se enquadram nos requisitos de notificação obrigatória em decorrência do faturamento das empresas alvo. Em consulta ao sistema processual do CADE, em 21/05/2022, foram encontrados apenas dois atos de concentração cuja requerente era a Davita Healthcare Brasil Serviços Médicos Ltda.

²² Os dados foram obtidos na página do DATASUS (<https://datasus.saude.gov.br/transferencia-de-arquivos/>). Foram unidas as tabelas ST- Estabelecimentos e DC – Dados Complementares e, após, selecionados clínica/centro de especialidade (TP_UNID=36), privados (NAT_JUR>1999 e NAT_JUR<3000).

portanto, pode ter mais valor que uma rede assistencial de prestadores locais e independentes. Se for esse o caso, a operadora poderá cobrar preços mais altos por seus produtos quando os grupos de prestadores estiverem em sua rede e, em consequência, poderá negociar valores mais altos também com os prestadores.

Nos atos de concentração referentes a operações de operadoras de planos de saúde e de prestadores de medicina diagnóstica, a marca tem sido apontada seja por aumentar os custos de entrada, seja por ser relevante na caracterização da rivalidade (CADE, 2022). No entanto, a atribuição de maior valor para marcas nacionais por contratantes que adquirem planos para beneficiários em diferentes localidades de redes nacionais não foi discutida.

No ato de concentração 08700.003593/2021-13, anteriormente citado, por exemplo, mencionou-se a presença de um outro *player* nacional²³ em mercado afetado pela operação. A existência de rivais foi corroborada ainda pela presença de concorrentes regionais, que tinham marcas conhecidas na região. No entanto, para aferir se as redes regionais limitam a possibilidade de exercício de poder de mercado tanto quanto as nacionais, seria preciso analisar qual a parcela dos contratos cujos beneficiários se localizam em diferentes mercados geográficos. Sendo a parcela destes beneficiários significativa, seria preciso avaliar se, e como, os contratantes desses planos diferenciam prestadores locais dos nacionais.

Por último, como também exposto na seção anterior, a atuação em diferentes mercados pode fazer com que o prestador tenha mais informações sobre a situação da operadora, sua capacidade de pagamento e sua importância para a rede assistencial do que prestadores isolados. Essas informações podem afetar as negociações e gerar resultados mais positivos para partes mais bem informadas.

Note-se que tanto os ganhos relacionados à reputação quanto os relacionados à detenção de mais informações podem ocorrer mesmo se o grupo hospitalar estiver negociando com operadora local. Contratantes que adquirem plano que abrange apenas um mercado relevante podem preferir produtos que tenham em sua rede prestadores reputados nacionalmente. As informações

²³ Parecer 20/2021/CGA2/SGA1/SG. Disponível no SEI, com o número 0984007.

coletadas em um mercado podem contribuir para a compreensão da dinâmica de outro mercado mesmo quando estes não são diretamente relacionados.

Do lado das operadoras, o aumento do seu poder de barganha em relação aos contratantes em seguida à expansão geográfica tem causas muito semelhantes àquelas que podem aumentar o poder de barganha dos prestadores. Para um contratante de plano que tem beneficiários em diversos mercados, tende a ser mais difícil a substituição de operadoras que conseguem prover serviços em todas as localidades em que existem empregados/beneficiários. Se for significativamente menos custoso negociar com uma operadora do que com muitas, o poder de barganha de operadoras capazes de atender todos os beneficiários vinculados ao contratante é ainda maior. Por fim, pode ser mais fácil para os consumidores conhecerem a reputação e a qualidade dos serviços de agentes que atuem em muitos mercados, o que impactaria na negociação de contratos tanto coletivos quanto individuais/familiares.

Nas negociações das operadoras com os prestadores, como visto na seção anterior, o contrato com uma operadora terá maior valor para um prestador de serviços de saúde se gerar maior demanda pelos seus serviços. Isso porque, como visto, as operadoras negociam com os prestadores os valores a serem pagos pelos serviços, mas os pagamentos somente ocorrem, na maior parte dos casos, se os beneficiários utilizarem os serviços.

Para grupos de prestadores que atuam em mais de um mercado relevante geográfico, quanto mais beneficiários a operadora tiver, em mais mercados onde o grupo tem prestadores, maiores tendem a ser os ganhos com os contratos. Assim, operadoras que expandem sua atuação geograficamente podem aumentar seu poder de barganha ainda que as fusões que deram origem a essa expansão não resultem em modificações na estrutura competitiva dos mercados locais.

Note-se que, nessa negociação, o aumento do poder de barganha das operadoras resultaria em preços negociados de serviços de saúde menores. Assim, se, por um lado, a expansão de uma operadora pode viabilizar que cobre preços mais altos dos contratantes, por outro lado, pode reduzir seus custos, o que lhe possibilitaria reduzir os preços. Não é possível estabelecer a direção dos efeitos de forma geral.

Por fim, há que se tratar da expansão territorial de operadoras que atuam verticalizadas. O arcabouço teórico que orienta este trabalho pode, à

primeira vista, não ser adequado para tratar desses casos, pois se baseia na análise das negociações entre prestadores e operadoras. No entanto, no que tange a efeitos locais, há ganhos em utilizar esse referencial para orientar a análise. Se a operadora entra em um novo mercado adquirindo um hospital, por exemplo, pode-se prever que este será usado prioritariamente por seus beneficiários. Se assim for, o poder de barganha dos hospitais não verticalizados, especialmente dos que forem substitutos próximos do adquirido, nas negociações com as demais operadoras, tende a aumentar. O poder de barganha das outras operadoras pode também alterar-se a depender de como se configure a distribuição de beneficiários entre os agentes não verticalizadas.

A análise dos efeitos decorrentes de alterações na configuração dos mercados locais foge, no entanto, ao escopo deste trabalho. Em relação a efeitos que são passíveis de ocorrer mesmo se as configurações locais não se alterarem, são bastante semelhantes àqueles descritos para operadoras não verticalizadas no que se trata das relações com os contratantes de planos de saúde. Como não há, a princípio, relação com prestadores independentes, não há negociações, portanto, efeitos decorrentes dessa interação.

As interdependências entre mercados e possíveis efeitos no poder de barganha dos agentes, como ora apresentado, têm sido pouco exploradas na análise dos atos de concentração que envolvem operadoras de planos de saúde. Em atos que tratam da substituição de concorrentes regionais por nacionais, essa análise pode ser bastante relevante. Observam-se, contudo, prenúncios de que, se julgar necessário, o CADE pode vir a estudá-las. No ato de concentração 08700.003176/2021-71²⁴, referente à combinação dos negócios das operadoras Hapvida Participações e Investimentos S.A. e Notre Dame Intermédica Participações S.A, foi considerada na análise de cada mercado a presença de outras operadoras que atuam nacionalmente e a probabilidade de entrada dessas operadoras.

5. Considerações finais

O objetivo deste artigo era fazer notar a possibilidade de existirem efeitos concorrenciais de fusões sucessivas, pelas quais prestadores de

²⁴ Parecer 24/2021/CGAA2/SGA1/SG. Disponível no SEI do CADE com o número 0997527.

serviços ou operadoras de planos de saúde expandem sua atuação geográfica ou para outros mercados de produtos, ainda que não sejam alteradas as estruturas dos mercados locais. Para isso, foi usado um referencial teórico no qual se modelam os efeitos de fusões no setor de saúde em um contexto no qual os preços das prestações de serviços de saúde e, no caso de grandes contratantes de planos, dos próprios planos, são resultados de barganha bilateral.

A escolha desse escopo tem uma motivação. Embora haja movimento de fusões sucessivas facilmente percebido no setor de saúde suplementar brasileiro, têm-se discutido pouco a possibilidade de efeitos ligados a mudanças na configuração do setor que não se relacionem a alterações nas estruturas dos mercados relevantes. Fatores que induzem a preocupação do comissário Chopra, nos Estados Unidos, podem, no entanto, estar presentes também no Brasil, ainda que por outras vias.

Não se pretendeu esgotar a lista de possíveis efeitos do tipo ora discutido nesse artigo. Mostrar que podem existir efeitos dessa natureza é uma primeira contribuição. A segunda, é indicar como o uso de um referencial teórico mais adaptado ao setor de saúde suplementar pode aprimorar a análise de atos de concentração nesse setor. Não se trata de crítica ao trabalho do CADE, conhecido pelo rigor de suas análises, mas de apontar caminhos que podem até facilitar essa análise.

O setor de saúde suplementar atende cerca de um quarto dos brasileiros. Mudanças em sua estrutura podem afetar o bem-estar de uma parcela considerável da população. É, portanto, imprescindível que se utilize as técnicas e referências mais adequadas para a análise de operações na saúde suplementar a fim de se evitar que potenciais efeitos anticoncorrenciais não sejam considerados nas análises de atos de concentração.

Bibliografia

_____.Ato de concentração 08700.003176/2021-71. Parecer 24/2021/CGAA2/SGA1/SG.

_____.Ato de concentração 08700.003593/2021-13. Parecer 20/2021/CGAA2/SGA1/SG.

_____.Ato de concentração 08700.006821/2021-15. Parecer 5/2022/CGAA2/SGA1/SG.

_____.Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 14/10/2021.

_____.Lei 13.003, de 24 de junho de 2014. Disponível em <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=Texto-Lei&format=raw&id=MjkwMA==>. Acesso em 22/05/2022.

_____.Lei 13.097, de 19 de janeiro de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113097.htm. Acesso em 14/10/2021.

_____.Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em 14/10/2021.

_____.Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em 14/10/2021.

_____.Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Acesso em 14/10/2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica*. Brasília: CADE, 2022. Disponível em https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Cadernos-do-Cade_AC-saude-suplementar.pdf. Acesso em 21/05/2022.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de concentração 08700.003244/2019-87. Voto da Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira, datado de 02/12/2014.

CAPPS, C.; DRANOVE, D.; SATTERTHWAITTE, M. Competition and Market Power in Option Demand Markets. *The RAND Journal of Economics*, v. 34, n. 4, p. 737–763, 2003.

CARVALHO, E. B.; CECÍLIO, L. C. DE O. A regulamentação do setor de saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, p. 2167–2177, set. 2007.

CHOPRA, R. *Statement of Commissioner Rohit Chopra Regarding Private Equity Roll-ups and the Hart-Scott-Rodino Annual Report to Congress*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/public-statements/statement-commissioner-rohit-chopra-regarding-private-equity-roll-ups-hart-scott-rodino-annual>>. Acesso em: 22 maio. 2022.

FARRELL, J. et al. Economics at the FTC: Hospital Mergers, Authorized Generic Drugs, and Consumer Credit Markets. *Review of Industrial Organization*, v. 39, n. 4, p. 271–296, dez. 2011.

FERREIRA, L. F. *Delimitação de mercados relevantes de planos de saúde e análise de concentração*. Dissertação para obtenção do grau de mestre apresentada à Escola Brasileira de Economia e Finanças. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29419>. Acesso em 14/10/2021.

GAYNOR, Martin, TOWN, Robert. Competition in health care markets. Working Paper nº 12/282. The Centre for Market and Public Organisation, 2012. Disponível em <http://www.bristol.ac.uk/media-library/sites/cmpo/migrated/documents/wp282.pdf>. Acesso em 14/10/2021.

GOWRISANKARAN, G.; NEVO, A.; TOWN, R. Mergers When Prices Are Negotiated: Evidence from the Hospital Industry. *American Economic Review*, v. 105, n. 1, p. 172–203, jan. 2015.

HO, K.; LEE, R. S. Equilibrium Provider Networks: Bargaining and Exclusion in Health Care Markets. *American Economic Review*, v. 109, n. 2, p. 473–522, fev. 2019.

LA FORGIA, G. M.; COUTTOLENE, B. F. *Desempenho hospitalar no Brasil: em busca da excelência*. São Paulo: Editora Singular, 2009.

LEWIS, M. S.; PFLUM, K. E. Hospital systems and bargaining power: evidence from out-of-market acquisitions. *The RAND Journal of Economics*, v. 48, n. 3, p. 579–610, 2017.

LIMA, T. DE M. N. Advocacia da Concorrência 1º Lugar: Integração vertical na saúde suplementar: mapeamento da integração entre hospitais gerais e planos de saúde. 2013. Brasília: ESAF, 2013. Disponível em <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5447>. Acesso em 14/10/2021.

PROITE, A.; SOUSA, M. Eficiência Técnica, economias de escala, estrutura da propriedade e tipo de gestão no sistema hospitalar brasileiro. Trabalho apresentado no XXII Encontro Nacional de Economia, dezembro de 2004. Disponível em <http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A100.pdf>. Acesso em 14/10/2021.

RANGEL, A. Verticalização no setor de saúde: aquisições em série entre hospitais e planos de saúde no período de 2017 a 2019. Em *Direito Econômico e Defesa da Concorrência*, volume 3. Brasília: CADE, 2021. Disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/collet%C3%A2nea%20de%20artigos/VOLUME-03.pdf>. Acesso em 14/10/2021.

SANTACRUZ, Ruy. Verticalização do mercado brasileiro de saúde suplementar. Texto para discussão nº 282. Universidade Federal Fluminense, 2011. Disponível em http://economia.uff.br/wp-content/uploads/sites/584/2020/11/UFF_TD282.pdf. Acesso em 14/10/2021.

TAVARES, J. Poder de mercado no setor de saúde suplementar. Em: *Concorrência e regulação no setor de saúde suplementar*. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis (org.). São Paulo (SP): Singular, 2010.

TOWN, R.; VISTNES, G. Hospital competition in HMO networks. *Journal of Health Economics*, v. 20, n. 5, p. 733–753, 2001.

VISTNES, G. S.; SARAFIDIS, Y. CROSS-MARKET HOSPITAL MERGERS: A HOLISTIC APPROACH. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 1, p. 253–293, 2013.