

REVISTA DO

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

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

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Volume 22 - Número 1 - 2016

ISSN 1517-1957



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

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

05013-001 - São Paulo - SP Brasil

Tel/Fax: 55 11 3872 2609 3673 6748

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

Editor Responsável: Guilherme Favaro Corvo Ribas

Editores Assistentes: Priscila Brolio Gonçalves e José Carlos Busto

Conselho Editorial

Amanda Flávio de Oliveira

Barbara Rosenberg

Bernardo Macedo

Caio Mario da Silva Pereira Neto

Carlos Emmanuel Joppert

Ragazzo

Isabel Vaz

Juliano Maranhão

Leonor Cordovil

Marcio Dias Soares

Mariana Villela

Mauro Grinberg

Patricia Regina Pinheiro Sampaio

Pedro Dutra

Pedro Paulo Salles Cristofaro

Vicente Bagnoli

DIRETORIA E CONSELHO DELIBERATIVO DO IBRAC 2016 - 2017**DIRETORIA**

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

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

CONSELHO DELIBERATIVO

Pedro Zanotta - **Presidente**
 Paola Pugliese - **Vice-Presidente**
 Adriana Giannini
 Alexandre Ditzel Faraco
 Aurélio Marchini Santos
 Bernardo Macedo
 Bruno Peres Carbone
 Carlos Francisco de Magalhães
 Carol Monteiro de Carvalho
 Cristianne Saccab Zazur
 Daniel Oliveira Andreoli
 Enrico Spini Romanielo
 Fabiana Tito
 Fabricio A. Cardim de Almeida
 Fernando Marques
 Flávia Chiquito dos Santos
 João de Aquino Rotta
 José Inácio Ferraz de Almeida
 Joyce Ruiz Rodrigues Alves
 Juliano Maranhão
 Leonardo Canabrava Turra
 Leonardo Maniglia Duarte
 Leonor Cordovil

Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias
 Marcelo Procópio Calliari
 Marcio Dias Soares
 Marcos André Mattos de Lima
 Carla Amaral Junqueira
 Mario Girasole
 Mauro Grinberg
 Paulo L. Casagrande
 Paulo Lilla
 Pedro Dutra
 Pedro Paulo Salles Cristofaro
 Priscila Brolio Gonçalves
 Renê Guilherme da Silva Medrado
 Ricardo Inglez de Souza
 Ricardo Lara Gaillard
 Sérgio Varella Bruna
 Sonia Maria Giannini M. Döbler
 Thais Matallo Cordeiro Gomes
 Tito Amaral de Andrade
 Ubiratan Mattos
 Vicente Bagnoli

A REVISTA NA ERA DIGITAL

A partir deste volume, a Revista do IBRAC passa a ser publicada exclusivamente em formato digital. O principal objetivo da mudança é modernizar e ampliar as plataformas de divulgação de seu conteúdo. O acervo da Revista – o mais antigo do Brasil em matéria de defesa da concorrência – também será paulatinamente digitalizado para propiciar aos leitores a experiência de revisar a doutrina produzida ao longo de 21 anos.

No início deste ano, a gestão presidida por Eduardo Caminati Anders tomou posse para o biênio 2016-2017, tendo havido igual renovação do Conselho Editorial, por mim presidido e composto por Amanda Flávio de Oliveira, Barbara Rosenberg, Bernardo Macedo, Caio Mario da Silva Pereira Neto, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Isabel Vaz, Juliano Maranhão, Leonor Cordovil, Marcio Dias Soares, Mariana Villela, Mauro Grinberg, Patricia Regina Pinheiro Sampaio, Pedro Dutra, Pedro Paulo Salles Cristofaro e Vicente Bagnoli. A partir do próximo volume, Priscila Brolio Gonçalves será a coordenadora-adjunta da Revista do IBRAC.

Nesta edição encontramos os artigos selecionados pela Comissão Julgadora do Prêmio IBRAC-TIM 2015 para publicação na Revista do IBRAC. Todos os textos foram revisados por três examinadores no sistema *blind review*.

Boa leitura.

Guilherme Favaro Corvo Ribas
Diretor de Publicações do IBRAC



PRÊMIO IBRAC - TIM 2015

SUMÁRIO

SOBRE OS AUTORES.....	7
OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO CADE NO SETOR DE SAÚDE	9
Kenys Menezes Machado.....	9
AÇÕES COLETIVAS [PRIVADAS] COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	30
Fernanda Mercier Farina.....	30
APONTAMENTOS SOBRE O COMPARTILHAMENTO EFICIENTE DE INFORMAÇÕES ENTRE CONCORRENTES	56
Ricardo Villela Mafra Alves da Silva	56
A RELAÇÃO ENTRE GOVERNANÇA CORPORATIVA E ANTITRUSTE: INCENTIVOS AO COMPORTAMENTO COLUSIVO	77
Ana Elisa Laquimia de Souza	77
DECENTRALIZED GLOBALIZATION: POSSIBLE SOLUTIONS FOR MULTIPLE MERGER CONTROL REGIMES IN CROSS-BORDER TRANSACTIONS	99
Bruno Bastos Becker	99
A REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS CONCORRENCIAIS: DESAFIOS NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA	123
Gustavo Flausino Coelho.....	123
TEORIA DOS JOGOS E CARTÉIS: Quanto vale um acordo de leniência?	140
Luciana Gonçalves Nunes.....	140
ANTITRUST IN A WORLD WITHOUT SCARCITY: HOMEMADE COMPETITION AND THE ATOMIZATION OF THE MARKETS.....	161
Roberto Domingos Taufick.....	161
NORMAS DE PUBLICAÇÃO NA REVISTA DO IBRAC	175

SOBRE OS AUTORES

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

Bruno Bastos Becker: Pesquisador responsável do Núcleo de Direito, Economia e Governança da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período sanduíche na Justus-Liebig Universität Giessen, Alemanha, com bolsa CAPES-DAAD.

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

Gustavo Flausino Coelho: Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogado.

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

Luciana Gonçalves Nunes: Doutoranda (desde 2015), mestre (2011) e graduada (2008) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente, ocupa o cargo de analista de gestão e políticas públicas em desenvolvimento, no Escritório de Direitos Humanos, vinculado à SEDESE/MG. Foi Professora de Direito Penal e Processual Penal, entre os anos de 2012 e 2014, na Faculdade de Sabará e na Faculdade de Minas (FAMINAS-BH). Email: lugnunes@gmail.com

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

Roberto Domingos Taufick: LLM in Law, Science and Technology, Stanford Law School PGD in EU Competition Law, King's College London Especialista em Defesa da Concorrência, Edesp-FGV Extensão em Defesa da Concorrência, UnB Bacharel em Direito, Largo São Francisco, USP Autor de 2 livros de defesa da concorrência

OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO CADE NO SETOR DE SAÚDE

Kenys Menezes Machado

Resumo: A saúde é um dos setores que vem demandando mais atenção do CADE, tanto em termos de atos de concentração como de condutas anticompetitivas. A multiplicidade dos agentes envolvidos e a complexidade das relações levanta a questão dos limites da atuação do órgão no setor. Apesar de se observar aprimoramentos na atuação na área da saúde, existem condições estruturais do próprio setor que limitam de forma relevante o desempenho do CADE. Contudo, isso não exclui a importância e a necessidade de se avançar nessa atuação, inclusive por meio de outras formas, como na promoção da concorrência.

Palavras-chave: Saúde. CADE. Fusões. Condutas anticompetitivas. Atuação institucional.

Key words: Health. CADE. Mergers. Anticompetitive practices. Institutional performance.

1. INTRODUÇÃO

A saúde é um dos setores que, historicamente, vem demandando mais atenção do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Isso ocorre tanto em relação à análise de atos de concentração quanto à investigação de condutas anticompetitivas. Essa demanda envolve os diversos agentes: médicos, associações, cooperativas, prestadores de serviços médico-hospitalares (como clínicas e hospitais), planos de saúde e governo. Não há sinais de que esse movimento deve recuar, seja por fatores conjunturais como estruturais do setor¹.

Essa grande demanda é apenas um sinal dos inúmeros desafios que existem na saúde e que não podem ser analisados de forma isolada. A complexidade do setor é notória devido a diversos aspectos, entre eles a elevada assimetria de informação, externalidades positivas e negativas, barreiras à entrada significativas, entre outros. Essas questões são tão importantes quanto o porte dos agentes no momento das negociações envolvendo o preço dos serviços a serem ofertados/adquiridos no

¹ Esses fatores serão discutidos mais adiante.

mercado, o que gera uma grande disputa até que seja alcançado algum equilíbrio, mesmo que tenuous e provisório, entre as partes.

O problema é que esse equilíbrio é extremamente instável e frequentemente é rompido por um dos lados com práticas contestáveis sob o ponto de vista concorrencial. Normalmente é nessa hora que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE é perquirido a agir por meio de sua atuação repressiva, muito embora em vários casos a demanda seja em questões eminentemente privadas. Além disso, a atuação do órgão por meio do controle de estruturas (análise de atos de concentração) pode influenciar na definição da correlação de forças que os agentes terão do mercado.

Dessa forma, dada a elevada demanda existente em um setor extremamente importante para a sociedade, a questão que se coloca é quais os limites da atuação do CADE nos problemas competitivos do setor de saúde no contexto da Lei 12.529/11. O foco será menos no aspecto legal e mais nos aspectos estruturais e conjunturais do setor. Para discutir essa questão o artigo é dividido em quatro seções: a primeira tratará de um breve histórico da atuação do CADE no setor de saúde; em seguida são levantados dois dilemas relevantes na saúde e, na terceira parte, discutem-se as limitações do órgão no setor. Por fim, são tecidas algumas considerações finais sobre como o CADE pode aprimorar sua atuação no setor.

2. OS CAMINHOS DA SAÚDE NO SBDC

As negociações envolvendo os diversos agentes participantes do setor de saúde vem, a bastante tempo, sendo objeto de investigação do SBDC. O resultado disso foi um grande número de decisões do CADE em relação a várias das condutas praticadas ao longo dos anos. Entre as denúncias mais recorrentes estão o uso de tabelas médicas pelos diversos agentes do setor (médicos, hospitais, clínicas, etc), a adoção de condutas anticompetitivas pelas cooperativas médicas (como a realização de boicotes, ameaça a médicos cooperados, bloqueio à entrada de concorrentes) e a prática de unimilitância, que é entendida como a exigência, por parte de um agente econômico, da exclusividade na atuação de médicos, proibindo a oferta do serviço para um concorrente (CADE, 2015).

De junho de 1996 a maio de 2015 foram julgados pelo CADE 81 processos administrativos referentes à denúncia de tabelas médicas.

Dessas, houve 73 condenações e 8 arquivamentos. Em relação às denúncias contra cooperativas, no mesmo período houve 8 condenações, 8 acordos e 4 arquivamentos. Já em relação à unimilitância, foram 102 condenações, 14 arquivamentos e 39 Termos de Cessação de Conduta, totalizando 155 processos julgados no mesmo período (CADE, 2015). Esses números não incluem processos que foram arquivados em outras etapas procedimentais do CADE, como Inquérito Administrativo² e Procedimento Preparatório.

O caminho para se chegar a tais números não foi linear. Ao longo dos anos houve grandes divergências no entendimento das condutas. As Notas Técnicas emitidas pela Superintendência do CADE revelam isso³: as mudanças ocorreram desde a própria definição do mercado relevante e o cálculo da participação de mercado ao que era entendido como sendo uma conduta anticompetitiva praticada pelos agentes. Os resultados em termos de *enforcement* foram (e ainda são) dúbios: alguns casos tiveram reversão na justiça, continuaram (e continuam) chegando um grande número de denúncias envolvendo cooperativas médicas e o setor permanece sendo uma das principais fontes de denúncias após a promulgação da Lei 12.529/11⁴.

² Ou como Averiguação Preliminar, procedimento correspondente na Lei 8.884/94.

³ Processo Administrativo 08012.013467/2007-77. Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Amazonas. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado do Amazonas – COOPANEST-AM e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS. Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer. Processo Administrativo 08012.007833/2006-78. Representante: Procuradoria da República em Rondônia – Ministério Público Federal. Representados: Conselho Regional de Medicina de Rondônia (CREMERO) e Associação Médica de Rondônia (AMR).

⁴ Pesquisa no Diário Oficial da União, seção 1, e no boletim de serviço eletrônico do CADE (www.cade.gov.br).

Mesmo onde houve redução de denúncias, não é possível afirmar se foi por um aumento do *enforcement* decorrente das decisões do CADE ou pelo receio dos agentes de serem incluídos no polo passivo dos processos abertos por meio de suas denúncias. Isso ocorreu em alguns casos envolvendo planos de saúde e associações⁵.

O histórico do controle preventivo pelo CADE no setor de saúde não é menos complexo. Entre 1997 e 2012 foram notificados 86 atos de concentrações envolvendo o setor (ANS, 2015). Dessas, cerca de 30 envolviam planos de saúde e/ou hospitais. As principais restrições se concentraram em operações relacionadas principalmente como sendo o hospital o principal ativo⁶. Das poucas operações totalmente reprovadas pelo CADE, duas envolveram a aquisição de hospitais verticalizados com planos de saúde adquiridos por concorrentes, no mesmo município, e com o mesmo perfil. As concentrações em ambos os casos chegavam a mais de 90%⁷.

A explicação para tal resultado não é difícil. As barreiras à entrada no mercado de hospitais são elevadas, sendo que nos últimos pareceres e votos o CADE claramente aponta que a entrada não é um elemento de afasta possíveis problemas concorrenciais no mercado hospitalar, seja qual for a delimitação geográfica definida⁸. Como a

⁵ Como, por exemplo, no Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer.

⁶ Não se está incluindo aqui restrições referentes às cláusulas de não concorrência.

⁷ Ato de Concentração nº 08012.008853/2008-28. Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda. Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.

⁸ Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A., Hospital Santa Lúcia S.A. Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.

definição desse mercado é bastante restrita e é comum que vários dos concorrentes apresentem limitações à capacidade de concorrer, principalmente por questões financeiras, uma concentração mais elevada já pode indicar a necessidade de aplicação de remédios. Isso somente não é mais comum nesse mercado porque as concentrações horizontais observadas nas operações ocorrem ainda em poucos municípios, normalmente de maior porte, como Rio de Janeiro e São Paulo, onde atuam Rede D'Or, Amil e outros hospitais de grande porte não pertencentes a grupos ou planos de saúde.

Já nas operações de planos de saúde observa-se a aprovação de concentrações mais elevadas⁹. A existência de uma rede credenciada permite que mesmo operadoras com pequeno *market share* possam competir com planos de saúde com maior participação. Além disso, nos mercados mais concentrados há sempre a presença da Unimed que, quando não é líder, possui participação relevante. Contudo, observa-se que cada vez mais operadoras não tem ofertado planos individuais no mercado. Com isso, o fato de a operadora possuir em sua carteira um grande número de beneficiários nessa modalidade ou no seu rol de planos cadastrados na ANS constar essa modalidade não significa que seja um agente que efetivamente concorre no mercado. Essa questão foi recentemente abordada pelo CADE na análise do ato de concentração envolvendo a Amil e a Seisa¹⁰.

Após a promulgação da Lei 12.529/11 foi mantido o ritmo de notificações de operações envolvendo o setor de saúde. Foram emitidos pela Superintendência cerca de 15 pareceres referentes aos mercados de planos de saúde e hospitais somente nos três primeiros anos da nova Lei¹¹. Ou seja, mesmo com os novos critérios de notificação não houve uma redução nas notificações desse setor em comparação aos anos anteriores. Contudo, é possível que esse número fosse muito superior, pois a grande maioria dos hospitais, planos de saúde, clínicas e demais agentes não

⁹ Embora as participações de mercado presente na maioria dos votos e pareceres públicos estejam totalmente confidenciais, é possível o cálculo da participação de mercado das requerentes por meio do site da Agência Nacional de Saúde - ANS (www.ans.gov.br).

¹⁰ Ato de Concentração 08700.008540/2013-89. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A., Seisa Serviços Integrados de Saúde Ltda. e Hospital Carlos Chagas S.A.

¹¹ Pesquisa no Diário Oficial da União, seção 1, e no boletim de serviço eletrônico do CADE (www.cade.gov.br).

atingem os faturamentos atualmente exigidos para notificação¹²⁻¹³. Com isso, várias operações vêm ocorrendo sem a necessidade de notificação ao CADE. Em paralelo, não houve, nos três anos seguintes a Lei 12.529/11, qualquer pedido de notificação de operações desse setor que não se enquadrassem nos critérios de notificação, tendo como base o art. 88, §7º, da Lei nº 12.529/11¹⁴.

Nas análises empreendidas pelo órgão foi necessário avaliar alguns argumentos apresentados pelas empresas que conflitam com a busca de um maior equilíbrio entre os agentes do setor. Esses argumentos são expostos na seção seguinte.

3. CONCENTRAÇÃO E VERTICALIZAÇÃO

No setor de saúde há alguns dilemas importantes que aparecem usualmente nos estudos sobre o tema e impactam diretamente no cenário concorrencial analisado pelo CADE e na sua capacidade de atuação. Dois desses dilemas se referem ao aumento da concentração no mercado de planos de saúde e a verticalização entre os planos de saúde e prestadores de serviços médico-hospitalar. Uma análise, mesmo que breve, desses dilemas é importante para entender as ações dos agentes no mercado e a atuação do CADE¹⁵.

¹² A grande maioria das clínicas, hospitais, laboratórios e planos de saúde não faz parte de grandes grupos empresariais ou de fundos de investimento, mas atuam de forma independente. Com isso, os faturamentos não atingem os critérios definidos na Lei 12.529/11 para notificação. No geral, apenas grandes grupos, como a Amil e Rede D'Or, ou agentes detidos por fundos de investimento, possuem faturamento que demandaria a notificação ao CADE.

¹³ O critério de notificação tem como base o faturamento das partes envolvidas. Nesse caso, é notificável a operação se uma das partes detiver um faturamento superior a R\$ 750 milhões e a outra possuir um faturamento superior a R\$ 75 milhões, ambos no ano anterior da operação.

¹⁴ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

(...)

§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

¹⁵ Isso não significa que não haja outras questões também relevantes no setor. Contudo, essas parecem ser as mais relevantes dado o escopo do presente artigo.

3.1 Concentração no mercado de planos de saúde

Um dado comumente citado nos estudos envolvendo planos de saúde se refere ao grande número de agentes que atuam nesse mercado no país. Segundo a ANS (2015), em 2013 havia 929 operadoras médico-hospitalares com beneficiários. Desses, 188 seriam na modalidade autogestão, 318 cooperativas médicas, 320 medicinas de grupo, 75 filantrópicas e 12 seguradoras especializadas em saúde. Esse grande número de operadoras é citado por essas empresas como argumento da pulverização no setor.

Também é destacado pelas empresas que o número de beneficiários por plano de saúde é extremamente heterogêneo. Cerca de 700 operadoras possuem menos de 50 mil beneficiários, número pequeno para um agente desse mercado¹⁶. Nesse caso, as operadoras têm dificuldade em diluir os custos da operação em sua carteira de beneficiários, o que aumenta a sua exposição a eventos de alto custo e que podem onerar fortemente sua rentabilidade e comprometer seu funcionamento¹⁷.

A liquidação de uma operadora é sempre uma situação extrema e que prejudica o consumidor, que acaba tendo que mudar de plano de saúde sem a sua vontade, muitas vezes a um preço mais alto ou com rede credenciada diversa da anteriormente disponível. Com isso ele pode ser forçado a trocar de médico ou local de tratamento (caso esteja) pela falta de credenciamento do novo plano. Como são restritas as opções de planos de saúde para o consumidor após a liquidação da operadora, não é pequena a possibilidade de reduções no seu bem-estar decorrentes de tal procedimento.

A maior concentração, de acordo com as operadoras, seria fundamental para minimizar os riscos existentes e gerar ganhos de escala necessários para a redução de custos. Pode-se concluir, dessa forma, que os argumentos apresentados ao CADE são válidos? Não necessariamente.

¹⁶ O CADE tem considerado, inclusive, esse número como a Escala Mínima Viável (EMV) para atuar no mercado de planos de saúde (Ato de Concentração 08700.008540/2013-89. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A., Seísa Serviços Integrados de Saúde Ltda. e Hospital Carlos Chagas S.A).

¹⁷ O Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) destaca que a escala é o maior obstáculo para a expansão de seguradoras em mercados pequenos e médios (VARNEY, 2010).

De fato, o número de planos de saúde é significativo. Contudo, ele vem se reduzindo ano a ano. Em 2003 havia 1345 operadoras no país; ou seja, houve uma redução de 30% no número de agentes em um período de 10 anos. É possível que esse movimento se intensifique nos próximos anos devido à crise financeira que se encontra parte importante das operadoras atualmente em atividade.

Outro aspecto importante se refere à concentração em nível local. Embora ainda haja divergências quanto à forma de cálculo do mercado geográfico de planos de saúde, não resta dúvidas que a delimitação deve ser local, variando entre o município considerado de forma isolada a um grupo de municípios próximos (ALMEIDA, 2009; SANTOS, 2009). O CEDEPLAR¹⁸ (ANS, 2015) realizou estudo sobre o nível de concentração verificado em 96 mercados geográficos definidos por meio de metodologia própria¹⁹. Os dados revelam que em 89 dos 96 municípios a concentração de mercado dos 4 maiores grupos é superior a 90% em planos de saúde individuais. Para planos coletivos, a concentração dos 4 maiores grupos também é superior a 90% em 87 dos 96 municípios²⁰.

Em um cenário ideal, seria importante que houvesse uma redução do número de operadores de planos de saúde com pequeno número de beneficiários de forma a permitir ganhos de escala, maior capacidade de financiamento e diluição de riscos inesperados. Como essas pequenas operadoras normalmente atuam em poucos municípios, a fusão ou aquisição entre planos de saúde de porte pequeno e médio em diferentes mercados geográficos não impactaria de forma negativa a concentração do mercado. Mesmo a por grandes concorrentes seria saudável, desde que atuassem em mercados geográficos distintos. Contudo, muitas vezes não é isso que ocorre.

A aquisição da Medial pela Amil²¹, por exemplo, envolveu duas grandes operadoras que não possuíssem problemas de escala para justificar a concentração. Houve, nesse caso, a saída de um grande agente no mercado,

¹⁸ Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional da UFMG.

¹⁹ Metodologia de modelos gravitacionais. De acordo com Andrade (2010), “o método parte do pressuposto de que os serviços de saúde apresentam características locais tanto no consumo quanto na produção e busca captar o grau de integração entre as regiões o qual é mensurado pelo fluxo de bens e serviços entre as mesmas”.

²⁰ Nesse caso foi considerado a Unimed como um grupo econômico, conforme entendimento recente do CADE.

²¹ Ato de Concentração 08012.009906/2009-17. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional Ltda., Medial Participações S.A. e Medial Saúde S.A.

no caso a Medial, fortalecendo ainda mais a Amil. Já os atos de concentração 08700.003978/2012-90²² e 08012.008853/2008-28²³ envolviam, também, planos de saúde com escala de atuação reduzida. Assim, embora houvesse justificativas em termos de ganho de escala, havia uma grande sobreposição geográfica entre as operadoras, o que os tornava quase monopolistas em alguns municípios.

Assim, pode-se concluir que os dados e argumentos apresentados são válidos a depender do ponto de vista. De fato, há um grande número de planos de saúde no Brasil, mas como os mercados geográficos são locais, esse número pode esconder elevadas concentrações. O CADE tem, em regra, permitido fusões e aquisições no mercado de saúde suplementar, desde que as concentrações não alcancem níveis extremamente elevados. Assim, não é possível afirmar que o órgão tem dificultado a consolidação nesse mercado como instrumento para o aumento da escala dos agentes. Pelo contrário, a grande maioria das operações foram aprovadas sem restrições. O risco, pelo contrário, seria o de aumento do poder de barganha das operadoras frente aos demais agentes do mercado de saúde. Antes de adentrar em tal ponto será discutido a questão da verticalização.

3.2 Verticalização

A verticalização no setor de saúde não é um fenômeno recente, mas era limitado a poucos agentes, com destaque para as Unimed. Nos últimos anos essa questão voltou a discussão pelas aquisições realizadas pela Amil e, de forma mais paulatina e menos vultosa, pelos investimentos realizados por outras operadoras. Entre as principais razões para esse movimento estão a existência de falhas de mercado e a adoção, pela ANS, de uma regulação mais rigorosa nos últimos anos.

Falhas de mercado ocorrem em diversos setores, mas elas são extremamente sensíveis no mercado de saúde. As falhas mais citadas na literatura são as externalidades difusas e a assimetria de informação. As externalidades difusas podem ser negativas ou positivas e se referem ao impacto das escolhas de consumo pela sociedade sobre o bem-estar individual. Por exemplo, quanto maior o uso indiscriminado de antibióticos pela população, maior será a externalidade negativa gerada

²² Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.

²³ Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda.

para os seus indivíduos, pois eles sofrerão os efeitos de maior resistência de vírus e bactérias a esses medicamentos.

A assimetria de informação pode ocorrer tanto do ponto de vista do consumidor como do ponto de vista do plano de saúde. O primeiro caso decorre da diferença de conhecimento sobre a necessidade de cuidados do paciente. Devido às complexidades envolvidas no setor, os prestadores de serviços médicos possuem mais conhecimento da saúde do paciente do que o próprio paciente, o que influencia diretamente nas escolhas dele.

Sob o ponto de vista da operadora, essa assimetria pode ocorrer em relação aos beneficiários e aos demais prestadores de serviços de saúde. No caso dos beneficiários, há uma tendência a sobreutilização dos serviços de saúde pelo fato do custo marginal ser zero na modalidade no qual o único pagamento realizado é o da mensalidade do plano. Nessa categoria de plano, não há qualquer contrapartida financeira do usuário pela utilização do serviço, o que acaba gerando um incentivo a utilização em excesso dos serviços disponíveis, como exames e consultas. Na modalidade de coparticipação esse incentivo é menor, mas ainda existe e depende do percentual de contribuição do beneficiário sobre o custo do serviço utilizado.

A assimetria em relação aos demais prestadores é outro ponto sensível para as operadoras. Nesse caso, as ações do prestador não podem ser totalmente controladas pelo plano de saúde, pois o primeiro possui mais informações sobre o paciente quando este procura atendimento do que o plano de saúde, que vai realizar o pagamento do serviço prestado.

Essas características do setor de saúde acabam tornando extremamente complexas e incertas as relações entre os agentes envolvidos. Como forma de dar mais segurança para o elo mais fraco dessa relação - o consumidor - o marco regulatório do setor de saúde complementar vem sofrendo mudanças significativas nos últimos anos²⁴. Essas mudanças buscaram tornar mais equilibrada a relação entre os consumidores e as operadoras, mas aumentaram de forma relevante os custos dos planos de saúde, o que impactou principalmente a atuação das pequenas e médias operadoras. Como parte das medidas regulatórias

²⁴ As principais medidas adotadas pela ANS foram as seguintes: preços mínimos de comercialização do plano de forma a evitar a assunção de riscos excessivos; inclusão de (extensa) cobertura obrigatória e de limites máximos de carência; limitações quanto à regra de cálculo do prêmio; exigências de medidas para evitar a falência das operadoras, como requisitos de capital mínimo, provisões de risco, provisão para eventos ocorridos e não avisados, além de margem de solvência (LEANDRO, 2010).

impõem limites a elevação dos preços cobrados aos consumidores, a contenção de custos via minimização das falhas de mercado e ganhos de escala passou a ser prioridade para as operadoras (LEANDRO, 2010). Nesse contexto, a verticalização possibilitaria internalizar alguns desses custos, tornando-os menos incertos, o que aumenta a previsibilidade na gestão do negócio.

Esses argumentos vêm sendo levados em consideração pelo CADE, tanto em termos de conduta como de atos de concentração. Não houve ainda restrições em atos de concentração no qual o único objeto era a verticalização, seja ele envolvendo plano de saúde, hospital, clínica ou laboratório. As operações com restrições envolviam tanto concentrações horizontais como integrações verticais. Nesses casos, as restrições muito provavelmente ocorreriam mesmo que não houvesse relações verticais, pois as concentrações horizontais eram significativas²⁵.

Em relação às práticas anticompetitivas, a verticalização pode provocar risco de fechamento de mercado tanto a jusante e como a montante nos mercados envolvidos, seja por meio de recusa de contratar ou discriminação de preços, quantidade ou mesmo qualidade do serviço ou produto fornecido. O CADE se manifestou recentemente em relação a esse tipo de conduta, no qual ponderou exatamente sobre o risco de fechamento de mercado vis-à-vis os ganhos de eficiências decorrentes do processo de verticalização. Essa ponderação pode ser sumarizada no seguinte trecho da Nota Técnica do órgão²⁶:

Nesse contexto, devem-se levar em consideração possíveis eficiências com redução de custos advindas de um processo de verticalização dos serviços e se essas possíveis eficiências compensam um provável processo de concentração de mercado de prestação de serviços laboratoriais, tendo em vista que a verticalização pode excluir determinados agentes do mercado, caso não haja um acordo quanto a

²⁵ Entre outros, por exemplo, no Ato de Concentração nº 08012.008853/2008-28. Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda. e Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.

²⁶ Inquérito Administrativo 08700.004911/2012-72. Representante(s): G. Pasteur Laboratório de Análises Clínicas e Patologia Ltda. Representada(s): Unimed Cooperativa de Trabalho Médico – Joaçaba, Unimed Cooperativa de Trabalho Médico – Chapecó, Unimed Cooperativa de Trabalho Médico – Caçador. Parecer 310/SG. Setembro de 2013.

contratação dos exames a serem realizados por meio de laboratório próprio ou pela rede credenciada.

Destaca-se que do ponto de vista empírico, observa-se, nas duas últimas décadas, no mercado de cuidado da saúde e de seguros de saúde, elevado grau de dinamismo em sua estrutura com tendência à consolidação horizontal e vertical dos provedores. Essa consolidação em parte se justifica pela presença de economias de escala e escopo. Firms grandes podem também se beneficiar de preços inferiores junto aos provedores e firms pequenas apresentam um risco maior. Em relação à integração vertical, esta pode reduzir os custos de transação entre seguradoras e provedores. Alguns estudos apontam também a associação entre tamanho das operadoras e qualidade do cuidado como uma explicação para as fusões.

A mensagem passada por esse trecho não é isolada, mas pode ser observada em outros processos analisados pelo órgão. Assim, o CADE tem se mostrado receptível aos argumentos de aumento de concentração e verticalização como elementos importantes para a necessidade de redução de custos enfrentados pelo setor, principalmente pelos planos de saúde. Contudo, pode-se questionar se essa disposição pode ter implicações nas análises das condutas anticompetitivas que chegam ao órgão.

4. LIMITES DA ATUAÇÃO

No bojo da Lei 8.884/94, o SBDC era formado por três órgãos: a Secretaria de Direito Econômico (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o CADE. Ao longo dos anos a SDE passou a se especializar na investigação de condutas anticompetitivas, enquanto a SEAE focou sua atuação na instrução de atos de concentração. Ambos os órgãos enviavam seus pareceres ao CADE, que era responsável pela decisão final.

Um dos problemas dessa divisão era o distanciamento das relações envolvidas entre os atos de concentração e as condutas anticompetitivas nos diversos setores. Muitas vezes o entendimento das questões concorrenciais de um setor somente pode ser adequadamente observado ao se acompanhar e analisar a dinâmica das operações de fusões e aquisições em conjunto com as condutas em análise pelo SBDC. Esse entendimento era limitado devido à divisão entre os órgãos de instrução. Com isso, cabia ao Tribunal do CADE, já com a instrução concluída e muitas vezes com relatores distintos, tentar fazer essa análise conjunta.

Com a promulgação da Lei 12.529/11 esse problema foi minimizado, pois cabe a um único órgão – a Superintendência Geral do CADE – fazer a instrução de ambos os procedimentos. Assim, a divisão temática das coordenações permite que uma mesma equipe possa avaliar as implicações concorrenciais dos atos de concentração nas condutas em análise, e vice-versa, permitindo “ganhos de escopo” na análise dos diversos mercados.

Na área de saúde parece que esse “ganho de escopo” vem trazendo resultados. Observa-se, em pareceres de atos de concentração elaborados pela Superintendência, uma preocupação em não permitir que estruturas resultantes da operação distorçam ainda mais o frágil equilíbrio entre os agentes do mercado. Por exemplo, entre os argumentos apresentados contra a aprovação sem aplicação de um remédio estrutural no ato de concentração envolvendo o Medgrupo e a Rede D’Or, em Brasília, consta o aumento do desequilíbrio na relação entre os médicos, planos de saúde e os hospitais envolvidos após a operação²⁷:

Por outro lado, essa centralização, principalmente na compra, poderia gerar um efeito negativo: a criação de uma assimetria de poder de negociação/compra favorável à Rede D’Or contra os planos de saúde e contra os profissionais de saúde. A existência de um equilíbrio nessa relação é importante para que não haja prejuízos ao consumidor no que se refere a preço, qualidade e redução/interrupção da oferta de serviços, entre outros fatores.

Esse entendimento foi confirmado pelo Tribunal, que aprovou a operação condicionada à alienação de um dos dois maiores hospitais de Brasília que ficariam em poder da Rede D’Or. A mesma preocupação quanto ao equilíbrio das relações entre os agentes pode ser observada nas notas relacionadas às condutas anticompetitivas.

A Superintendência concluiu uma série de processos envolvendo cooperativas de especialidades médicas, sendo a mais numerosa a da especialidade de anesthesiologistas²⁸. Nessas notas o órgão reconhece que

²⁷ Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A. e Hospital Santa Lúcia S.A. Esse entendimento foi confirmado pelo Tribunal, que aprovou a operação condicionada à alienação de um dos dois maiores hospitais de Brasília que ficariam em poder da Rede D’Or.

²⁸ Processo Administrativo 08012.013467/2007-77. Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Amazonas. Representados: Cooperativa dos Médicos Anesthesiologistas do Estado do Amazonas – COOPANEST-AM e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde –

apenas a aplicação de multas e outras punições de publicização da decisão final não têm sido suficiente para inibir a prática das condutas denunciadas, entre elas o descredenciamento de planos de saúde e hospitais, ameaças a médicos cooperados e não cooperados, boicotes a concursos públicos e outras formas de contratação pelo setor público, entre outras práticas. Diante disso, tem recomendado a cisão das cooperativas que possuem elevado percentual de médicos no mercado relevante analisado.

Essa recomendação, embora fundamentada e racional do ponto de vista de solucionar o problema anticompetitivo de forma estrutural, esbarra nas limitações de execução da medida proposta. Além disso, pode, de forma unilateral, criar mais distorções no mercado. A própria nota já indica quais seriam alguns dos problemas:

O problema das medidas comportamentais decorre da pouca efetividade delas para determinados casos, pois a simples proibição das cooperativas de decretarem litígio comercial, promoverem descredenciamento em massa contra os planos de saúde e hospitais públicos e privados, e boicotes contra concursos públicos, entre outras condutas praticadas pelas cooperativas nos diversos processos que tramitam no CADE, possivelmente não seriam suficientes para se afastar a possibilidade de danos à concorrência – e, por conseguinte, ao consumidor –, pois o que permite à cooperativa praticar essas condutas é a sua característica estrutural de monopólio ou elevado poder de mercado. Além disso, o fato de não existir uma agência para regular os preços e condições de funcionamento de uma cooperativa, que não é (nem deve ser) papel do CADE, dificulta o monitoramento da adoção de medidas comportamentais.

As medidas estruturais podem atingir diretamente o problema da monopolização da cooperativa no seu mercado de atuação, sendo mais eficazes na resolução das condutas citadas ao longo da nota. Contudo, medidas estruturais também podem ser de aplicação não trivial, e, algumas delas, podem ser ineficazes. Por exemplo, a proibição de entrada de novos médicos na cooperativa, em um mercado com elevadas barreiras à entrada, pode simplesmente resultar em redução da oferta de especialistas, sem necessariamente incentivar o surgimento de uma nova cooperativa

UNIDAS; Processo Administrativo 08012.004420/2004-70. Representante: CADE Ex Offício. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Rio Grande do Norte – COOPANEST-RN; entre outros.

concorrente. A dissolução da cooperativa, por outro lado, pode ser demasiadamente interventiva, sem necessários resultados práticos de maior eficiência.

Esse problema ressalta um ponto central na atuação do órgão principalmente no setor de saúde: por mais que o CADE identifique corretamente o problema, a solução efetiva foge a sua capacidade de atuação²⁹.

Apesar de possuir falhas de mercado que comprometem a atuação eficiente do setor, a área de saúde carece de uma regulação que equilibre, pelo menos parcialmente, as relações entre os diversos agentes. O único dos participantes regulados são as operadoras de planos de saúde³⁰. Os demais agentes são, em geral, livres para formar preço e definir níveis de qualidade, desde que atendam aos requisitos mínimos legais³¹. Isso abre um espaço enorme para variações de preço e qualidade entre os prestadores. Tendo em vista os diferentes portes e interesses envolvidos, o resultado é um conflito constante.

Como já destacado, a rígida regulação da ANS tem como objetivo dar mais segurança ao consumidor. Entretanto, o resultado é o aumento dos custos dos planos de saúde, que já são onerados pelo aparecimento de novas tecnologias, normalmente a custos mais elevado, para o tratamento e prevenção de doenças. Com isso, os planos buscam pressionar os demais agentes do setor a reduzir os preços cobrados, sejam eles hospitais, clínicas, médicos ou laboratórios. Como não é atribuição da ANS³² definir o preço dos serviços ofertados por esses prestadores ou intermediar essas relações, os equilíbrios formados são sempre instáveis e tênues.

²⁹ Almeida questiona a atuação do CADE em relação às cooperativas, pois a questão do poder compensatório estaria sendo incorretamente tratada nos processos analisados pelo órgão (ALMEIDA, 2009). Independentemente do resultado dessa discussão, a conclusão, como destacado a seguir, é que o desequilíbrio na relação dos agentes continuará existindo, a despeito da atuação do CADE.

³⁰ Não se está incluindo aqui o mercado farmacêutico, regulado pela Anvisa, pois os conflitos negociais com os demais agentes de mercado são menores, embora não menos importantes, para o consumidor.

³¹ Como da vigilância sanitária, para estabelecimentos de saúde, e de formação profissional, para os médicos.

³² Pelo menos até recentemente, pois algumas mudanças normativas têm atribuído à ANS uma maior participação nessas negociações.

Por mais que o CADE atue de forma preventiva ou repressiva, essa atuação acaba sendo pontual e de pouco resultado no curto e médio prazo. Isso ocorre porque as condições que criaram as estruturas de mercados atuais não foram definidas pelo CADE. A reprovação de concentrações elevadas de planos de saúde e hospitais em pequenos e médios municípios é importante para não aumentar um problema já existente: os planos de saúde já são concentrados nesses municípios, com destaque para a posição das Unimed, e em grande parte há somente um hospital privado, com pequena escala, em funcionamento. A verticalização em vários casos não ocorre por meio de aquisição, mas de crescimento orgânico. Nesse caso, só cabe ao CADE intervir em sede de conduta.

A atuação do CADE em conduta acaba sendo, mesmo que importante e indispensável nesse setor, limitada. O exemplo das cooperativas é salutar: por mais que o CADE deva investigar e reconheça o problema em questão, sua decisão pode não ter a efetividade desejada para coibir novamente a prática.

A maioria das denúncias envolve, no fundo, a definição de qual é o preço de equilíbrio entre os agentes do mercado. Os agentes com maior poder de barganha, normalmente os maiores planos de saúde em suas regiões, tentam impor condições muitas vezes inviáveis para a manutenção das atividades dos demais prestadores. Como resultado, esses passam a adotar práticas questionáveis do ponto de vista concorrencial. Apesar desse cenário, não é papel do CADE redesenhar a estrutura do mercado, intermediar as negociações ou definir o preço de equilíbrio. Entretanto, muito provavelmente apenas essas medidas poderiam mitigar, de forma mais estável, os problemas relacionados a essas negociações.

Assim, por mais que o CADE melhore a sua atuação por meio de arranjos organizacionais, reconheça os dilemas existentes no setor e proceda a análise de forma dinâmica, existem limitações estruturais do próprio setor que limitam de forma relevante o desempenho da autarquia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discutido, o CADE tem avançado na sua atuação no setor de saúde, principalmente após a entrada em vigor da Lei 12.529/11. Não obstante esse avanço, a estrutura do setor, marcado por falhas de mercado, elevado desequilíbrio no porte dos agentes e vácuo regulatório, limita de forma relevante a ação do órgão. Isso não significa que o CADE não possa aprimorar sua atuação para que ela seja mais efetiva. Um dos

caminhos para esse aprimoramento pode ser pela advocacia da concorrência, hoje responsabilidade da SEAE.

De acordo com a nova estruturação do SBDC disposta na Lei 12.529/11, a SEAE passou a ser responsável pela atribuição de promover a concorrência na esfera pública e privada³³. Contudo, a Lei não afastou a possibilidade do CADE também atuar nesse aspecto³⁴. Deixar apenas a SEAE com a responsabilidade da advocacia da concorrência na área de saúde é desperdiçar a experiência que o CADE vem acumulando da dinâmica do setor por meio das análises de atos de concentração e condutas anticompetitivas. Assim, seria mais desejável que a atuação fosse complementar, até porque os mecanismos à disposição da SEAE e do CADE não são necessariamente iguais.

Destaca-se aqui três formas que o CADE poderia atuar (e já vem, de forma paulatina em alguns casos, fazendo) na advocacia da concorrência sem sobrepor às atribuições da SEAE. Primeiro, na elaboração e divulgação de estudos sobre o entendimento do órgão no setor, servindo de orientação para os diversos agentes do mercado. Como a jurisprudência, tanto de condutas anticompetitivas como de atos de concentração, vem se modificando ao longo do tempo e parte das informações são de acesso restrito, estudos que consolidassem esse entendimento seria bastante útil para a sociedade. Esse movimento já

³³ Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade (...).

³⁴ Pode-se citar, por exemplo, os seguintes artigos da Lei que indicam esse entendimento:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

(...) XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica

(...)

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

(...) XIII -- orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão

(...)

começou a ser feito pelo órgão por meio do estudo “Mercado de Saúde Suplementar: condutas” disponível no site da autarquia³⁵.

Uma segunda forma é a maior participação em comissões, conselhos e outros espaços no qual é discutido a normatização ou regulamentação de alguns dos mercados. Conforme visto acima, alguns dos problemas enfrentados pelo CADE e que limitam a sua atuação se referem exatamente a falta ou, em alguns casos, a inadequação, das normas referentes ao setor. A participação nesses fóruns pode permitir que os problemas também sejam discutidos do ponto de vista concorrencial a partir da experiência do CADE.

Uma terceira, mas não menos importante, forma de atuação é por meio dos próprios processos administrativos julgados pelo órgão. Muitas das denúncias recebidas pelo CADE referem-se à participação de associações ou outras entidades de praticamente em todos os mercados envolvidos na área da saúde que acabam fomentando atitudes anticompetitivas de seus filiados³⁶. A mera contribuição pecuniária, como já destacada pela própria Superintendência, não é suficiente para tornar as decisões efetivas. Além disso, condenações de empresas ou cooperativas de forma individual normalmente tem um impacto restrito ao mercado geográfico desses agentes em termos de *enforcement* para que a prática não se repita. Assim, orientações sobre os limites da atuação dos agentes do mercado, e de preferência por meio de acordos, nos casos em que tiver presente as entidades do mercado envolvido, podem ter uma eficácia maior em termos de promoção da concorrência, evitando que as denúncias investigadas voltem a ocorrer.

Há, certamente, outras formas que o CADE pode agir para permitir um melhor ambiente concorrencial no setor de saúde, reduzindo as limitações de sua atuação preventiva e repressiva. Como salientado, o

³⁵ www.cade.gov.br.

³⁶ Como, entre outros, no Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer.

órgão já vem promovendo algumas dessas práticas. Espera-se, dessa forma, que os resultados sejam benéficos e permitam um maior equilíbrio nesse setor.

6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA. S.F. *Poder Compensatório e Política de defesa da Concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro*. Tese. Escola de Economia de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009.

ANDRADE, Mônica Viegas et al. *Estrutura de mercado do setor de saúde suplementar no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010. Texto para Discussão nº 400.

ANS. *Estrutura de concorrência no setor de operadoras de planos de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro, jun/2015.

BRASIL. Lei 8.884 de 11 de junho de 2004.

_____. Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011.

_____. CADE. Ato de Concentração nº 08012.008853/2008-28. Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda. Órgão Formalizador: Secretaria de Acompanhamento Econômico. Voto: Fernando de Magalhães Furlan, DF, 22 jul. 2009.

_____. CADE. Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A., Hospital Santa Lúcia S.A. Superintendência Geral. Parecer Técnico nº 273/2012. Dezembro de 2012. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca. Voto: Elvino Carvalho de Mendonça, DF, 30 jan. 2013. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Ato de Concentração 08012.009906/2009-17. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional Ltda., Medial Participações S.A. e Medial Saúde S.A. Órgão Formalizador: Secretaria de Acompanhamento Econômico. Voto: Elvino Carvalho de Mendonça, DF, 17 abril 2013.

Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A., Hospital Santa Lúcia S.A. Voto: Ricardo Machado Ruiz, DF, 05 jun. 2013. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Processo Administrativo 08012.007833/2006-78. Representante: Procuradoria da República em Rondônia – Ministério Público Federal. Representados: Conselho Regional de Medicina de Rondônia (CREMERO) e Associação Médica de Rondônia (AMR). Superintendência Geral. Nota Técnica 223/2013. Junho de 2013. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Ato de Concentração 08700.008540/2013-89. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A., Seísa Serviços Integrados de Saúde Ltda. e Hospital Carlos Chagas S.A. Superintendência Geral. Nota Técnica 36/2014. Janeiro de 2014. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Processo Administrativo 08012.004420/2004-70. Representante: CADE Ex Offício. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Rio Grande do Norte – COOPANEST-RN. Superintendência Geral. Nota Técnica 56/2014. Fevereiro de 2014. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Processo Administrativo 08012.013467/2007-77. Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Amazonas. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado do Amazonas – COOPANEST-AM e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS. Superintendência Geral. Nota Técnica 69/2014. Março de 2014. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica

de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer. Superintendência Geral. Nota Técnica 173/2014. Junho de 2014. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. *Mercado de Saúde Suplementar: condutas*. Cadernos do CADE. Brasília, 2015.

LEANDRO, Tainá. *Defesa da Concorrência e Saúde Complementar: A Integração Vertical entre Planos de Saúde e Hospitais e seus Efeitos no Mercado*. Dissertação. Departamento de Economia. Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

SANTOS, Thompson. *Determinação de Mercados Relevantes em Saúde Suplementar*. Documento de Trabalho nº 46 da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. Março/2008. Disponível em www.seae.fazenda.gov.br.

VARNEY, Christine A. *Antitrust and Healthcare*. U.S. Department of Justice, 2010.

**AÇÕES COLETIVAS [PRIVADAS] COMO INSTRUMENTO
DE EFETIVIDADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA**
BREVE ESTUDO COMPARADO DE UMA LACUNA NA
POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA

Fernanda Mercier Farina

Resumo: Este artigo se destina a analisar um importante mecanismo de enforcement da política antitruste no mundo, peça essencial na coibição dos ilícitos econômicos, mas ainda muito pouco explorado na práxis brasileira: as ações coletivas para reparação de danos individuais homogêneos.

Para avaliar o tema, propomos observar a experiência da política antitruste internacional, demonstrando a importância das ações coletivas privadas na efetivação do direito da concorrência e coibição dos ilícitos econômicos.

Posteriormente, fazemos um paralelo com os mecanismos processuais previstos na legislação brasileira para a tutela dos direitos individuais homogêneos, analisando sua eficácia com meio de realização da política antitruste no Brasil.

Palavras-Chave: política antitruste, defesa da concorrência, efetividade, coibição, prevenção, ações coletivas, ação civil pública, direitos individuais homogêneos, ação de classe brasileira, reparação de danos

Abstract: This article aims to analyse an important enforcement mechanism for antitrust policy around the world, essential key on deterring competition illicit, but still little explored by Brazilian praxis: the antitrust class action for damages.

To study the topic on a national perspective, we propose to observe the experience and directions taken by antitrust policies in other countries, in order to demonstrate the importance of private class actions in enforcing antitrust law and deterring economic illicit.

In conclusion, we aim to compare the existing Brazilian procedural mechanisms for solving collective damage redress and to analyse its efficiency in enforcing antitrust policy in Brazil.

Keywords: antitrust policy, competition law, enforcement, deterrence, prevention, class action, collective redress, antitrust class action for damages, Brazilian class action

1. INTRODUÇÃO

A experiência e a doutrina internacional demonstram que uma parcela muitíssimo significativa da eficiência da política antitruste de um país está no seu enforcement privado. Este artigo se destina a analisar esse essencial instrumento de efetivação do direito da concorrência no mundo, ainda muito pouco explorado na prática jurídica brasileira: as ações coletivas para reparação de danos individuais homogêneos decorrentes de ilícitos econômicos.

A política antitruste deve se sustentar em um tripé de combate às condutas anticompetitivas formado pela atuação administrativa, criminal e cível. Esta última devendo ser principalmente conduzida pelos indivíduos lesados, em busca de reparação dos danos sofridos. A estruturação e aplicação efetiva dessas três frentes é que é capaz de criar um ambiente de real desincentivo e coibição das condutas anticoncorrenciais. Quanto mais amplos os meios de combate, maiores são os custos de oportunidade para a cartelização. Portanto, maior o desincentivo e a consequente coibição dos ilícitos concorrenciais.

Para avaliar o tema na perspectiva nacional, propomos observar a experiência e a direção da política antitruste internacional, especialmente a norte-americana, para demonstrar a importância das ações coletivas privadas na efetivação (enforcement) do direito da concorrência, e coibição (deterrence) dos ilícitos econômicos.

Posteriormente, fazemos um paralelo com os mecanismos processuais previstos no Brasil para a tutela dos direitos individuais homogêneos apontando suas deficiências e propondo melhorias que potencialmente contribuirão para a eficácia do instituto com meio de realização da política antitruste no Brasil.

2. EFETIVAÇÃO PRIVADA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA (PRIVATE ENFORCEMENT)

De acordo com Paulo Furquim de Azevedo, “concorrência é, ao mesmo tempo, um direito da sociedade e uma característica econômica fundamental dos mercados”¹. A defesa da concorrência, ou antitruste, tutela esses direitos difusos por meio da “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames

¹ AZEVEDO, P. F. A Análise Econômica da Defesa da Concorrência in Direito e Economia no Brasil, org. Luciano Benetti Timm, Ed. Atlas, 2012, pg. 267.

constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência e função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão do abuso do poder econômico”².

A efetivação (enforcement) do direito difuso à livre concorrência se dá, precipuamente, por meio da atuação dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), regidos pela Lei 12.529/11 (doravante denominada lei de concorrência), bem como pelo Poder Judiciário, e pelo Ministério Público. O SBDC age na esfera administrativa, analisando previamente atos de concentração, a fim de evitar a implementação de estruturas econômicas anticompetitivas (controle preventivo), bem como investiga, julga e pune condutas tipificadas na lei (controle repressivo). O Ministério Público, por sua vez, atua na esfera criminal e cível, no ajuizamento de ações penais para punição de indivíduos envolvidos nos fatos tipificados penalmente e de ações civis públicas para tutela de direitos coletivos. E, finalmente, o Poder Judiciário executa as decisões do SBDC, que se tornam títulos executivos extrajudiciais (art. 93 da lei de concorrência), bem como analisa e julga eventuais processos para concessão de tutelas de urgência e indenizatórias (coletivas ou individuais). Para que o Poder Judiciário possa efetivar eventuais tutelas de urgência ou indenizatórias, no entanto, é necessário que os particulares prejudicados pelas práticas anticompetitivas ajuízem demandas com essa finalidade – sejam elas individuais ou coletivas (princípio da inércia da jurisdição).

O esquema supra apresentado é obviamente uma simplificação do complexo sistema que tutela o direito difuso à livre concorrência. Nesta simplificação, no entanto, podemos identificar duas grandes estruturas: uma a que nomeamos de pública (public litigation), ou seja, o Estado na perseguição ou prevenção de práticas anticompetitivas; e outra que chamamos de privada (private litigation), e que abarca os processos ajuizados por indivíduos ou por uma coletividade privada (não estatal) na perseguição de reparação ou prevenção de danos. Essas duas esferas, pública e privada, são complementares à construção de uma política efetiva de defesa da concorrência. A própria lei que rege o SBDC, além da estipulação dos tipos e penas para atos infracionais, ainda prevê que “os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem

² Art. 1º da Lei 12.529/11

como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos” (art. 47 da lei de concorrência).

A reunião de toda essa rede de atuação, administrativa e judicial, pública e privada, no direito da concorrência é que garante um efetivo combate às práticas anticompetitivas, especialmente no que tange à coibição (deterrence) dos atos ilícitos. O conjunto de sanções e condenações³ -administrativas, criminais e cíveis (públicas e privadas) -é que montam um real sistema de desincentivo à prática de atos anticoncorrenciais⁴. Trata-se de uma estrutura observável em todos os países que possuem um sistema eficaz de política antitruste⁵; quanto mais amarrado o sistema, mais eficiente é a política concorrencial. A mera previsão legal, no entanto, não é suficiente para implementar essa desejada estrutura de prevenção e desincentivo à prática anticompetitiva. É necessário que haja real aplicação das normas, enforcement⁶. Somente condenações reais e

³ Claro que a repressão não é a única maneira de garantir um mercado competitivo. Na realidade, políticas governamentais que incentivem a competição e a redução de barreiras à entrada de competidores menores são formas menos custosas e mais eficientes na construção de um ambiente concorrencial sadio (nesse sentido: SAMUELSON, P. A and NORDHAUS, W. D., Economia, 19ª Edição, Porto Alegre: AMGH, 2012, pg. 177). Mas, o que este artigo busca discutir são as formas de desincentivar a prática anticoncorrencial, o que deve ser cumulado à política de incentivo ao mercado competitivo.

⁴ Nesse diapasão: “a cartel’s optimal price is likely to be neither the competitive price nor the price that the cartel would set in the absence of antitrust enforcement but rather an intermediate price that depends on the levels of antitrust enforcement efforts and penalties. Our empirical result reveal that increasing antitrust enforcement in the presence of a credible threat of large damage awards has the deterrent effect of reducing mark-ups in the bread industry” (BLOCK, M. K, NOLD, F. C. and SIDAK, Joseph Gregory. The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement, in Journal of Political Economy, v. 89, n. 3, 1981, pg. 429).

⁵ De acordo com ROSENBERG e SULLIVAN, o grupo de combate (“tag team”) às práticas anticoncorrenciais nos EUA é composto pela política pública de incentivo à livre concorrência, sanções e medidas preventivas na seara criminal, pelo Federal Trade Commission (FTC) e Antitrust Division of the Justice Department e, finalmente, pelas ações coletivas ajuizadas para reparação de danos (private litigation). ROSENBERG, D. and SULLIVAN, J. P. Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law in The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, n. 523, 2005, pg. 2

⁶ Nesse sentido: “But whether antitrust policy is sound depends on the enforcement machinery as well as on legal doctrine. It is not enough to have good doctrine; it is also necessary to have enforcement mechanisms that ensure, at reasonable cost, a reasonable degree of compliance with the law. Antitrust is deficient in such

suficientes⁷ (quantitativa e qualitativamente) são capazes de gerar incentivos negativos significante à prática de atos ilícitos⁸.

E o enforcement por meio de ações privadas representa uma parcela importantíssima na formação de uma política efetiva de defesa da concorrência⁹; parcela esta pouquíssimo explorada na realidade brasileira – não na lei, que prevê a possibilidade, mas no real número de ações (individuais ou coletivas) ajuizadas por particulares para reparação de danos causados por práticas anticompetitivas¹⁰.

mechanisms” (POSNER, R. A. *Antitrust Law*, 2ª edição, Chicago: University of Chicago Press, 2001, pg. 266)

⁷ Nesse diapasão: “The example illustrates a basic principle in the economic analysis of law enforcement (...) the efficient system of law enforcement is the one in which the fine is as large as possible – equal to the wealth of the individuals whose behavior is being controlled. This allows the probability of detection to be very low in order to save enforcement costs” (POLINSKY, A. M., *An Introduction to Law and Economics*, 3ª edição, New York: Aspen Publisher, 2011, pg. 82).

⁸ O objetivo da conclusão é determinar os preços para maximizar os ganhos do cartel (presumindo que os players são neutros ao risco). O custo de oportunidade mais significativo para a prática do cartel é a probabilidade de descoberta. A efetividade da política concorrencial depende do grau de incentivos negativos dados os agentes para a prática de atividades anticompetitivas. Enquanto fixar ou combinar preços for favorável, as firmas não optarão por preços competitivos. Nesse sentido: BLOCK *at all*, op. cit., pg. 433.

⁹ Interessante decisão a respeito do tema se deu no precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, (1969): “the purpose of giving private parties treble-damage and injunctive remedies was not merely to provide private relief but was to serve as well the high purpose of enforcing the antitrust law”. E, ainda, em *Perma Life Mufflers, Inc. v. Int'l Parts Corp.* (1968), a mesma corte asseverou que: “the purposes of the antitrust laws are best served by insuring that the private action will be an ever-present threat to deter anyone contemplating business behavior in violation of the antitrust laws”.

¹⁰ Há que se ressaltar a atuação do Ministério Público na esfera cível para tutela dos direitos difusos no direito da concorrência. Diversas são as ações coletivas propostas pelo Parquet para reparação de danos à coletividade. No entanto, embora o MP seja um legítimo representante da coletividade, o colocamos no grupo da justiça pública (para os fins de classificação perseguidos neste artigo). Isso porque, ainda que representante dos interesses privados (quando em ações civis públicas para tutela de direitos individuais homogêneos), o MP ainda segue uma política pública. Ao escolher (alocar seus escassos recursos) as demandas que irá propor, o MP toma uma decisão baseada em políticas estatais. Diferentemente se dá nas ações ajuizadas pelos próprios indivíduos (mesmo que por meio de associações), que tem incentivos e motivos distintos do Estado. Não significa, de forma alguma, que rejeitemos a

Observando a realidade americana, NOLD e SIDAK demonstram, com base em estudos empíricos no mercado de pães, que “the deterrent effect of DOJ’s enforcement efforts came not from the threat of publicly imposed fines or imprisonment but from the increased likelihood of an award of private treble damages to bread consumers or distributors”¹¹. O estudo dos autores neste mercado demonstraram que acordos decorrentes de class actions por cartelização são dez vezes maiores do que as multas impostas pelo Estado. Eles concluem que “only after class actions became a credible private remedy did the Antitrust Division’s enforcement capacity or its filing of a bread price-fixing case deter collusion in the conspiracy-prone bread industry”¹².

Um outro interessante estudo empírico, conduzido por DAVIS e LAND¹³, demonstrou que da perspectiva do valor de mercado de empresas rés em processos antitruste demonstrou que as consequências financeiras dos litígios privados são muito mais significativas do que aquelas decorrentes de litígios públicos. Os autores observam que nos sessenta casos estudados de class actions para reparação dos danos, compreendidos entre 1990 e 2011, as condenações e acordos totalizaram, somados, entre 34 e 36 bilhões de dólares. De outro lado, todos os casos conduzidos pelo DOJ neste período foram capazes de impor multas pouco acima de 8 bilhões de dólares. Esse resultado impactou inclusive o valor das ações das empresas rés nos casos antitruste observados, que caíram cerca de 0,6%

atuação do MP civilmente para tutela dos direitos difusos à livre concorrência. Defendemos, tão somente, que esta atuação deva ser cumulada à atuação real da sociedade civil na busca de seus direitos individuais, especialmente de maneira agregada (por meio de ações coletivas). A atuação conjunta do MP (pública) e da sociedade civil (privada) na esfera cível é que tem o potencial de formar um conjunto eficiente de desincentivo aos ilícitos econômicos. Nesse sentido: “this is indeed the very essence of private enforcement brought about by class actions. When civil suits are brought by public prosecutors or governmental agencies, as is the case in the Federal US jurisdiction, a policy decision lies behind such enforcement activities. Here we concentrate on the suits brought by the victims, which are by definition decentralised devices for the production of deterrence” (DENOCCA, F. and TOFFOLETTI, L., Compensation Function and Deterrence Effects of Private Actions for Damages: The Case of Antitrust Damage Suits, 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1116324>, pg. 11)

¹¹ op. cit. 3, pg. 440/441.

¹² ibid. pg. 444.

¹³ DAVIS, J. P and LANDE, R. H. Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement in Georgia Law Review, v. 48, 2013, pg. 1

ante o ajuizamento das class actions. A conclusão que os autores chegam é de que ações privadas para reparação dos danos decorrentes de atividades anticoncorrenciais são um mecanismo essencial para coibição de condutas anticompetitivas, até mais eficientes do que as medidas criminais.

Na Europa, desde a assinatura do Tratado de Roma em 1957 é possível o ajuizamento de ações privadas para aplicação de normas antitruste. No entanto, um estudo realizado pela European Commission em 2004 avaliou o enforcement privado das políticas antitruste europeias como “totalmente subdesenvolvido”. Dezesete dos vinte e sete Estados Membros ainda não haviam proposto qualquer ação coletiva antitruste, e mesmo nos demais países os casos já ajuizados representavam uma realidade isolada¹⁴.

Por este motivo, a European Commission redigiu duas diretivas intituladas The Green Paper (2005) e The White Paper (2008), ambas objetivando o desenvolvimento de políticas públicas para incentivar o ajuizamento de ações privadas para reparação dos danos causados pelo descumprimento das European Community Antitruste Rules. Dentre as previsões dos mencionados documentos estão (i) a redução das custas judiciais, com a limitação da condenação em sucumbências somente em casos de ações manifestamente incabíveis¹⁵; (ii) definição e base para quantificação das indenizações; (iii) incentivos ao ajuizamento de ações coletivas¹⁶; (iv) uso de arbitragem como mecanismo de solução de conflitos antitruste (para reparação de danos), dentre outros.

¹⁴ Making Antitrust Damages Actions more Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios (Final Report for the European Commission), 2007, disponível em ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf

¹⁵ Nesse sentido: “Litigation cost rules constitute a particularly critical obstacle, because the various ‘loser pays’ rules in the Member States are (as they seem intended to be) an importante deterrent to a private plaintiff bringing a novel civil action” (BAKER, D. I, The EU Green Paper on Private Damage Actions – An Ambitious Response to a Very Difficult Set of Practical and Philosophic Issues in Competition Law Journal, 2005, pg. 241).

¹⁶ Comungando do entendimento: “Collective and representative actions are particularly important in the context of defending consumer interests ... Easier enforcement of legal rights and increased ability to recover economic losses are essential to bringing European citizens and their associations closer to European laws and policies.” (European Commission, Commission Staff Working Paper – Annex to the Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitruste Rules, Dez 2005, pgs. 193-194).

Os dois documentos resultaram na aprovação, no ano passado, da Diretiva 2014/104/EU pelo Parlamento Europeu¹⁷. A diretiva trouxe diversas previsões objetivando intensificar o ajuizamento (e efetividade) de ações privadas para reparação de danos. Estão dentre as principais previsões: (i) a possibilidade de adoção do procedimento de disclosure of evidence, inclusive em países de civil law; (ii) a vinculação de decisões condenatórias de autoridades de concorrência aos processos cíveis para ressarcimento de danos; (iii) harmonização do prazo prescricional em no mínimo cinco anos, bem como termo inicial deste prazo a partir do momento em que partes lesadas tomarem conhecimento (expresso ou tácito) dos fatos lesivos; (iv) responsabilização solidária dos cartelizados pelos danos causados a terceiros; (v) presunção de dano decorrentes das práticas anticompetitivas e possibilidade de quantificação genérica dos mesmos (sem necessidade de liquidação em ação individual); (vi) presunção de transferência direta dos danos do cartel aos consumidores – invertendo o ônus da prova aos cartelizados; dentre outras.

O escopo deste artigo não é analisar a fundo as diretivas e discussões, na Europa, sobre o fortalecimento de ações privadas para reparação de danos antitruste, mas sim utilizar este exemplo de direito comparado para demonstrar a tendência da comunidade internacional em intensificar o enforcement da política antitruste por meio de ações privadas¹⁸.

¹⁷ Vale ressaltar que a diretiva não é vinculante aos Estados Membros da Comunidade Europeia e depende da aprovação de leis locais para que tenha força normativa.

¹⁸ Para uma análise mais profunda a respeito das diretivas e discussões sobre o tema na Europa ver: European Parliament, Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union, abril de 2014, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf; Commission of the European Communities, Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Dez de 2005, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>; Commission of the European Communities, White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Abril de 2008, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>; CONSOLARI, Private Enforcement of European Union Competition Law in The International Spectator, n. 49, 2014, pg. 134

3. AÇÕES COLETIVAS COMO TÉCNICA DE OTIMIZAÇÃO DO PRIVATE ENFORCEMENT

Conforme defendido na sessão anterior, as ações propostas por indivíduos, privadamente, são parte fundamental na política antitruste, em especial na coibição de condutas anticompetitivas (deterrence). Dentre essas ações privadas, no entanto, uma espécie particular se destaca como aquela com melhor potencial de gerar os efeitos preventivos tão desejados. Tratam-se das ações coletivas, no Brasil representadas pelas ações civis públicas (ACP)¹⁹.

As ações civis públicas para tutela de direitos difusos tem participação importante na política antitruste brasileira, especialmente mediante a atuação do Ministério Público. Mas, para fins da classificação

¹⁹ As ações civis públicas podem ser ajuizadas para tutelar direitos difusos – aqueles que, de acordo com BARBOSA MOREIRA, são “essencialmente coletivos” e “concernem a um número indeterminado e, pelos menos para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos: não um grupo definido e sim uma série que comporta extensão em princípio definida” (BARBOSA MOREIRA, J. C. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988 in Revista de Processo, v. 61, 1991, pg. 105), com previsão na Lei 7.347/85. Além disso, as ACPs podem veicular a tutela de direitos individuais homogêneos. Essas últimas, inseridas no ordenamento em 1990 pelo Código de Defesa do Consumidor, são ditas ações coletivas *sui generis*, pois não se prestam a tutelar direito transindividuais, mas funcionam como verdadeiro método de agregação de demandas individuais repetitivas. São ações que poderiam ser ajuizadas individualmente mas o são de forma agregada, coletiva, para fins de eficiência processual e otimização do acesso à justiça. O direito da concorrência comporta as duas formas de tutela – ACP para tutela de direitos difusos e ACP para tutela de direitos individuais homogêneos. Como bem aponta PFEIFFER, o direito à livre concorrência é de titularidade da coletividade, conforme dicção do art. 1º da lei de concorrência. E ainda, “o legislador foi ainda mais específico ao incluir o art. 1º, VI, da LACP, que estabelece a expressa possibilidade de ser proposta ação civil pública em decorrência da ‘infração da ordem econômica e da economia popular’” (PFEIFFER, R. A. C, Tutela Coletiva da Livre Concorrência in Revista de Direito do Consumidor, v. 49, 2004, pg. 11). Assim, a transindividualidade do direito à livre concorrência gera inerentemente o direito de ação por meio ACP para tutela de direitos difusos. Mas, de outro lado, as infrações à ordem econômica tem o condão de gerar sensíveis prejuízos – diretos e indiretos -a indivíduos (consumidores, fornecedores, distribuidores etc). Esses indivíduos lesados pelas práticas anticompetitivas tem, homogeneamente, direito à cessação dos atos lesivos, ainda em prática (tutela preventiva), bem como (e principalmente) direito à reparação dos danos sofridos – que poderão ser quantitativamente distintos, mas que tem origem comum e portanto, podem ser agregados para fins de eficiência processual e maximização do acesso à justiça (nesse sentido também PFEIFFER, *bid*, pg. 3).

proposta neste artigo e já supra explicada (nota n. 10), categorizamo-las como ações de natureza públicas, porquanto se destinam a implementar políticas de Estado mediante alocação de recursos de uma instituição pública (MP precipuamente).

De outro lado, a ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos perfeitamente se adequa aos objetivos de enforcement privado da política concorrencial. Esse tipo específico de ACP permite a representação de um conjunto de direitos individuais agregados em uma só demanda, que é oferecida por um representante adequado²⁰. Isso possibilita que os custos da demanda para o indivíduo sejam drasticamente reduzidos – quiçá absorvidos – pela escala²¹, o que garante que aquele que em tese não levariam seu caso a juízo pelo valor marginal o façam por

²⁰ O sistema brasileiro, embora não trate expressamente desse requisito, utilizando-se dessa nomenclatura, possui algumas previsões que podem ser entendidas como requisito de representação adequada. Com efeito, o legislador pátrio definiu expressamente no texto legal o rol de legitimados à propositura da ação civil pública, bem como os requisitos (mesmo que só relativos às associações), no art. 5º e incisos da Lei 7347/85 e no art. 82 do CDC. Com efeito, a lei que rege a ação civil pública, bem como o CDC, preveem uma lista exaustiva de legitimados à propositura da ação coletiva, quais sejam: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e, finalmente, associações. Além de definir o rol de legitimados para a propositura das ações civis públicas, o que, per se, é uma forma de aplicar ex lege o requisito da representatividade adequada, a lei ainda exige que, nos casos de associações civis como autoras das demandas, a mesma deva estar constituída há pelo menos 1 (um) ano, e deva incluir entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Esse último requisito, específico para o caso da autoria da ação ser proposta por associação civil, será analisado pelo juiz quando do ajuizamento da ação civil pública. E é fundamental que essa análise seja rigorosa, a fim de se evitar o abuso de demandar coletivamente.

²¹ Transcreve-se: “§1.04 The net value of a group of claims for monetary relief is the portion of any payment remaining after litigation costs, including attorney’ fees, are paid. Maximizing this value is a central objective of aggregate litigation primarily because it is a matter claimants normally care about greatly when litigating. Claimants who directly hire attorneys through individual contractual negotiations typically promise contingent- percentage fees partly to reward lawyer for obtaining higher values. This is true both when claimants sue individually and when they sue in groups” (THE AMERICAN LAW INSTITUTE, Principles of the Law: Aggregate Litigation, Washington, DC: American Law Institute Publishers, 2010, pgs. 48/50)

meio da coletividade²². A coletivização dos direitos individuais não só funciona como instrumento de ampliação do acesso à justiça²³ como também aumenta o valor agregado envolvido na demanda²⁴. Como consequência, há ampliação do potencial preventivo às práticas anticoncorrenciais, porquanto de maneira agregada a condenação em ações coletivas se eleva consideravelmente, aumentando-se, em consequência, o custo de oportunidade à cartelização.

A origem e certamente o mais desenvolvido instituto de ação coletiva que temos no mundo é a class action norte americana (inspiração para a criação da ACP para direitos individuais homogêneos, que por isso foi apelidada de ação de classe brasileira²⁵ 25). Os EUA desenvolveu sensivelmente o instituto, que se tornou uma poderosa arma da sociedade (e dos advogados) em diversas áreas (ambiental, consumidor, trabalhista,

²² Nesse sentido: “The aggregation of plaintiffs may ensure civil enforcement of legal rules where the individual stakes of the beneficiaries of those rules are too small to provide an incentive for the beneficiaries to bring their own actions. The paradigm of this kind of lawsuit is the shareholder derivative action brought to enforce the fiduciary obligations of officers and directors of the corporation. In companies with vast numbers of shareholders, no particular shareholder is likely to have sufficient potential benefit from enforcement of that fiduciary obligation to offset the high cost of bringing the lawsuit. There is thus a collective action problem.” (WINTER, R. K. *Aggregating Litigation*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 69, 1991, pg. 2)

²³ 23 “O imperativo da ‘numerosidade’ está relacionado com o escopo das ações coletivas. Estas devem representar, por um lado, uma medida de economia judicial e processual e, por outro, propiciar o acesso à prestação jurisdicional daqueles que, de outro modo, não lograriam receber a tutela dos seus direitos” (CASTRO MENDES, A. G. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. RT, 2002, pg. 75).

²⁴ Nesse diapasão: “A significant example is the projected introduction of collective actions. These may be more or less similar to the US class actions but still capable to deliver a dramatic increase of private damage suits, since they would solve one of the most formidable obstacle to their development: the lack of incentives for single victims to bring an action against the violator for the disproportion between judicial costs and expected awards. Here we assume that the effect of the introduction of such an instrument would be, regardless of the specific features, to precisely produce a boost of damages actions in number and aggregate value: an effect that (at the level of risk management) for sure would determine a significant increase of the aggregate amount of deterrence.” (DENOCCA, F. and TOFFOLETTI, L, *op. cit.*, pg. 24)

²⁵ GRINOVER, A. P. *A class action brasileira* in *Livros de Estudos Jurídicos*, por Ada Pellegrini Grinover, James Tubenchlak e Ricardo Silva Bustamante, 22-29. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

responsabilidade civil etc)²⁶ As consequências da class action são tão relevantes que representaram a quebra de diversas empresas nos EUA, notadamente nos casos de reparação pelos danos à saúde causados pela exposição ao amianto (asbesto cases)²⁷. E o instrumento se tornou uma ferramenta tão poderosa, que entre 68 e 75%²⁸ (!) dos casos ajuizados (e certificados²⁹) resultam na celebração acordos³⁰30. Claro que isso tem um

²⁶ E como todo mecanismo utilizado ao extremo, chegou a se tornar (em alguns casos) contraprodutivo em diversas maneiras. Não é parte do escopo deste artigo analisar as interessantes e diversas discussões a respeito da eficiência, consequências, alcance e restrições impostas à class action nos Estados Unidos. Deixamos a referência de alguns trabalhos sobre o tema: KLONOFF, R. H. *The Decline of Class Action*. In *Washington University Law Review*, v. 90; LUFF, P. A., *Bad Bargains: The Mistake of Allowing Cost-Benefit Analyses in Class Action Certification Decisions in The University of Memphis Law Review*, v. 41, pg. 65; MULLENIX, Linda S. *Lessons from Abroad: Complexity and Convergence*. In *Villanova Law Review*, v. 46, n.1, 2000; SINGER, H. J and KULICK, R., *Class Certification in Antitrust Cases: An Economic Framework*, working paper, available at <http://ssrn.com/abstract=1568993>; DAVIS, J. P and CRAMER, E. L., *Of Vulnerable Monopolists: Questionable Innovation in the Standard for Class Certification in Antitrust Cases*, in *Rutgers Law Journal*, n. 41, pg. 355.

²⁷ A primeira ação nos Estados Unidos envolvendo danos à saúde por contato e inalação de amianto foi ajuizada em 1929, quando médicos correlacionaram o contato com o mineral a diversas doenças sérias, como câncer. Mas a explosão de demandas se deu nos anos 80. Para se ter uma idéia, a empresa Johns-Manville, elencada com uma das maiores companhias norte-americanas, chegou a pedir falência por conta dos mais de 16mil processos envolvendo danos por amianto em que figurava como ré. E ela não foi a única. Na década de 90 quase todas as maiores produtoras de amianto quebraram por conta de asbestos litigations. Estima-se que, no total, essas ações envolveram mais de 700 mil trabalhadores contra 8 mil réus, gerando um valor de USD275 bilhões em indenizações.

²⁸ Sobre o tema: EISENBERG, T. And MILLER, Geoffrey, P. M. *Attorney Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008* in *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, 2010, pg. 248; FITZPATRICK, B. T. *An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards* in *Journal of Empirical Legal Studies*, n. 7, 2010, pg. 811.

²⁹ Além dos requisitos tradicionais exigidos em quaisquer ações nos Estados Unidos, para que se conheça de uma ação como class action ela deve apresentar uma serie de exigências específicas exigidas para a simples procedibilidade da ação. Esses requisitos, previstos na Rule 23, são verificados em uma fase preliminar chamada de class certification phase. Para que o juiz certifique uma ação como class action ela deve conter todos os requisitos previstos no item 23(a) da Federal Rule of Civil Procedure, de forma cumulativa: numerosidade, homogeneidade, identidade e representatividade adequada. Aqui não nos cabe tratar de cada um dos requisitos detidamente. No entanto, vale observar que esses requisitos representam a própria

efeito positivo na coibição de atos ilícitos e reparação dos danos, mas também pode ter implicações perigosas no abuso do direito de ação (batizado nos EUA de efeito blackmail das class actions). É por isso que se faz tão fundamental a análise pormenorizada pelo juiz dos requisitos de cabimento, antes de certificá-la como class action e dar processamento à ação.

A class action é também muito proeminentemente na tutela do direito à livre concorrência nos EUA³¹, tanto como instrumento de reparação dos danos (redress)³² quanto de coibição (deterrence). Entre 2007 e 2010, 3.168 ações individuais foram ajuizadas nos EUA para reparação dos danos causados por condutas anticompetitivas. Dentre elas, 1.811 foram federal class actions, o que representa mais de 57% das ações totais promovidas. Dessas, 60% foram decorrência de condenações administrativas, sejam provenientes da autoridade de concorrência

identidade da demanda coletiva nos EUA, e demonstram se de fato se está diante de uma hipótese de ação coletiva para agregação de demandas repetitivas. Conforme já dito, os excessos na propositura de class action levaram ao enrijecimento da fase de certificação (KLONOFF, op. cit. 23, pg. 6/7), ao ponto de em 1998 reformarem o Código de Processo Civil para prever uma exceção ao princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, permitindo recurso da decisão que certifica ou rejeita a class action para appeal courts (s. 23(f) da Rule 23).

³⁰ Nesse sentido: “Class actions raise somewhat different issues in that defendants generally resist aggregation. Once all or most of the possible plaintiffs are included in the action, however, defendants do have an incentive to settle and avoid the costs of further litigation” (WINTER, op. cit., pg. 1)

³¹ “The United States, from the origins of its antitrust law in 1890, has provided for an expansive role for private actions for violations through treble damages remedies, class action procedures, one-way cost rules, contingent fees, and civil jury trials.” (ROACH, K. and TREBILCOCK, M. J., Private Enforcement of Competition Laws, in Osgoode Hall Law Journal, v. 34, n. 3, 1996).

³² Deixa-se de lado, aqui, a discussão sobre o poder de real das class actions de compensar as vítimas pelos danos. Esse debate, embora relevante, foge ao escopo deste artigo, que trata dos efeitos preventivos das ações individuais face às condutas anticoncorrenciais. Sobre o tema, indica-se a leitura de: CRANE, D. A. Optimizing Private Antitrust Enforcement, in Vanderbilt Law Review, n. 63, 2010, pg. 675; CAVANAGH, E. Antitrust Remedies Revisited in Oregon Law Review, n. 84, 2005, pg. 147; PAGE, William H. Indirect Purchaser Suits After the Class Action Fairness Act 3, 2011, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1862218

americana (FTC) ou de autoridades do exterior³³. Embora passível de críticas, a class action representa um dos principais pilares da política antitruste americana, considerada por parte da doutrina como essencial peça na prevenção e desestímulo às práticas anticoncorrenciais³⁴. Como já apontado supra, as condenações e acordos em class action representam um montante até mais significativo do que as próprias condenações criminais do DOJ.

As class actions são alvo de fortes críticas ante o excesso na sua utilização nos EUA, e muito se temia a importação do instituto para a Europa e Reino Unido. No entanto, as diretivas da Comunidade Europeia, supra mencionadas, indicam que a orientação mais atual é a de intensificar e incentivar o ajuizamento das ações privadas, especialmente na sua forma coletiva, exatamente pelo importante potencial que possuem de desincentivar e deter as práticas anticoncorrenciais.

O Reino Unido, por sua vez, demonstrou recentemente especial interesse na coletivização das ações para reparação de danos decorrentes de práticas anticompetitivas. Neste ano, o Parlamento aprovou a Consumer Rights Act, que introduziu a opt-out³⁵ antitrust class actions no país. Isso representa um importante passo na política antitruste do Reino Unido, e certamente mais um forte indicativo de que a orientação internacional é

³³ HAWTHORNE, D. W. Recent Trends in Federal Antitrust Class Action in Antitrust Law Journal, 2010, pg. 58.

³⁴ Transcreve-se: “Instead, today most private antitrust filings are class actions filed by customers seeking to recover damages for illegal cartel activity, usually as a follow-on to government enforcement actions. Individual actions are still common, but the courts now have much better tools for weeding out meritless claims earlier in the litigation so that those cases that make it to trial have a better chance of success.” (KOLASKY, W. Antitrust Litigation: What’s Changed in Twenty-Five Years?, in Antitrust Law Journal, n. 1, 2012, Pg. 9).

³⁵ 35 As class actions podem ter três naturezas quanto a extensão subjetiva dos seus efeitos: (i) mandatory, ou seja, vinculantes a todos os representados, independentemente de seu interesse na demanda, fazendo coisa julgada e litispendência com relação a todos eles; (ii) opt-in, vinculantes somente aos indivíduos que expressamentemanifestarem seu interesse em figurar como representados na demanda coletiva. É a forma mais “tímida” da class action, adotada na União Europeia como regra; e, (iii) opt-out, que presume a vinculação automática de todos os representados a menos que se manifestem contrariamente. Esse método privilegia a vinculação e a formação da coisa julgada extensiva aos indivíduos, permitindo que os representados extromitam-se da ação se assim desejarem, não sendo atingidos, nem positiva nem negativamente, pelo resultado da demanda de massa. Essa última é regra mais genérica nas ações coletivas norte-americanas.

intensificar o combate às práticas anticompetitivas por meio de enforcements privados, especialmente mediante a coletivização³⁶.

4. AÇÕES DE CLASSE BRASILEIRAS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: UMA LACUNA A SER (URGENTEMENTE) PREENCHIDA

Todos os dados apresentados e a breve análise comparada realizada nas sessões anteriores tem o condão de demonstrar a importância fulcral que as ações coletivas privadas possuem na política antitruste, especialmente no que tange ao poder de desincentivar e coibir práticas anticompetitivas.

No entanto, conforme já mencionado, embora as ações civis públicas para tutela de direitos difusos (transindividuais) sejam frequentemente utilizadas para tutela da livre concorrência pela atuação do Ministério Público, essas não fazem parte da categoria de ações coletivas privadas que propomos neste trabalho. Aqui ressaltamos a importância da utilização das ações coletivas privadas. Essas, infelizmente, tem pouca expressão nos foros nacionais. Isso não significa que o ordenamento brasileiro não possua instrumentos legais que possibilitem a exploração das ações de classe no direito da concorrência. Pelo contrário. Como já mencionado anteriormente, a conjugação de previsões da CF, da Lei de Concorrência, do CDC, Lei da ACP e do CPC autorizam indiscutivelmente o oferecimento de ações coletivas para reparação agregada dos danos sofridos por indivíduos vítima de ilícitos econômicos. Diversos pontos da legislação merecem meditação e possivelmente reforma. Mas o que temos, hoje, na legislação vigente, permite sim a exploração do enforcement privado da política antitruste por meio de ações coletivas. O que nos falta é implementação³⁷!

³⁶ Sobre o tema: “The CRA and its new collective redress mechanism are likely to cement the UK’s position as a key jurisdiction for bringing competition damages claims in Europe. (...) Development of the new UK system will be watched closely. If the system is considered a success, it could lead to opt-out collective redress mechanisms in other types of claims, such as securities litigation, or to renewed impetus for a standardised European antitrust damages collective redress mechanism, possibly on an opt-out basis.” (BASS, A. E. and HENDERSON, K. A., UK: A New Dawn For Antitrust Class Actions, in Journal of European Competition Law & Practice, Sep 2015, pg. 6).

³⁷ Com efeito, estudo feito pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais em 2007 identificou como o principal problema das ACPs a ausência de efeitos de

Atribuímos grande parte dessa inexpressividade das ações de classe privadas em matéria antitruste à falta de uma cultura generalizada de coletivização das demandas no Brasil, derivada de uma herança excessivamente individualista do processo³⁸. Outra parcela de culpa pela pequena participação das ações de classe antitruste no enforcement da política concorrencial reside em ineficiências e incoerências do sistema legal de ações coletivas no Brasil³⁹, demandam reforma⁴⁰. Insta frisar que

cunho utilitarista – eficiência e segurança jurídica – no manuseio dos instrumentos de coletivização. Ou seja, embora previstas na legislação e utilizadas com frequência, as ações coletivas, especialmente aquelas envolvendo direitos individuais homogêneos, não tem apresentado os resultados sociais esperados. Para aprofundamento do tema: Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas -Relatório Final. Pesquisa realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça), Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e Escola de Direito da FGV-SP. Brasília, DF: 2007 (disponível em <http://www.cebepej.org.br/>).

³⁸ “aquela percepção herdada da Idade Média, coroada no direito alemão, em que o processo era instituído entre partes (Sache der Partein), no qual o juiz, inerte, ficava observando o duelo Judiciário entre os litigantes, com poderes instrutórios mínimos, limitando-se tão somente a proferir uma sentença em consonância com o que havia ficado provado nos autos. Essa visão individualista que marcou o direito civil e o direito processual civil no século XIX, obviamente, influenciou a legislação do século XX” (CRUZ E TUCCI, J. R., Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada nas Ações Coletivas in Revista de Processo, v. 43, 2007, pg. 143). E, nesse sentido, “The conventional understanding of litigation is individualistic, founded on an eighteenth-century common-law tradition that everyone should have his own day in court’. For this reason, tort law scholars and judges have consistently asserted that procedures aimed at achieving collective justice in mass tort cases—such as class actions and aggregative litigation—must be limited by an individual, process-based right to participation. Modern torts scholarship has thus been limited to two opposing rationales: individual justice based on autonomy values or collective justice based on efficiency values.” (HENSLER, D. Asbestos Litigation in the United States: Triumph and Failure of the Civil Justice System in Connecticut Insurance Law Journal, n. 12, 2006, pg. 255)

³⁹ A diminuta expressão das ações de classe propostas por particulares no Brasil tem reflexos não só na política antitruste como também e principalmente na multiplicação de demandas individuais repetitivas, o que afoga os tribunais em números incontroláveis de processo, resultando em demora na prestação jurisdicional e má-qualidade das decisões proferidas (notadamente decisões ctrl-c, ctrl-v). Esse é o entendimento expressado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp nº 1.167.700/RS, DJe: 03/12/2012: “Vivemos, hoje, um momento de crise na prestação jurisdicional. Todos os ministros que integram esta Corte, submetidos a uma carga sobre-humana de trabalho (há meses em que a distribuição supera os 2.000

grande partes da breves críticas à sistemática das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos que fazemos aqui encontra resposta imediata no projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos de 2004, capitaneado por GRINOVER, CASTRO MENDES, GIDI e WATANABE. O projeto infelizmente foi arquivado em 2010 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e hoje aguarda julgamento de recurso interposto em 2012 perante a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

A primeira característica que criticamos com relação à sistemática das ações coletivas no Brasil diz respeito à representação adequada (ou legitimidade) conferida pela norma para propositura das ações. A legislação pátria (na LACP e no CDC) optou por determinar ex ante os representantes adequados, definindo-os expressamente e exaustivamente na lei, o que acaba por engessar a iniciativa para as demandas. Melhor seria se, ao invés de fixar ex lege, a lei abrisse o leque dos legitimados para propositura das ações a todos os cidadãos e poder público, deixando a cargo do juiz, em análise de requisito de procedibilidade das ações (caso a caso), verificar a adequação do(s) representante(s) (como acontece na class action americana⁴¹).

processos por ministro em um único mês!). (...) [O] amplo acesso [à justiça], para ser factível, precisa vir acompanhado de instrumentos que possibilitem ao Estado dar, à massa de novos litigantes, uma prestação jurisdicional efetiva, justa e em prazo razoável. O desafio, hoje, é o de equilibrar o sistema. E a luta por esse equilíbrio deve ser a plataforma de todos. O principal mecanismo de que dispõe o aplicador do direito nessa luta é o da coletivização do julgamento das macro-lides. Não há sentido em que causas idênticas sejam submetidas, aos milhares, a diversos juízes para julgamento individual”.

⁴⁰ “Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico” (Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo redigido por CASTRO MENDES, disponível em www.direitouterj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc)

⁴¹ O artigo 23(a)(4) da Federal Rules of Civil Procedure americana prevê que para que uma ação seja certificada como class action (requisito de procedibilidade) o autor, representante da coletividade “will fairly and adequately protect the interest of the class”. A representatividade adequada compõe-se de duas partes: uma relativa às partes que atuam como representantes da coletividade envolvida na lide e a outra

Além disso, falta na sistemática das ações coletivas uma fase preliminar destinada exclusivamente a analisar a existência e validade não só dos requisitos gerais do processo, mas principalmente daqueles específicos à validade de uma ação coletiva, exatamente nos moldes da mencionada *class certification phase* da *class action*. A fase da certificação permite que o juiz se atenha aos requisitos de procedibilidade, antes mesmo de ingressar na análise do mérito. Ainda, possibilita o contraditório pleno a respeito desses requisitos legais, de forma que a ação possa prosseguir com segurança, sem o receio de que o processo transcorra sem os pressupostos necessários à sua validade e existência – e inibe, por conseguinte, o abuso do direito de demandar coletivamente. Ademais, sem a fase de certificação⁴², a discussão referente à validade da classe acaba por se confundir com a discussão de mérito, sendo postergada no tempo, de sorte que nesse modelo se transmite pouca ou nenhuma segurança jurídica à coletividade⁴³.

Por fim, a última⁴⁴ crítica que fazemos aqui diz respeito à extensão da coisa julgada e litispendência nas ações civis públicas

relativa aos advogados que patrocinam demanda. Na verificação do requisito, por sua vez, são observadas características de natureza objetivas e subjetivas, tanto com relação aos representantes como com relação aos advogados. No tema, consultar: NAGAREDA, R. *Administering Adequacy in Class Representation in Texas Law Review*, n. 287, 2003; e TIDMARSH, J. *Rethinking Adequacy of Representation*, *Texas Law Review*, n. 1137, 2009.

⁴² O mencionado projeto de Código de Processo Civil Coletivo prevê decisão de certificação durante audiência preliminar, como forma de saneamento da demanda, na qual o juiz observa se a demanda “tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva” (art. 18, §5º, I).

⁴³ Nesse diapasão: “Um exemplo colhido de ações de classe brasileiras pode ser o de pedido de indenização consistente no ressarcimento de fumantes pelos danos provocados pelo tabaco. Nesse caso, pode-se imaginar que a sentença coletiva, mesmo se favorável, afirme simplesmente que o fumo pode ocasionar danos à saúde, condenando a ressarcir aqueles que efetivamente sofreram prejuízos, desde que comprovado o nexo causal entre suas afecções e o uso do tabaco. Toda a prova deverá ser feita no processo de liquidação e será exatamente a mesma que seria produzida em cada ação individual de conhecimento. A sentença coletiva não terá tido utilidade prática.” (GRINOVER, A.P., *Da Coisa Julgada*. In GRINOVER, A.; et all. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Projeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 8a edição, 2004, pg. 197).

⁴⁴ Outras características da sistemática das ações civis públicas merecem reflexão, mas que deixamos de fazer aqui por falta de espaço hábil para tanto. Fazemos referência, no entanto, ao estudo de FARINA, F. M. Q., *Técnicas de Agregação de*

brasileiras. A coisa julgada no sistema brasileiro só atinge o individual se lhe for favorável ao autor representado (transporte in utilibus), caso este não tenha ainda ajuizado sua demanda individual ou a tenha sobrestado para aguardar o desfecho da ação coletiva. A coisa julgada do resultado negativo da tutela coletiva só atingirá, assim, outras ações coletivas. Além disso, nunca há coisa julgada quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas⁴⁵. O sistema brasileiro adotou, deste modo, o criticado sistema da res judicata secundum eventum litis. E o adotou em uma via de mão única, privilegiando apenas o resultado favorável ao autor representado, nunca o réu.

O CDC, por sua vez, determina no art. 104, que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais. Dessa maneira, a despeito do ajuizamento de ação civil pública, todos os representados podem ajuizar contemporaneamente ações particulares para discutir a mesma questão, se assim quiserem. Em outras palavras, o representado tem de expressamente demonstrar interesse pela inclusão na ação civil pública, mesmo que de modo omissivo, deixando de ajuizar sua ação individual ou sobrestando-a pelo período determinado na lei. Sistema completamente diverso das class action norte-americanas⁴⁶.

Demandas Repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte-americana em busca da eficiência processual, dissertação de mestrado defendida em 2014 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014-093904/pt-br.php>.

⁴⁵ Acrescentando ao tema: “Por conta disso, já se perscrutou inconstitucionalidade nesse regime, na medida em que ele desequilibraria a desejável igualdade entre as partes, ao permitir a reabertura do objeto litigioso por parte dos que remanesceram alheios à lide coletiva, ou seja, haveria um tratamento privilegiado ao autor individual (v.g., o consumidor de um certo produto imputado como nocivo na ação coletiva ao final desacolhida), porque, então, quem estava com o bom direito – o fabricante-réu na ação coletiva rejeitada – terá pouco proveito, porque poderá ter que retornar à Justiça, agora como demandado em ações individuais” (MANCUSO, R. C. Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 269)

⁴⁶ A regra geral de preclusion nas class actions para tutela de direitos individuais homogêneos (chamadas class action for damages) é da opt-out, ou seja, a princípio, todos os membros da classe representados estão vinculados aos efeitos preclusivos da ação coletiva, seja de litispendência, seja coisa julgada, a não ser que exerçam seu direito de extromissão. Para tanto, é necessário que se verifiquem presentes todos os requisitos necessários à certificação, especificamente no que diz respeito à representatividade adequada. Aliás, os efeitos da coisa julgada e da litispendência no direito norte-americano exercem influência direta na rigidez dos requisitos de

Dessa maneira, verifica-se que o legislador brasileiro optou por técnicas bastante particulares no que diz respeito à coisa julgada e a litispendência nas ações civis públicas. Com intento de preservar ao máximo o direito do acesso à justiça do indivíduo (ubiquidade)⁴⁷, acabou por reduzir de forma relevante os efeitos da tutela coletiva, especialmente no que tange à eficácia em atomizar as demandas repetitivas. Ora, pode-se depreender facilmente do texto legal que o legislador não quis afastar do litigante individual o direito de ajuizar e administrar seu próprio processo, como se a ação coletiva não fosse capaz de tutelar os direitos individuais homogêneos de uma coletividade de forma eficaz.

Esse temor à coletivização também se verifica nos magistrados, que tem dificuldade de aceitar a substituição processual da pessoa física pelo representante. Mas o fato é que essa maneira de tratar a tutela coletiva, acaba por desnaturar por completo a natureza e o objetivo das

certificação. Com efeito, verifica-se que nas hipóteses de injunctive class actions, ou seja, aquelas que lidam com direitos indivisíveis, nas quais o liame entre os direitos dos membros da classe são muito mais evidentes, a regra de vinculação é da mandatory class action. Isso quer dizer que nos casos de ação coletiva para tutelar direitos difusos e coletivos lato sensu, nos Estados Unidos, todos os representados estarão necessariamente vinculados ao resultado, seja ele positivo ou negativo, ficando-lhes vedado ajuizamento de ação individual que discuta o mesmo fato jurígeno (claim preclusion), ou questão prejudicial (issue preclusion). Por sua vez, nas class actions for damages, que possuem um liame de direitos menos evidente entre os membros da classe, a regra de preclusion é de opt-out, permitindo a extromissão dos membros que não quiserem ser vinculados pelos efeitos da sentença. Essa é a forma que o sistema norte-americano encontrou de contrabalancear a efetividade da tutela coletiva com a segurança jurídica para os representados: nos casos em que o liame entre os direitos dos membros da classe é muito intenso e que os prejuízos pelo ajuizamento das ações individuais separadas seriam muito grandes, a obrigatoriedade da tutela coletiva se impõe, verificada inclusive pela técnica de estabilização da demanda. Já nos casos em que o liame (commonality) entre o direito dos representados é mais tênue, e que a possibilidade de ações individuais seria mais evidente, deixa-se mais alargada a possibilidade de extromissão da ação coletiva para usufruto do direito de ação individual.

⁴⁷ Nesse sentido: “O sistema processual coletivo é concebido, a princípio, de molde a desestimular o afluxo de demandas individuais à Justiça, até porque a tutela judicial objetivada é molecular, voltada a prevenir a atomização do conflito coletivo em múltiplas e repetitivas ações particulares. Tudo, naturalmente, sem perder de vista a garantia do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), que hoje merece uma releitura, não podendo ser visto como um incentivo à litigância, ao risco de que o numero excessivo de ações individuais acabe por desfigurar o caráter verdadeiramente coletivo do conflito.” (MANCUSO, op. cit., pg 266, sem grifo no original).

ações coletivas, que é dar eficácia e eficiência à solução de lides. Ao admitir que a ação coletiva produza quase ou nenhum efeito de cunho preclusivo para os representados, seja por limitação subjetiva, de resultado, ou geográfica, a tutela processual coletiva torna-se inútil. Se queremos tutelar direitos coletivos e imprimir, de fato, eficácia à agregação de demandas, temos que mudar a forma como concebemos o direito processual. Para tanto, é imperioso que a lei expanda efeitos subjetivos da coisa julgada e litispendência nas ações coletivas (pelo menos aquelas para tutela dos direitos individuais homogêneos)⁴⁸. Do contrário, jamais daremos incentivos suficientes à implementação de uma cultura de coletivização.

Tal postura legal poderia ter sido corrigida no recém aprovado (ainda em *vacatio legis*) novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), mas não o foi. O NCPC, embora tenha buscado meios para aliviar a multiplicação de ações repetitivas, não o fez dando força à coletivização. Pelo contrário. O único instituto que fortalecia as ações coletivas (conversão da ação individual em coletiva) foi vetado (art. 333).

Verifica-se, por essas brevíssimas ponderações, que a sistemática legal das ações coletivas no Brasil precisa de revisão em diversos aspectos, principalmente nos institutos que tem condão de dar à coletivização o poder de solucionar litígios repetitivos, e fortalecer as tutelas concedidas em sede de ação civil pública. Não obstante, conforme já mencionamos, a sistemática em vigor permite sim a utilização das técnicas processuais de coletivização para [satisfatória] tutela dos direitos individuais homogêneos. Também na seara do direito concorrencial.

⁴⁸ Nesse diapasão: “Mas os conceitos de conexidade, continência e litispendência são extremamente rígidos no processo individual, colocando entaves à identificação das relações entre processos, de modo a dificultar sua reunião ou extinção. No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos o que se tem em mente, para a identificação dos fe-nômenos acima indicados, não é o pedido, mas o bem jurídico a ser protegido; pedido e causa de pedir serão interpretados extensivamente; e a diferença de legitimados ativos não será empecilho para o reconhecimento da identidade dos sujeitos. Isso significa que as causas serão reunidas com maior facilidade e que a litispendência terá um âmbito maior de aplicação” (GRINOVER, A. P. Direito processual coletivo. In GRINOVER, A.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg. 13).

É preciso, urgentemente, que os indivíduos lesados pelas práticas anticoncorrenciais e os advogados preencham essa lacuna na política antitruste. Aproveitar o espaço para reparação dos danos privados significa não só reparar direitos individuais violados, mas principalmente aumentar os custos de oportunidade às práticas anticompetitivas, coibindo-as.

Precisamos nos alinhar à política internacional de ampliação do enforcement privado na política antitruste. Todos ganhamos com isso: a sociedade, os indivíduos lesados e a livre concorrência. Só perdem os infratores, que terão mais um lutador de peso para enfrentar no ringue antitruste.

5. CONCLUSÃO

A experiência e a doutrina internacional demonstram que uma parcela muitíssimo significativa da eficiência da política antitruste de um país está no seu enforcement privado. A cultura que incentiva o ajuizamento de ações privadas (especialmente coletivas) para reparação dos danos gerados pelos ilícitos econômicos resulta num ambiente de desincentivo e coibição das práticas anticoncorrenciais.

O mecanismo que se mostra mais eficiente nesta empreitada privada é a class action, por permitir a agregação dos direitos individuais homogêneos de todos os lesados pelos ilícitos antitruste, maximizando as condenações e ampliando o poder de acesso à justiça e reparação dos danos. Esse caminho já é fortemente seguido nos EUA, onde a class action representa um instrumento excepcionalmente significativo de coibição (deterrence) das práticas anticompetitivas. É também a trilha que parece percorrer agora a Comunidade Europeia, com a aprovação de diretivas que incentivam políticas públicas de intensificação das ações privadas para reparação de danos, e o Reino Unido, que acaba de aprovar a Consumer Rights Act, no qual se prevê a possibilidade de opt-out class action for damages.

É inegável que a direção da política antitruste internacional é a de fortalecer cada vez mais a atuação dos indivíduos (privados) no enforcement da política antitruste. No Brasil, no entanto, a parcela de ações de classe privadas para reparação de danos decorrentes de ilícitos econômicos ainda é tímida.

Parte dessa inexpressividade decorre da falta de cultura processual brasileira em coletivizar. Mas também decorre de falhas no próprio sistema de ações coletivas. De qualquer forma, a legislação

brasileira em vigor, a despeito de falhas e ineficiências, permite a autuação coletiva privada para reparação de danos. Precisamos preencher essa lacuna na práxis. Isso trará ainda mais efetividade ao direito da concorrência nacional, desincentivando e coibindo cada vez mais os ilícitos econômicos e reparando os direitos individuais lesados. Temos um cheque valioso nas mãos, só nos falta descontar!

6. BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, P. F. A Análise Econômica da Defesa da Concorrência in Direito e Economia no Brasil, org. Luciano Benetti Timm, Ed. Atlas, 2012, pg. 267.

BAKER, D. I, The EU Green Paper on Private Damage Actions – An Ambitious Response to a Very Difficult Set of Practical and Philosophic Issues in Competition Law Journal, 2005, pg. 241

BARBOSA MOREIRA, J. C. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988 in Revista de Processo, v. 61, 1991, pg. 105

BASS, A. E. and HENDERSON, K. A., UK: A New Dawn For Antitrust Class Actions, in Journal of European Competition Law & Practice, Sep 2015, pg. 6

BLOCK, M. K, NOLD, F. C. and SIDAK, Joseph Gregory. The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement, in Journal of Political Economy, v. 89, n. 3, 1981, pg. 429

CASTRO MENDES, A. G. Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Ed. RT, 2002, pg. 75

CAVANAGH, E. Antitrust Remedies Revisited in Oregon Law Review, n. 84, 2005, pg. 147;

Comission of the European Communities, Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Dez de 2005, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>;

Comission of the European Communities, White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Abril de 2008, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>;

CONSOLARI, Private Enforcement of Eruopean Union Competition Law in The International Spectator, n. 49, 2014, pg. 134;

CRANE, D. A. Optimizing Private Antitrust Enforcement, in *Vanderbilt Law Review*, n. 63, 2010, pg. 675

CRUZ E TUCCI, J. R., Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada nas Ações Coletivas in *Revista de Processo*, v. 43, 2007, pg. 143

DAVIS, J. P and CRAMER, E. L, Of Vulnerable Monopolists: Questionable Innovation in the Standard for Class Certification in Antitrust Cases, in *Rutgers Law Journal*, n. 41, pg. 355.

DAVIS, J. P and LANDE, R. H. Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement in *Georgia Law Review*, v. 48, 2013, pg. 1

DENOCCA, F. and TOFFOLETTI, L., Compensation Function and Deterrence Effects of Private Actions for Damages: The Case of Antitrust Damage Suits, 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1116324>, pg. 11

European Commission, Commission Staff Working Paper – Annex to the Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust Rules, Dez 2005, pgs. 193-194

European Parliament, Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union, abril de 2014, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf;

EISENBERG, T. And MILLER, Geoffrey, P. M. Attorney Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008 in *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, 2010, pg. 248

Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo redigido por CASTRO MENDES, disponível em www.direitouterj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc

FARINA, F. M. Q, Técnicas de Agregação de Demandas Repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte-americana em busca da eficiência processual, dissertação de mestrado defendida em 2014 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014093904/pt-br.php>.

FITZPATRICK, B. T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards in *Journal of Empirical Legal Studies*, n. 7, 2010, pg. 811.

GRINOVER, A. P. A class action brasileira in *Livros de Estudos Jurídicos*, por Ada Pellegrini Grinover, James Tubenchlak e Ricardo Silva Bustamante, 22-29. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

_____. Da Coisa Julgada. In GRINOVER, A.; et all. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Projeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 8a edição, 2004, pg. 197

_____. Direito processual coletivo. In GRINOVER, A.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg. 13

HAWTHORNE, D. W. Recent Trends in Federal Antitrust Class Action in *Antitrust Law Journal*, 2010, pg. 58.

HENSLER, D. Asbestos Litigation in the United States: Triumph and Failure of the Civil Justice System in *Connecticut Insurance Law Journal*, n. 12, 2006, pg. 255

KLONOFF, R. H. The Decline of Class Action. In *Washington University Law Review*, v. 90;

KOLASKY, W. Antitrust Litigation: What's Changed in Twenty-Five Years?, in *Antitrust Law Journal*, n. 1, 2012, Pg. 9

LUFF, P. A., Bad Bargains: The Mistake of Allowing Cost-Benefit Analyses in Class Action Certification Decisions in *The University of Memphis Law Review*, v. 41, pg. 65

NAGAREDA, R. Administering Adequacy in Class Representation in *Texas Law Review*, n. 287, 2003

MANCUSO, R. C. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 269

MULLENIX, Linda S. Lessons from Abroad: Complexity and Convergence. In *Villanova Law Review*, v. 46, n.1, 2000

PAGE, William H. Indirect Purchaser Suits After the Class Action Fairness Act 3, 2011, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1862218

PFEIFFER, R. A. C. Tutela Coletiva da Livre Concorrência in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 49, 2004, pg. 11

POLINSKY, A. M., *An Introduction to Law and Economics*, 3ª edição, New York: Aspen Publisher, 2011, pg. 82

POSNER, R. A. *Antitrust Law*, 2ª edição, Chicago: University of Chicago Press, 2001, pg. 18

ROACH, K. and TREBILCOCK, M. J., *Private Enforcement of Competition Laws*, in *Osgoode Hall Law Journal*, v. 34, n. 3, 1996.

ROSENBERG, D. and SULLIVAN, J. P. *Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law in The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, n. 523, 2005, pg. 2.

SAMUELSON, P. A and NORDHAUS, W. D., *Economia*, 19ª Edição, Porto Alegre: AMGH, 2012.

SINGER, H. J and KULICK, R., *Class Certification in Antitrust Cases: An Economic Framework*, working paper, available at <http://ssrn.com/abstract=1568993>

Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas - Relatório Final. Pesquisa realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça), Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e Escola de Direito da FGV-SP. Brasília, DF: 2007 (disponível em <http://www.cebepej.org.br/>).

THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law: Aggregate Litigation*, Washington, DC: American Law Institute Publishers, 2010.

TIDMARSH, J. *Rethinking Adequacy of Representation*, *Texas Law Review*, n. 1137, 2009. WINTER,

R. K. *Aggregating Litigation, in Law and Contemporary Problems*, n. 69, 1991, pg. 2

APONTAMENTOS SOBRE O COMPARTILHAMENTO EFICIENTE DE INFORMAÇÕES ENTRE CONCORRENTES

A few remarks regarding the efficient exchange of information among competitors

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

Resumo: A troca de informações entre concorrentes pode gerar efeitos econômicos adversos, especialmente aqueles relacionados à facilitação da colusão tácita e paralelismo de preços. No entanto, em determinados mercados, a troca de informações pode gerar relevantes eficiências, corrigindo distorções que dificultam ou impedem o adequado funcionamento do mercado. O presente artigo terá com objeto de estudo o compartilhamento eficiente de informações entre concorrentes, buscando indicar as hipóteses na qual a conduta beneficiará a concorrência.

Palavras-chave: troca de informações; assimetria de informações; paralelismo; economia da informação; defesa da concorrência; funcionamento do mercado; eficiências econômicas.

Abstract: The exchange of information among competitors can generate adverse economic effects, especially those related to facilitation of tacit collusion and price parallelism. Notwithstanding, in certain markets, the exchange of information may create relevant efficiencies, correcting distortions that hamper or even prevent the adequate functioning of the market. This paper will address the efficient exchange of information among competitors, with the objective to set forth hypothesis in which the conduct will be beneficial to competition.

Key-words: exchange of information; information asymmetry; parallelism; information economics; competition defense; market functioning; economic efficiency.

1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o foco do direito da concorrência com relação ao compartilhamento de informações entre concorrentes refere-se à facilitação de práticas concertadas. A difusão de informação entre agentes econômicos acerca de preços, estrutura de custos, estratégia comercial, dentre outros, possibilita a coordenação tácita em mercados de concorrência imperfeita. Esta constatação, por sua vez, tem como

consequência um fato agravante para o direito concorrencial: a mera coordenação tácita entre concorrentes não é considerada ato ilícito, devendo haver prova de algum tipo de acordo expresso entre as partes para a caracterização do cartel¹.

O desenvolvimento tecnológico atual fornece aos agentes econômicos meios de comunicação capazes de transmitir informações instantaneamente, impondo novos desafios à defesa da concorrência. Atualmente agentes econômicos são capazes de se comunicar por plataformas digitais na rede mundial de computadores², compartilhando informações de forma instantânea.

¹ Neste sentido, “a caracterização de um cartel não se dá meramente pelo paralelismo de preços entre concorrentes do mercado. A prática de cartel vai além deste espectro, devendo ser comprovada qualquer tipo de combinação entre empresas que esteja restringindo a livre concorrência. É a chamada doutrina do paralelismo plus, por meio da qual não é suficiente o paralelismo para que haja a conduta infratora, requerendo ainda que haja um plus, ou seja, que haja algum outro elemento concreto de prova, como uma reunião ou comunicação entre as empresas, que poderia ter sido utilizado como forma de coordenação do cartel” (Cade, Processo Administrativo nº 08012.006539/1997-97, Relator Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em 9 de março de 2005). Assim, “[n]ão é por outro motivo que órgãos antitruste estrangeiros têm formatado mecanismos de triagem, afastando a possibilidade de investigações com base em denúncias formalizadas por consumidores ou quaisquer outros baseadas em verificações de preços iguais de combustíveis no mercado, exigindo, para dar início a um procedimento investigatório, evidências de contato entre concorrentes” (Cade, Processo Administrativo nº 08012.005545/1999-16, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 28 de abril de 2010). A coordenação tácita entre concorrentes está relacionada com o fenômeno do paralelismo consciente, possibilitado em mercados com baixo número de concorrentes. “Muitas vezes, a identificação do caráter anticoncorrencial de uma prática colusiva é tarefa difícil, pois, ao observar o mercado, o intérprete pode deparar-se com preços semelhantes que decorrem não de um acordo, mas do funcionamento ‘normal’ daquele setor econômico. A existência de price leadership ou mesmo de comportamento uniforme das empresas não implica necessariamente conluio ou abuso de posição dominante. Ao contrário, a semelhança das estratégias pode ser decorrência do processo normal de competição. A doutrina especializada dá o nome de ‘paralelismo consciente’ a esse fenômeno, que geralmente ocorre em mercados com reduzido número de agentes” (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. pp. 346 e 347).

² Por este motivo, Whish e Bailey ressaltam: “Clearly competition authorities would not be happy if Internet chat rooms were to become the twenty-first century equivalent of the ‘smoke-filled rooms’ of the nineteenth and twentieth centuries”

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) já enfrentou, em ocasiões passadas, os desafios decorrentes da atuação coordenada de concorrentes possibilitada pelo compartilhamento de informações³.

Recentemente, o órgão instaurou processo administrativo para investigar diversos bancos que supostamente se coordenaram para manipular taxas de câmbio⁴. Segundo a Superintendência-Geral do Cade, a prática foi concretizada por meio de acordos para a fixação de preços e condições comerciais e compartilhamento de informações sensíveis⁵.

(WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012. p. 547).

³ Por exemplo, no processo administrativo nº 08012.011027/2006-02, no qual o conselheiro Ricardo Machado Ruiz afirmou: “Como melhor se verá, este cartel se caracterizou pela interação frequente entre rivais, que facilitou: (i) o intercâmbio de informações comerciais e concorrenciais sensíveis, especialmente no que se refere a datas de implementação de aumento, (ii) a definição de uma estratégia comum, e (iii) o monitoramento, a fiscalização, a identificação de desvios do acordo, que, sem qualquer sombra de dúvida, ocorreu durante tempo considerável” (Cade, processo administrativo nº 08012.011027/2006-02, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 28 de agosto de 2013).

⁴ Nota Técnica nº 7/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, da Superintendência-Geral do CADE, a respeito da instauração do processo administrativo nº 08700.004633/2015-04. A nota técnica teve a seguinte ementa: “Procedimento Administrativo. Acordo de Leniência. Suposta prática de condutas anticompetitivas no mercado de taxas de câmbio envolvendo a moeda brasileira Real e moedas estrangeiras. Instauração de Processo Administrativo, nos termos dos artigos 13, V, e 69 e seguintes, da Lei nº 12.529/11 c/c artigo 146 e seguintes do Regimento Interno do Cade”.

⁵ Item 5 da Nota Técnica nº 7/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Órgãos de defesa da concorrência estrangeiros também analisaram casos referentes a atuações coordenadas entre concorrentes, por meio de troca de informações para manipulação de taxas de referência utilizadas no mercado financeiro. Por exemplo, a Comissão Europeia, em 4 de dezembro de 2013, anunciou a aplicação de multa no valor de 1,71 bilhão de euros a bancos acusados de manipular a taxa LIBOR. Vide EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry. Disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm>. Acesso em 2 de agosto de 2015. Nos Estados Unidos da América, alegações sobre a manipulação da LIBOR também foram apreciadas pelo poder judiciário do ponto de vista da legislação concorrencial. Cf. ELLIOTT, David A. PETERS, S. Kristen. LIBOR Manipulation Litigation: Current Litigation and the Changing Landscape. Disponível em

O compartilhamento de informações entre agentes – seja pela troca recíproca ou pela divulgação unilateral de informações – é algo comum e inerente à atividade econômica. Basta lembrar, por exemplo, que muitas regulações setoriais têm como um de seus objetivos, justamente, a disseminação de informações. Pode-se citar, também, o dever de informar aplicável a administradores de companhias⁶.

Portanto, em algumas situações, o compartilhamento de informações entre concorrentes pode apresentar relevantes eficiências. Cabe, portanto, analisar algumas dessas hipóteses, traçando as linhas gerais que caracterizam o acordo eficiente de compartilhamento de informações entre concorrentes.

Para os fins da presente análise, é relevante abordar o impacto da informação sobre a concorrência e as hipóteses concretas nas quais a troca de informações entre agentes rivais pode ser eficiente. Para o estudo das hipóteses concretas de compartilhamento eficiente de informações entre concorrentes, serão utilizadas a jurisprudência e prática estrangeiras.

2. O IMPACTO DA INFORMAÇÃO SOBRE A CONCORRÊNCIA

A obtenção de informações sobre o mercado, a preferência dos consumidores, qualidade dos bens ofertados, dentre outros, é essencial para o sucesso do agente econômico. Conforme afirmam Whish e Baley, os agentes não podem atuar em um “vácuo estatístico” e, assim, utilizam todas as informações que são capazes de obter⁷.

<<http://www.martindale.com/matter/asr-1936924.LIBOR.pdf>>. Acesso em 2 de agosto de 2015.

⁶ Artigo 157 da Lei nº 6.404/1976. No âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, a Instrução Normativa nº 358/2002 regulamenta a informação de divulgar fatos relevantes da companhia. Por outro lado, administradores também têm a obrigação de não divulgar informações que possam por em risco interesse legítimo da companhia (artigo 157, §5º, da Lei nº 6.404/1976).

⁷ “Competitors cannot compete in a statistical vacuum: the more information they have about the market conditions, the volume of demand, the level of capacity that exists in an industry and the investment plans of rivals, the easier it is for them to make rational and effective decisions on their production and marketing strategies. Competitors may benefit, without harming their customers, by exchanging information on matters such as methods of accounting, stock control, book-keeping or the draftsmanship of standard-form contracts” (WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition law... p. 540).

A disseminação de informações no mercado, no entanto, nem sempre será benéfica ao processo concorrencial⁸, podendo facilitar a coordenação tácita e paralelismo consciente entre rivais, especialmente em mercados de produtos homogêneos⁹.

Em mercados de produtos não homogêneos, a assimetria de informações pode ter o benefício de intensificar a concorrência, incentivando a diferenciação de produtos¹⁰ e forçando o agente econômico a tomar decisões em ambiente de incerteza, em cenários nos quais o preço é apenas uma das variáveis competitivas¹¹. Em mercados

⁸ Conforme ressalta Hovenkamp: “[t]he two extremes are easy to characterize: markets in which information is very bad function poorly; markets in which information is perfect on all sides function well. Unfortunately, there is not a smooth continuum in between. It does not follow that the more information that exists, the more efficiently and competitively the market will perform. Indeed, sometimes exchanges of price information among competing sellers can facilitate collusion” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005. p. 216).

⁹ Em mercados de produtos homogêneos, o principal elemento diferenciador entre os agentes econômicos é o preço. A ampla disseminação de informações, especialmente sobre preços futuros, pode induzir o paralelismo de preços, eliminando parte da concorrência. Em mercados de produtos diferenciados, ao contrário, os agentes econômicos dispõem de outras formas de competição além do preço de seus produtos.

¹⁰ “Elemento característico da concorrência monopolista é a diferenciação dos produtos, com base na inovação (lançamento de novos produtos e de novos modelos). Neste mercado os bens não são homogêneos como na concorrência perfeita, mas também não são meros sucedâneos remotos uns dos outros como no monopólio. Aqui as empresas não reproduzem mercadorias idênticas, nem artigos completamente distintos” (NUNES, A. J. Avelãs. *Economia política: a produção – mercados e preços*. Coimbra: Serviços de Acção Social da U.C., 2007. p. 398).

¹¹ Como, por exemplo, em mercados oligopolizados. O oligopólio é “um regime extremamente volátil, pois com base num conluio entre os oligopolistas, chamado de cartel, pode transformar-se num monopólio. Por outro lado, não chegando eles a um acordo ou rompendo-o, quando já existente, passam a atuar de maneira muito próxima à da concorrência imperfeita, desencadeando guerras comerciais para a conquista de mercados. Ressalte-se, entretanto, basearem-se tais guerras não tanto nos preços, mas sim na qualidade – real ou imaginária – dos produtos, por meio de novos modelos, melhores no acabamento ou na apresentação, aumento do tempo de garantia, promoções, brindes, campanhas publicitárias e outros expedientes. Quando os oligopolistas estão em processo competitivo, isto é, sem conluio com os demais, aplica-se-lhes muito adequadamente o modelo Teoria dos Jogos, pois cada um deles estará numa situação muito próxima à do jogador que precisa saber qual o próximo lance dos seus parceiros, mas não tem como fazê-lo” (NUSDEO, Fábio. *Curso de*

oligopolizados, a falta de informação pode servir como obstáculo a comportamentos tendentes ao paralelismo¹²; por outro lado, pode resultar na tomada de decisão equivocada, por falta de informações adequadas¹³, ou, ainda, estimular o comportamento irracional proposital com o objetivo de confundir rivais¹⁴.

Assim, dependendo das condições do mercado e a forma de concorrência, a disseminação de informações pode ter efeitos benéficos

economia: introdução ao direito econômico. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2000. pp. 267-268).

¹² Deve-se ressaltar, no entanto, que agentes econômicos em mercados oligopolizados com produtos pouco diferenciados tendem a alcançar o paralelismo tácito no longo prazo. O comportamento estratégico pautado na observação da reação do concorrente é a premissa básica do modelo de concorrência em mercados oligopolizados desenvolvido por Augustin Cournot, assim exemplificado por Herbert Hovenkamp: “[t]he process by which a Cournot equilibrium is reached goes like this. We begin with a market with two firms, called duopoly. The first firm sets its output as if it were a monopolist, by equating its marginal cost and marginal revenue. That is, it simply assumes that the other firm will produce zero. The second firm then takes the residual demand – the demand that is left over after the first firm has set its price and output – and equates its own marginal cost and marginal revenue. The first firm will then need to revise its price downward, or it will lose too many sales to the second firm; so it will equate its marginal cost and marginal revenue once again, using the residual demand curve left by the output of the second firm. The second firm will respond to this revised output by the first firm, and so on. They will finally reach an equilibrium point where each is equalizing its own marginal cost and marginal revenue. If the two firms are the same size and have identical marginal cost curves, they will end up with the same output as well. Each will produce two-thirds of the monopoly output; so total output will be 1.333 times the monopoly output” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 160).

¹³ Deve-se ressaltar que, neste caso, o comportamento irracional não seria derivado de um processo de tomada de decisão irracional, mas sim da decisão do agente econômico que não possui a quantidade de informações adequada. Assim, “[b]usiness decisions that are based on limited information and that subsequently lose substantial amounts of money are not necessarily irrational. Most decisions, whether personal or professional, must be made on the basis of incomplete information” (LESLIE, Christopher R. Rationality analysis in antitrust. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, vol. 158, pp. 261-353, 2010. p. 284).

¹⁴ Jean Tirole denomina esta estratégia como “investimento em desinformação” (investments in disinformation), por meio do qual o agente econômico emprega recursos no sentido de confundir os seus rivais (por exemplo, por meio de preços abaixo do custo médio de produção) ou para intimidá-los (TIROLE, Jean. The theory of industrial organization. Londres: The MIT Press, 1988. pp. 361 e ss).

para o mercado, reduzindo o ambiente de incerteza¹⁵ e permitindo a tomada de decisões racionais¹⁶, assim como pode ter efeitos indesejáveis, ao facilitar a colusão.

A troca de informações pode ser o principal escopo de determinado acordo entre agentes rivais, assim como pode ser uma condição assessória ao objeto principal. Por este motivo, grande parte das cooperações entre concorrentes provavelmente conterà previsão de troca de informações¹⁷.

A OCDE indica que a troca de informações é geralmente utilizada de três formas distintas: (i) como elemento de um acordo mais amplo para divisão de mercado ou fixação de preço, no qual a troca de informações funciona como um facilitador; (ii) como elemento assessório de um acordo eficiente, como joint venture, contrato de estabelecimento de

¹⁵ Frank H. Knight formula concepção de incerteza a partir da premissa de que o mundo é composto de elementos que se comportam de forma consistente sob as mesmas circunstâncias. Assim, a certeza depende do conhecimento dos elementos com os quais se está lidando e as circunstâncias aplicáveis, o que resultaria em um cenário previsível. A incerteza, conseqüentemente, decorre do não conhecimento destas variáveis. “We have, then, our dogma which is the presupposition of knowledge, in this form; that the world is made up of things, which, under the same circumstances, always behave in the same way. The practical problem of inference or prediction in any particular situation centers around the first two of these three factors: what things are we dealing with, and what are the circumstances which condition their action? From knowledge of these two sets of facts it must be possible to say what behavior is to be expected” (KNIGHT, Frank. H. Risk, uncertainty and profit. Disponível em <<https://mises.org/library/risk-uncertainty-and-profit>>. Acesso em 26 de julho de 2015. p. 204).

¹⁶ Conforme estudo da Organisation for Economic Co-operation and Development (“OCDE”), a troca de informações pode proporcionar (i) a eliminação de assimetrias de informação; (ii) o favorecimento da escolha informada por participantes do mercado; e (iii) a viabilização, em alguns casos, do próprio funcionamento do mercado, como no caso do mercado de seguros. Vide OCDE. Information exchanges between competitors under competition law. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em 20 de julho de 2015.

¹⁷ “In addition, some undisputedly pro-competitive or efficient arrangements necessarily involve an exchange of information as a ‘side effect’. Increasing transparency for consumers almost certainly also brings the information to the attention of competitors. Nearly all legitimate cooperation between competitors involves some information exchange” (PAPP, Florian Wagner-von. Information Exchange Agreements. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2015674>>. Acesso em 2 de agosto de 2015. p. 4).

padrão ou acordos de pesquisa e desenvolvimento; ou (iii) como prática isolada, isto é, quando a troca de informação é o único meio de colaboração¹⁸.

A estrutura do mercado é relevante para determinar se um acordo de troca de informações entre concorrente pode ou não causar efeitos anticompetitivos¹⁹. Enquanto a troca de informações em mercados concentrados pode levar ao paralelismo consciente, a redução da assimetria de informações em mercados que apresentam baixa concentração pode permitir a atuação mais racional dos agentes econômicos, sem que isso resulte em arrefecimento da concorrência.

Dependendo da estrutura do mercado e da forma como a informação é compartilhada, a concorrência pode ser beneficiada com o comportamento mais racional e mais previsível dos agentes econômicos, sem que configure o alinhamento tácito. Em outras palavras, permite-se o nivelamento da concorrência em parâmetros adequados, permitindo a correta precificação de ativos e alocação de recursos²⁰.

¹⁸ ““Generally, information exchanges among competitors may fall into three different scenarios under competition rules: (i) as a part of a wider price fixing or market sharing agreement whereby the exchange of information functions as a facilitating factor; (ii) in the context of broader efficiency enhancing cooperation agreements such as joint venture, standardization or R&D agreements; or (iii) as a stand-alone practice, whereby the exchange of information is the only cooperation among competitors” (OCDE. Information exchanges... p. 9).

¹⁹ Na União Europeia, a facilitação do comportamento uniforme por meio da troca de informações depende, principalmente, das circunstâncias do mercado e da troca de informação em si. Assim, “whether an exchange of information facilitates collusive behavior depends on not only the initial market conditions but also how the exchange of information may change those conditions” (WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition Law... p. 544).

²⁰ Ao discutir sobre as possíveis vantagens da troca de informações, Florian Wagner-von Papp afirma que “there is also the contrary argument that we should not let competitors stumble around helplessly in the dark. Providing them with more accurate estimates of market conditions and expected future developments allows them to avoid wasted effort. Where competitors pool their information, a greater number of them can adapt their competitive conduct to the ‘average’ of the distribution of the estimates about the market conditions. This reduces the probability that competitors make their competitive decisions based on estimates or expectations in the ‘tail ends’ of the distribution, which are less likely to be or become true. From this perspective, reducing variance around the average – e.g., the dispersion of prices – is a good thing, as long as the information does not also influence the location of the

Ao estudar a importância do conhecimento no funcionamento do mercado, F.A. Hayek destaca o papel do mecanismo de formação de preços do mercado como uma forma de disseminação de informações a respeito das preferências de consumidores e comportamento dos agentes econômicos²¹. Assim, a racionalidade econômica dos agentes em sua tomada de decisão será tão limitada quanto forem escassas as informações com base nas quais a decisão foi adotada.

A importância da informação na tomada de decisão do agente econômico e na precificação de bens também é ressaltada pela vertente da economia da informação. George Stigler, por exemplo, destaca a relevância da informação e das instituições que promovem a sua distribuição, sob a perspectiva do estabelecimento dos preços de mercado. Neste contexto, Stigler analisa a efetividade de determinadas formas de divulgação de informações, como publicidade e instituições que têm como propósito reunir compradores e vendedores de determinados bens²². De forma semelhante, George Akerlof demonstrou que a assimetria de informações em determinado mercado pode causar problemas de seleção adversa, reduzindo a qualidade dos bens ofertados, assim como o tamanho do próprio mercado, dificultando ou até mesmo impedindo o seu funcionamento²³. Em mercados nos quais a assimetria de informações tem grande impacto na correta avaliação e alocação de riscos, o problema da seleção adversa pode ser intensificado, conforme exposto por Kenneth J. Arrow²⁴.

average itself” (PAPP, Florian Wagner-von. Information Exchange Agreements... p. 16).

²¹ “Fundamentally, in a system where the knowledge of the relevant facts is dispersed among many people, prices can act to coordinate the separate actions of different people in the same way as subjective values help the individual to coordinate the parts of his plan. [...] We must look at the price system as such a mechanism for communicating information if we want to understand its real function – a function which, of course, it fulfills less perfectly as prices grow more rigid” (HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*. *The American Economic Review*, Pittsburgh, vol. 35, pp. 519-530, 1945. p. 527).

²² STIGLER, George J. *The economics of information*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 69, pp. 213-225, 1961. p. 216.

²³ AKERLOF, George A. *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. *The Quarterly Journal of Economics*, Nova Iorque, vol. 84, pp. 488-500, 1970. pp. 489 e ss.

²⁴ Ao analisar o caso da assimetria de informações, seus efeitos na avaliação de riscos no mercado de seguro e o fenômeno da seleção adversa, Kenneth J. Arrow esclarece:

Deste modo, a troca de informações pode ser benéfica à sociedade e aos agentes econômicos de forma geral, possibilitando a tomada de decisão racional e a correta precificação dos ativos. O caráter benéfico ou danoso da troca de informações dependerá da estrutura do mercado (se é concentrado ou pulverizado), assim como a forma de divulgação e a natureza das informações.

3. A TROCA DE INFORMAÇÕES ENTRE CONCORRENTES EFICIENTE: HIPÓTESES CONCRETAS

A redução da assimetria de informações pode ter criado benefícios relacionados ao melhor funcionamento do mercado e à facilitação de tomada de decisão informada pelos agentes econômicos.

De modo mais específico, é possível elencar algumas eficiências relevantes decorrentes da redução de assimetrias no mercado, como: (i) promover melhor entendimento do mercado e estrutura da demanda, o que permite comercialização e distribuição mais eficaz, além de facilitação da entrada; (ii) permitir, em mercados com alta flutuação de demanda, controle mais eficiente sobre estoques; (iii) possibilitar a prática de comparação (“*benchmarking*”), por meio do qual concorrentes podem comparar desempenhos e buscar aumentar sua própria eficiência; e (iv) permitir inovação tecnológica em mercados caracterizados por custos e investimentos altos em tecnologia, especialmente nos casos em que incertezas sobre o futuro podem reduzir incentivos a estes investimentos²⁵.

“[i]n the case of adverse selection, the insured has a greater knowledge of the risks than the insurer. His or her demand behavior will change accordingly. In equilibrium, the insurer is correct on the average but cannot distinguish among insured with varying risks. Those with higher risks find their insurance underpriced relative to the true risks and will therefore buy more insurance than is efficient. Therefore, the average risk per dollar of insurance is higher; the premium must rise and might conceivably rise to the point of eliminating low-risk individuals from the market. If the insurance company can observe the total amount of insurance purchased by an individual, it might infer his risk status and use that information in setting rates” (ARROW, Kenneth J. Risk Allocation and information: some recent theoretical developments. Disponível em <[https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978_gp3\(8\)_arrow.pdf](https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978_gp3(8)_arrow.pdf)>. Acesso em 2 de agosto de 2015. p. 12).

²⁵ OCDE. Information exchanges... pp. 9-10.

A Comissão Europeia, em sentido semelhante, estabelece que o compartilhamento de informações pode levar os agentes econômicos a “melhorar a sua eficiência interna, realizando comparações com as melhores práticas dos seus concorrentes”, solucionar distorções na oferta e demanda, “permitindo uma entrega mais rápida de produtos perecíveis aos consumidores ou abordando o problema de uma procura instável”, assim como beneficiar consumidores, “reduzindo os seus custos de pesquisa de produtos e melhorando as possibilidades de escolha”²⁶.

No contexto norte-americano, Sullivan e Grimes afirmam que o compartilhamento de informações pode ser benéfico ou neutro do ponto de vista concorrencial, a depender das circunstâncias do caso concreto. Segundo os autores, a redução da assimetria de informações pode permitir que produtores e consumidores tomem decisões de forma racional, promover a racionalização da oferta, assim como facilitar o processo de inovação em mercados dinâmicos²⁷.

A disseminação de informações também pode ter o relevante efeito de reduzir custos de transação que têm por objetivo reduzir custos de transação. Conforme demonstrado por Coase, o próprio ato de realizar transações comerciais apresenta custos relacionados à falta de informação sobre quem está disposto a negociar e em quais termos²⁸.

²⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/>>. Acesso em 20 de setembro de 2015. p. 13.

²⁷ “Some concerted information collection and dissemination is competitively helpful or neutral. Producers and marketers, as well as consumers, need information to act rationally, and there may be scale efficiencies in the development and dissemination of information, as well as in other functions. If the costs of information are high, market actors may proceed without enough of it. This may be especially so in dynamic markets where information, once gathered, can become quickly obsolete. If scale efficiencies can be gained by cooperation in information gathering, that is a competitive plus” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Publishing Co., 2006. p. 261).

²⁸ “In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost” (COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, vol. 3, pp. 1-44, 1960. p. 15).

Os custos de transação podem ser divididos entre custos de coordenação e custos de motivação. Os custos de coordenação (*coordination costs*) são os custos despendidos para estruturar o negócio, buscar parceiros comerciais e clientes. Os custos de motivação (*motivation costs*), por sua vez, envolvem principalmente os custos decorrentes de assimetria de informações, quando as partes não possuem todos os dados relevantes sobre quem está disposto a negociar e sobre os termos da negociação. Os custos de motivação também estão associados ao risco de comportamento oportunista pela outra parte²⁹.

Uma vez que os agentes econômicos incorrem em custos para se valer do mecanismo de mercado, a tendência natural é que busquem adotar o procedimento que seja mais eficiente (isto é, mais econômico) do ponto de vista dos custos de transação a serem incorridos³⁰.

Quanto maior forem os custos de transação impostos aos agentes econômicos, menor será a eficiência do funcionamento dos mercados. Em situações de custos de transação demasiadamente altos, os agentes econômicos podem inclusive chegar a impasses com relação à formação de preços e termos de negociação³¹.

No caso *Chicago Board of Trade v. United States*³² (“*Chicago Board v. US*”), a Suprema Corte norte-americana analisou o caso de instituição que estabelecia a coordenação entre agentes econômicos, inclusive com compartilhamento de informações, com o objetivo de reduzir custos de transação.

Em *Chicago Board v. US*, a controvérsia girou em torno de possível fixação de preço por concorrentes com efeitos anticompetitivos.

²⁹ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 315.

³⁰ *Ibidem*. pp. 313 e 314.

³¹ “Em meio a todos esses fatores, o elemento de mais difícil determinação torna-se exatamente o preço relativo de cada produto. Sobretudo quando comprador e vendedor não se encontram em mercados concorrenciais, a definição dos preços pode levar a impasses. A determinação das características do produto é motivo de preocupação principalmente naqueles contratos de longa duração. Neles frequentemente o vendedor nega-se a especificar com precisão as condições (inclusive de preço) em que o produto virá a ser fornecido no futuro. Essas incertezas são bastante inconvenientes para o comprador que quer planejar sua atividade econômica” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. pp. 392-393).

³² *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

Por meio da Chicago Board of Trade, milhares de compradores e vendedores encontravam-se diariamente, das 9h:30m às 13h:15m, para estabelecer os preços de grãos que seriam utilizados até a sessão seguinte. Os preços dos produtos eram disseminados entre compradores e vendedores de forma imediata, em quadros negros, até o fechamento da sessão. Segundo a regra do “call”, a comercialização de grãos somente poderia ocorrer após o estabelecimento do preço que seria praticado³³.

Apesar de o governo norte-americano ter processado a entidade, alegando que os diversos produtores de grãos fixavam preços, as alegações foram refutadas pela Suprema Corte, considerando em sua decisão que a regra do “call” permitia a criação de ambiente altamente competitivo. Assim, apesar de a comercialização de grãos ser realizada com base em preços fixados no âmbito da Chicago Board of Trade, o estabelecimento deste valor ocorria em ambiente altamente competitivo³⁴.

Deste modo, pode-se afirmar que a reunião diária de diversos compradores e vendedores para negociar preços da comercialização de grãos tinha como efeito a redução substancial de custos de transação. Além disso, a divulgação imediata de preços nos quadros negros da Chicago Board of Trade comunicava aos agentes econômicos os valores sob negociação, o que possibilitava a tomada de decisão racional, permitindo, assim, o funcionamento competitivo do mercado. Apesar de a Suprema Corte não ter analisado o caso profundamente na perspectiva econômica³⁵,

³³ Cf. HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 212.

³⁴ “In challenging the call rule, the government made no attempt to show that it generated an output restriction or enabled the Board members to increase price. They argued simply that the rule ‘fixed’ prices and was therefore illegal. In rejecting that proposition, Justice Brandeis noted that the call rule ‘created’ a public market for grain scheduled to arrive. The market, after all, is not where the transaction is consummated but the price is determined. Under the ‘call’ rule all price determination was made under the most public and competitive of circumstances, with no buyer or seller in a position to take advantage of another party’s ignorance. Finding no plausible way that the rule could disguise price fixing, the Court unanimously ordered the complaint dismissed” (Loc. cit.).

³⁵ Em seu voto condutor, Justice Brandeis forneceu as seguintes razões para considerar o funcionamento da Chicago Board of Trade em consonância com a legislação concorrencial: “(a) It created a public market for grain ‘to arrive.’ Before its adoption, bids were made privately. Men had to buy and sell without adequate knowledge of actual market conditions. This was disadvantageous to all concerned, but particularly so to country dealers and farmers. (b) It brought into the regular market hours of the Board sessions, more of the trading in grain ‘to arrive.’ (c) It brought buyers and sellers into more direct relations because, on the call, they

pode-se dizer que as eficiências decorrentes das negociações no Chicago Board of Trade foram possíveis, ao menos em parte, em razão do grande número de ofertantes e da homogeneidade do produto, característicos dos mercados de comercialização de grãos.

Com relação especificamente a acordos que têm como objetivo principal estabelecer a troca de informações entre concorrentes, a Suprema Corte deparou-se com a questão poucas décadas após a entrada em vigor da legislação de defesa da concorrência, nos casos *American Column & Lumber Co. v. United States*³⁶ (“*American Column v. US*”) e *Maple Flooring Manufacturers’ Assn. v. United States*³⁷ (“*Maple Flooring Association v. US*”).

No caso *American Column v. US*, Hovenkamp noticia que a Suprema Corte considerou ilegal acordo de troca de informações por meio qual cada membro fornecia aos demais membros relatórios detalhados acerca do preço de cada venda e aquisição de bens, o nome da contraparte, a sua própria taxa de produção e estoque, assim como estimativa de produção futura³⁸. O objetivo do acordo era, alegadamente, evitar a superprodução, permitindo que os membros do acordo reduzissem oferta sempre que necessário. Apesar de a Suprema Corte ter considerado o acordo ilegal, Hovenkamp destaca que o acordo incluía um grande número

gathered together for a free and open interchange of bids and offers. (d) It distributed the business in grain ‘to arrive’ among a far larger number of Chicago receivers and commission merchants than had been the case there before. (e) It increased the number of country dealers engaging in this branch of the business, supplied them more regularly with bids from Chicago, and also increased the number of bids received by them from competing markets. (f) It eliminated risks necessarily incident to a private market, and thus enabled country dealers to do business on a smaller margin. In that way, the rule made it possible for them to pay more to farmers without raising the price to consumers. (g) It enabled country dealers to sell some grain to arrive which they would otherwise have been obliged either to ship to Chicago commission merchants or to sell for ‘future delivery.’ (h) It enabled those grain merchants of Chicago who sell to millers and exporters to trade on a smaller margin and, by paying more for grain or selling it for less, to make the Chicago market more attractive for both shippers and buyers of grain. (i) Incidentally, it facilitated trading ‘to arrive’ by enabling those engaged in these transactions to fulfill their contracts by tendering grain arriving at Chicago on any railroad, whereas formerly shipments had to be made over the particular railroad designated by the buyer”.

³⁶ *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377 (1921).

³⁷ *Maple Flooring Manufacturers’ Assn. v. United States*, 268 U.S. 563 (1925).

³⁸ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy...* p. 216.

de membros, os quais eram responsáveis por apenas 1/3 (um terço) do mercado, o que potencialmente limitava sua capacidade de gerar efeitos anticompetitivos³⁹. Assim, a ilegalidade do acordo foi determinada com base na intenção das partes, e não na sua potencialidade de gerar danos à concorrência⁴⁰.

Quatro anos após *American Column v. US*, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Maple Flooring Association v. US*, considerando legal acordo de troca de informações entre concorrentes no setor de pisos de madeira. Segundo a Suprema Corte, o que diferenciava *Maple Flooring Association v. US* de *American Column v. US* era, essencialmente, a quantidade e natureza das informações compartilhadas⁴¹.

Segundo Hovenkamp, essas diferenças eram irrelevantes para a potencialidade anticoncorrencial do acordo, sendo que a Suprema Corte deixou de analisar o aspecto mais importante do caso: a *Maple Flooring Association* envolvia 22 (vinte e dois) produtores, que em conjunto detinham 70% (setenta por cento) do mercado⁴².

A aparente tendência da Suprema Corte de não analisar em detalhes a estrutura do mercado afetado pela troca de informações entre

³⁹ “Even assuming an explicit price fixing agreement, it is difficult to see how a cartel with that many members, controlling only one-third of the market, could have a substantial effect on prices. Indeed, one frequently overlooked but very important issue in data dissemination cases is the relationship between the domain over which information is exchanged and the scope of the relevant market” (Loc. cit.).

⁴⁰ “The Court found a violation without addressing the question of power nor did it discuss structure except to state basic facts about the number of participants and their aggregate share. Rather, it focused on purpose. [...] The opinion does not directly indicate whether the inference that the anticompetitive purpose had been, in part, achieved was essential to the outcome, but its tone suggests otherwise. Acting cooperatively in a manner intended to threaten price and output is itself the offense” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust*... p. 263).

⁴¹ Em seu voto condutor, Justice Stones afirmou: “In *American Column & Lumber Co. v. United States*, supra, the defendant association adopted a plan for the gathering from its members daily, and disseminating among them weekly, reports of all sales and shipments actually made, giving prices, names and addresses of purchasers, the kind, grade, and quantity of commodity sold and shipped. [...] The opinion of the Court in that case rests squarely on the ground that there was a combination on the part of the members to secure concerted action in curtailment of production and increase of price, which actually resulted in a restraint of commerce, producing increase of price”.

⁴² HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*... p. 217.

concorrentes começou a ser alterada no caso *Sugar Institute Inc. v. United States*⁴³, conforme noticiam Sullivan e Grimes⁴⁴.

Em casos recentes, a Suprema Corte passou a analisar a estrutura do mercado para inferir se a troca de informações entre concorrentes teria o potencial de reduzir ou não a rivalidade entre os concorrentes. A partir de casos como *United States v. Container Corp.*⁴⁵ e *United States v. United States Gypsum Co.*⁴⁶, é possível afirmar que firmou-se o entendimento de que a estrutura do mercado é um dos fatores decisivos para determinar se a troca de informações entre concorrentes pode trazer benefícios à sociedade e ao mercado⁴⁷.

Recentemente, por meio de procedimentos de consulta prévia (“*business reviews*”), o Departamento de Justiça norte-americano (“DOJ”) tem demonstrado preocupação também com a natureza da informação compartilhada entre concorrentes. Por exemplo, em 19 de junho de 2006, o DOJ esclareceu que não tinha intenção de questionar acordo de compartilhamento de informações no qual as partes adotariam cuidados para evitar a troca de dados concorrencialmente sensíveis⁴⁸. Em outra consulta, respondida em 13 de maio de 2003, o DOJ solicitou a modificação de uma proposta de um sistema de compartilhamento de informações entre distribuidores de produtos químicos, para que fossem adotados mecanismos para evitar o acesso a informações de preço⁴⁹. A

⁴³ *Sugar Institute, Inc. v. United States*, 297 U.S. 553 (1936).

⁴⁴ “This was the first time that the Court, in discussing information exchange, seemed to think that market structure might be relevant to the outcome” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust*... p. 265).

⁴⁵ *United States v. Container Corp.*, 393 U.S. 333 (1969).

⁴⁶ *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978).

⁴⁷ SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *Op. cit.* p. 268.

⁴⁸ DEPARTMENT OF JUSTICE. Request for business review advice - Fair Factories Clearinghouse. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-fair-factories-clearinghouses-request-business-review-letter>>. Acesso em 26 de setembro de 2015.

⁴⁹ “At the Department's request, BroChem has modified its original proposal to ensure that price-sensitive information is not accessible to competitors or others who should not have access to it. Specifically, as indicated in your letter dated November 18, 2002, BroChem will establish computer safeguards to ensure that each chemical producer can access only the data that the producer has provided to BroChem, and that each chemical distributor has access only to information regarding products that the chemical producers have authorized the distributor to market” (DEPARTMENT OF JUSTICE. Response to Brochem Marketing, Inc.'s request for business review letter.

mesma preocupação foi demonstrada em consulta respondida em 12 de março de 2002, na qual o DOJ enxergou potenciais benefícios no compartilhamento de informações sobre o histórico de crédito de clientes⁵⁰.

No direito comunitário europeu, conforme decidido pela Comissão Europeia no caso *Asnef-Equifax*⁵¹, a legalidade dos acordos de troca de informações deve ser analisada a partir das características do mercado em questão, dos termos e condições do acordo e da natureza das informações em si (isto é, se são públicas ou confidenciais, se são transmitidas de forma agregada ou individualizada e se dizem respeito a fatos passados ou presentes)⁵². No caso concreto, a Comissão Europeia determinou que a troca de informações entre concorrentes sobre a condição de crédito de consumidores a princípio não teria o potencial de ferir a concorrência, contanto que atendidos determinadas exigências a respeito da natureza das informações e desde que permitido o acesso não discriminatório de agentes econômicos a tais dados.

Ademais, a Comissão Europeia esclarece que a eficiência da troca de informações existe quando o acordo entre os concorrentes tem como objetivo corrigir alguma distorção de mercado causada pela assimetria de informações. Assim, em mercados nos quais há desajuste entre oferta e demanda, alocação ineficiente de risco, poucos dados a respeito da qualidade de produtos, dentre outros, a troca de informações

Disponível em <http://www.justice.gov/atr/response-brochem-marketing-incs-request-business-review-letter>. Acesso em 26 de setembro de 2015).

⁵⁰ DEPARTMENT OF JUSTICE. Response to national consumer telecommunications data exchange request for business review letter. Disponível em <http://www.justice.gov/atr/response-national-consumer-telecommunications-data-exchange-request-business-review-letter>. Acesso em 26 de setembro de 2015.

⁵¹ Comissão Europeia, Caso C-238/05, Terceira Seção, julgado em 23 de novembro de 2006.

⁵² Conforme o acórdão do caso: “Por conseguinte, a compatibilidade de um sistema de intercâmbio de informações entre estabelecimentos financeiros relativo à solvabilidade dos clientes, com as regras comunitárias da concorrência, não pode ser apreciada de forma abstracta. Depende das condições económicas nos mercados em questão e das características próprias do sistema em causa, como, designadamente, a sua finalidade, as condições de acesso e de participação no intercâmbio, bem como da natureza das informações trocadas – podendo estas, por exemplo, ser públicas ou confidenciais, agregadas ou detalhadas, históricas ou actuais – a sua periodicidade e a sua importância para a fixação dos preços, volumes ou condições da prestação”.

pode auxiliar os agentes de mercado a corrigir tais distorções. A criação de eficiências, neste contexto, dependerá de diversos fatores relacionados à estrutura do mercado, à natureza das informações compartilhadas, características do acordo em si e inexistência de meio menos restritivo para se alcançar os benefícios pretendidos⁵³.

Percebe-se, portanto, que a prática e jurisprudência estrangeiras indicam que a troca de informações entre concorrentes pode gerar relevantes eficiências, especialmente com relação à correção de distorções causadas pela assimetria de informações e redução de custos de transação, permitindo o adequado funcionamento do mercado e dos mecanismos de formação de preços. A efetiva geração de eficiências dependerá da estrutura do mercado em questão, das características do acordo sob análise, da natureza da informação e da forma de seu compartilhamento.

4. CONCLUSÃO

A troca de informações entre concorrentes pode causar efeitos concorrenciais adversos. Em mercados concentrados ou de produtos homogêneos, a disseminação de informações pode levar ao paralelismo de preços e colusão tácita.

Por outro lado, a assimetria de informações também gera efeitos adversos, dificultando ou até impedindo o adequado funcionamento do mercado. A economia já identificou algumas distorções causadas pela falta de informações pelos agentes econômicos, como seleção adversa, precificação incorreta, alocação ineficiente de riscos, descolamento de oferta e demanda, presença de altos custos de transação, dentre outras. Nestes casos, a troca de informações pode criar relevantes eficiências.

Não obstante, a jurisprudência e prática estrangeiras demonstram que a eficiência da troca de informações entre concorrentes depende de fatores relacionados à estrutura do mercado, às características do acordo em si e à natureza das informações compartilhadas.

Em mercados concentrados, a disseminação de informações pode facilitar a colusão. As características do acordo também são relevantes. Eventual proibição ou restrição do acesso de novos concorrentes ao acordo de troca de informações pode criar barreiras à entrada no mercado. A natureza das informações, por sua vez, também deve ser analisada. Informações transmitidas de forma agregada geralmente representam

⁵³ COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação... pp. 21 e 22.

menos preocupações que informações individualizadas. Da mesma forma, dados atuais ou projeções apresentam maior potencial danoso que informações passadas.

Em suma, a troca de informações entre agentes rivais nem sempre será prejudicial à concorrência. Cabe à autoridade de defesa da concorrência avaliar as circunstâncias do caso concreto para determinar se determinada prática de compartilhamento de informações tem efeitos econômicos adversos ou benéficos.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Nova Iorque, vol. 84, pp. 488-500, 1970.

ARROW, Kenneth J. Risk Allocation and information: some recent theoretical developments. Disponível em <[https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978_gp3\(8\)_arrow.pdf](https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978_gp3(8)_arrow.pdf)>. Acesso em 2 de agosto de 2015.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, vol. 3, pp. 1-44, 1960.

COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

DEPARTMENT OF JUSTICE. Request for business review advice - Fair Factories Clearinghouse. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-fair-factories-clearinghouses-request-business-review-letter>>. Acesso em 26 de setembro de 2015.

_____. Response to Brochem Marketing, Inc.’s request for business review letter. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-brochem-marketing-incs-request-business-review-letter>>. Acesso em 26 de setembro de 2015.

_____. Response to national consumer telecommunications data exchange request for business review letter. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-national-consumer-telecommunicat>>

ions-data-exchange-request-business-review-letter>. Acesso em 26 de setembro de 2015.

ELLIOTT, David A. PETERS, S. Kristen. LIBOR Manipulation Litigation: Current Litigation and the Changing Landscape. Disponível em <<http://www.martindale.com/matter/asr-1936924.LIBOR.pdf>>. Acesso em 2 de agosto de 2015.

EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry. Disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm>. Acesso em 2 de agosto de 2015.

FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

HAYEK, Friedrich August von. The Use of Knowledge in Society. The American Economic Review, Pittsburgh, vol. 35, pp. 519-530, 1945.

HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy: the law of competition and its practice. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005.

KNIGHT, Frank. H. Risk, uncertainty and profit. Disponível em <<https://mises.org/library/risk-uncertainty-and-profit>>. Acesso em 26 de julho de 2015.

LESLIE, Christopher R. Rationality analysis in antitrust. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, vol. 158, pp. 261-353, 2010.

NUNES, A. J. Avelãs. Economia política: a produção – mercados e preços. Coimbra: Serviços de Acção Social da U.C., 2007.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2000.

OCDE. Information exchanges between competitors under competition law. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em 20 de julho de 2015.

PAPP, Florian Wagner-von. Information Exchange Agreements. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2015674>>. Acesso em 2 de agosto de 2015.

STIGLER, George J. The economics of information. The Journal of Political Economy, Chicago, vol. 69, pp. 213-225, 1961.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. The Law of Antitrust: an integrated handbook. St. Paul: West Publishing Co., 2006.

TIROLE, Jean. The theory of industrial organization. Londres: The MIT Press, 1988.

WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition Law. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012.

A RELAÇÃO ENTRE GOVERNANÇA CORPORATIVA E ANTITRUSTE: INCENTIVOS AO COMPORTAMENTO COLUSIVO

Ana Elisa Laquimia de Souza

RESUMO: A existência de interação entre práticas de governança corporativa e sua possível relação com condutas colusivas tem sido objeto de estudos desde a década de 90 no plano da União Europeia e dos Estados Unidos. Entretanto, a formação relativamente incipiente do direito da concorrência brasileiro não suscitou esse tipo de discussão nacionalmente. O presente trabalho visa analisar os principais resultados desta interação, em uma perspectiva analítica em palco brasileiro, com seus cenários e características particulares. Conclui-se que, apesar de valiosos pontos de partida, os resultados das pesquisas internacionais não podem ser simplesmente importados, sem a adequada avaliação da dinâmica nacional.

Palavras-Chave: Governança Corporativa; Estruturas Decisórias; Repressão a Carteis; Controle Acionário;

Keywords: Corporate Governance; Decision-making Structures; Cartel Enforcement; Stock Ownership.

1. INTRODUÇÃO

O ano era 1999: último ano da década que representou o *boom* de diversas publicações econômicas, levantando a problemática das estruturas de governança corporativa adotadas pelas empresas e sua possível influência nas práticas de cartel. Neste mesmo ano, no Brasil, o CADE realizou sua primeira condenação por cartel – o chamado “Cartel do Aço”, que curiosamente envolveu apenas companhias abertas. À época, tal discussão sobre a existência de estruturas decisórias internas à companhia supostamente capazes de influenciar a prática de cartel seria até descabida, considerando a falta de substrato teórico e prático sobre o assunto no plano nacional.

Após dezesseis anos, pouco se falou na doutrina nacional sobre o assunto¹, apesar de esta interação ter sido objeto de estudos posteriores no

¹ Notadamente, DE PAULA, Germano Mendes; ROMANIELO, Enrico Spini. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil: Os programas de compliance

plano internacional, inclusive servindo como substrato para algumas políticas de *compliance*². No decorrer desse tempo, a pergunta relacionada à existência de uma interação entre as práticas de governança corporativa e condutas anticompetitivas no plano internacional pareceu ser, a princípio, abstratamente respondida. No entanto, em que medida tais interações ocorreriam? Quais práticas guardavam relação direta com o comportamento colusivo? Quais as estruturas decisórias e os incentivos envolvidos?

Tais indagações motivaram uma série de pesquisas empíricas para testar as hipóteses criadas, publicadas ao longo das décadas de 2000 e 2010. Entretanto, o espaço amostral sobre o qual tais estudos se construíram é diverso do cenário Brasileiro. Desta forma, levanta-se o questionamento: seriam tais conclusões pertinentes e capazes de ser transportadas para a realidade nacional?

O presente trabalho pretende analisar os principais resultados das pesquisas internacionais a respeito do tema, em uma perspectiva analítica frente realidade nacional de repressão a carteis e de governança corporativa, tendo como plano de fundo as particularidades das estruturas de mercado do Brasil.

2. A RELAÇÃO ENTRE GOVERNANÇA E ANTITRUSTE: INCENTIVOS AO COMPORTAMENTO COLUSIVO

Dentre a multiplicidade de fatores que envolvem as diversas definições de governança corporativa na literatura jurídica

como boas práticas de governança corporativa. Revista do Ibrac, Ano 18, v. 20, jul.-dez. 2011, pp. 265-305. Neste artigo, a interação entre governança e antitruste se dá sob a perspectiva das estruturas de compliance. Também se destaca a obra de MATTOS, César Costa Alves de. *Introdução à teoria econômica dos cartéis*. In CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. SCHAPIRO, Mario Gomes (Orgs.). *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp.247-290. Neste trabalho, algumas interações entre estruturas de governança e práticas colusivas são sucintamente mencionadas.

² Nesse sentido, o Office of Fair Trading (OFT), organização antitruste do Reino Unido, publicou em 2010 o relatório “*Drivers of compliance and non-compliance with competition law: an OFT report*”, com base em pesquisa empírica envolvendo empresas do Reino Unido.

contemporânea³, parece unívoco que uma de suas funções – e principais consequências – é justamente definir as políticas e orientar as tomadas de decisões dentro de uma determinada companhia.

Deste ponto, uma série de fatores decorrentes de uma estrutura de mercado competitivo teriam efeitos positivos sobre as práticas de governança corporativa adotadas por uma determinada companhia. Dentre elas, destacam-se a “seleção natural” do mercado competitivo, em que apenas as empresas mais eficientes têm condições de prosperar; a ameaça de perda de cargo que recai sobre os diretores; a possibilidade de uma avaliação comparativa de performance, bem como a redução de montantes disponíveis e desperdiçáveis⁴. Nesse sentido, comportamentos oportunistas que eventualmente seriam verificados em uma situação mais confortável e estável são, por si só, descartados.

Entretanto, apesar de tais constatações, não se ignora que o comportamento dos agentes econômicos permanece orientado pelas práticas que lhe sejam mais eficientes, e de maneira geral, estimulados e direcionados pelas próprias práticas de governança corporativa de uma determinada companhia. Sendo assim, pode-se inferir que tais dinâmicas possuem direta relação com a prática de condutas anticompetitivas, uma vez que é exatamente o comportamento destes agentes, orientados por tais diretrizes orgânicas, que vai determinar se a empresa faz parte de uma conduta colusiva ou não⁵.

Um dos principais pontos suscitados sobre o problema das estruturas de governança corporativa remonta aos problemas de agência⁶,

³ Cf. TIROLE, Jean. *The Theory of Corporate Finance*, Princeton NJ, Princeton University Press, 2005; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. A Survey of Corporate Governance. *The Journal of Finance*, no. 2, 1997; PARGENDLER, Mariana. *The Corporate Governance Obsession. FGV Direito SP Research Paper Series n. 111*; Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Princípios de Governança Corporativa da OCDE*; The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd. *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (Cadbury Report)*, dentre diversas outras publicações relevantes

⁴ BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. *Corporate Governance and Collusive Behavior*, p. 2-3.

⁵ BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. *Corporate Governance and Collusive Behavior*, p. 1.

⁶ Tal tradução literal, embora muito comum na doutrina brasileira, não atribui significado correto ao termo. *Agency costs* estão ligados ao alinhamento de condutas e expectativas entre aqueles que lidam com a gerência de determinada atividade, e os

que, de acordo com Rosa M. Abrantes-Metz e Daniel D. Sokol, são um dos principais fatores que levariam a infrações concorrenciais ⁷. Operacionalizar o alinhamento desses dois polos de interesses envolve custos e incentivos para uma ação coordenada. Assim, inclusive comportamentos colusivos eventualmente adotados por uma determinada empresa estão sob a lógica de tais custos. Por mais que, eventualmente, o acionista ou o presidente de uma determinada companhia pudesse desejar que a legislação antitruste fosse devidamente cumprida, tal desejo nem sempre estaria alinhado com o diretor que tomaria a decisão de efetuar a prática ⁸. Tal distância entre os polos envolve diversos custos de monitoramento e incentivos, que inclusive aumentam exponencialmente quanto maior o tamanho e a abrangência de mercados em que se insere uma determinada empresa.

Além disso, os incentivos decorrentes dos benefícios auferidos durante a vigência de um cartel, *versus* os malefícios e eventuais ônus ligados à sua descoberta e apenamento também são extremamente relevantes, condicionando, inclusive, todas as conclusões relacionadas a determinadas estruturas orgânicas da companhia e sua relação com a prática de cartel. Sendo assim, diversos trabalhos teóricos e empíricos procuraram entender os incentivos às práticas de cartel, seja por uma perspectiva estrutural e de controle, por uma perspectiva orgânica da companhia, como os incentivos direcionados aos seus administradores, ou por elementos externos capazes de influenciar relevantemente seu funcionamento, como sua estrutura de dívidas ⁹.

que são diretamente afetados pelas ações destes últimos. Em realidade, na literatura norte-americana, os *agents* possuem verdadeiros deveres fiduciários em relação ao *principal*, o que lhes atribui uma série de deveres de diligência. Cf. ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *Agency problems and legal strategies*. In: KRAAKMAN, Henry. et al. *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. pp. 35-53.

⁷ ABRANTES-METZ, Rosa M.; SOKOL, D. Daniel. *Antitrust Corporate Governance and Compliance*. p. 2-3.

⁸ KAPLOW, Louis. *An Economic Approach to Price Fixing*, *Antitrust Law Journal*. Vol. 77(2), 2011, p. 343-449.

⁹ BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. *Corporate Governance and Collusive Behavior*, p. 4-6. Essa segmentação é adotada pelos autores, levando-se em consideração os incentivos estruturais e de controle (*ownership*), incentivos direcionados aos diretores (*managerial incentives*), e da estrutura de dívidas da companhia (*debt*).

3. INCENTIVOS ESTRUTURAIS E CONTROLE

Ao concluir que as estruturas de governança corporativa orientam o comportamento dos agentes econômicos, o próximo passo na investigação da relação entre governança e antitruste leva em consideração os elementos estruturais das práticas de governança corporativa adotadas pelas companhias. Assim, diversos fatores – que variam desde o tamanho da companhia até suas características orgânicas próprias – são levados em consideração na identificação de estruturas que podem facilitar comportamentos colusivos.

Em análise ampla dos incentivos ao comportamento colusivo em determinadas empresas, Melissa Baucus e Janet Near constataram, em pesquisa empírica datada de 2001, que empresas de grande porte estão mais propensas a envidar práticas ilegais em geral¹⁰. Tal conclusão se deu por meio de análises de eventos históricos, tomando como base apenas empresas listadas no *fortune 500*, condenadas por práticas ilegais entre 1964 e 1981. Marie McKendall e John Wagner também chegaram a conclusões semelhantes, mas partindo da análise de antecedentes de práticas ilegais envolvendo dados de 80 organizações industriais norte-americanas, concluindo que, quanto mais complexas as estruturas orgânicas de uma determinada empresa, maior a inclinação dentro da companhia para atos ilegais¹¹. Tais conclusões ilustram a questão dos problemas decorrentes dos custos agência levantadas por Daniel D. Sokol e Rosa Abrantes-Metz¹², no sentido de que, quanto maior a empresa, maiores os problemas e os custos de agência para alinhar as condutas e expectativas entre seus órgãos internos e, portanto, mais provável é que os agentes recorram a práticas ilegais.

Artiga Gonzalez e Markus Schmid, por sua vez, identificaram que há maior incidência de carteis envolvendo empresas de grande porte em mercados concentrados, por meio de pesquisa empírica realizada com base em 225 empresas norte-americanas condenadas por prática de cartel

¹⁰ BAUCUS, Melissa S.; NEAR, Janet P. Can illegal corporate behavior be predicted? An event history analysis. *Academy of Management Journal*, n. 34, 1991, p. 1-18.

¹¹ MCKENDALL, Marie A.; WAGNER III, John A. Motive, Opportunity, Choice and Corporate Illegality. *Organization Science*, n. 8, 1997, p. 624-647.

¹² ABRANTES-METZ, Rosa M.; SOKOL, D. Daniel. *Antitrust Corporate Governance and Compliance*, p. 3.

entre 1986 e 2010¹³. Tal constatação já foi reiteradamente identificada em pesquisas anteriores, como a realizada por Margaret Levenstein e Valerie Suslow em 2006¹⁴, ou a pesquisa realizada em 2010 por Connor e Helmers¹⁵.

É interessante notar que esses resultados identificaram como ponto problemático principal as grandes estruturas em grandes corporações, e à primeira vista pequenas estruturas empresárias não parecem problemáticas. Tais constatações, apesar de indicativos interessantes da dinâmica de mercado, não se encaixam perfeitamente no cenário brasileiro. Em primeiro lugar, cabe a ressalva de que o espaço amostral utilizado nas pesquisas, envolvendo empresas pertencentes ao *fortune 500*, ou mesmo as empresas norte-americanas em geral, possui constituição diferente da maior parte do corpo empresarial do Brasil. A título de exemplo, até Setembro de 2015, enquanto a CVM contava com 2.131 companhias abertas registradas¹⁶, apenas a Junta Comercial de São Paulo registrava 1.673.729 empresas ativas¹⁷.

Tal composição societária se reflete inclusive dentre as empresas envolvidas em condutas de cartel, mas em proporções distintas¹⁸. Nesse sentido, dentre os tipos societários investigados por cartel no Brasil em processos em que o CADE efetivamente entendeu pela existência do acordo anticompetitivo, as sociedades limitadas representam a grande maioria dos tipos investigados, sendo sociedades anônimas – abertas ou fechadas – representativas de apenas 10% das empresas investigadas.

¹³ SCHMID, Markus; GONZALEZ, Tanja Artiga. Corporate Governance and Antitrust Behavior.

¹⁴ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. What determines Cartel Success?

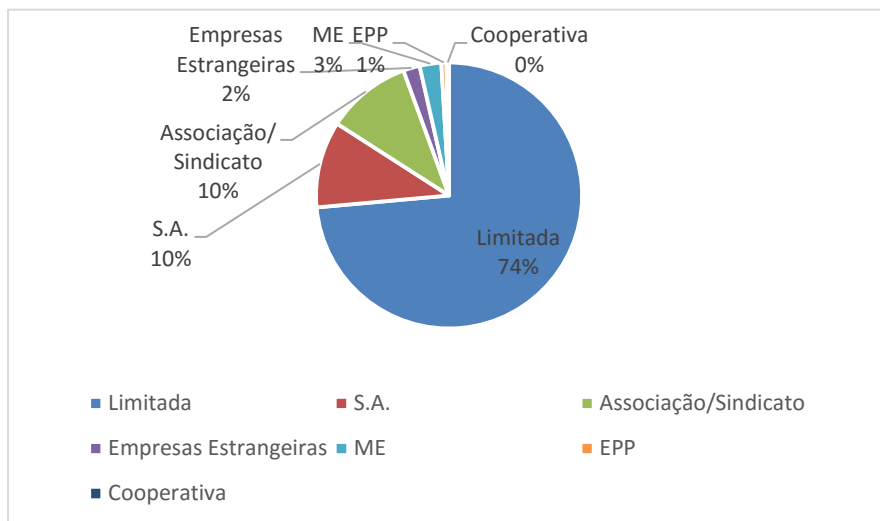
¹⁵ CONNOR, J. M.; HELMERS, C. G. Statistics on modern private international cartels: 1990-2005.

¹⁶ Dados disponíveis para consulta no sítio eletrônico da CVM, disponível em: <<http://sistemas.cvm.gov.br/?CadGeral>>. Acesso em 27/09/2015.

¹⁷ Dados disponíveis a partir das variáveis de consulta disponibilizadas no sítio eletrônico da JUCESP, disponível em: <<https://www.jucesponline.sp.gov.br/BuscaAvancada.aspx?IDProduto=>>>. Acesso em 27/09/2015

¹⁸ A porcentagem de 10% de sociedades anônimas investigadas supera em muito a proporção deste tipo societário no país, o que sugere um foco de atenção.

Tipos Societários por Cartel no Brasil



Fonte: Levantamento de dados públicos do CADE. Pesquisa própria¹⁹.

Além disso, é comum que os órgãos de defesa da concorrência tenham a estratégia focar seus esforços em um determinado tipo de conduta colusiva, visando atingir os melhores resultados, como grandes cartéis internacionais, envolvendo grandes corporações²⁰. É natural que o espaço amostral seja diretamente influenciado pelo foco institucional da autoridade antitruste.

Ainda do ponto de vista dos levantamentos sobre questões estruturais da companhia, Margaret Levenstein e Valerie Suslow identificaram que a expectativa de lucro decorrente de um cartel seria

¹⁹ Pesquisa realizada através das Atas de Sessões Ordinárias e Extraordinárias de Julgamento, disponíveis no sítio eletrônico do CADE, disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe94bb>>. Acesso em 22/04/2015. A pesquisa foi refinada a partir da resposta à solicitação de informação no. 08850.002185/2015-82 através do portal E-SIC. Eventuais distorções apresentadas nos resultados à Solicitação de Informação foram corrigidas a partir do levantamento das Atas.

²⁰ Daniel D. Sokol pontuou tal fato sobre os órgãos norte-americanos em palestra realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 28 de Agosto de 2015, sob o tema “Concorrência e Compliance”. Além de Daniel D. Sokol, participaram da mesa a Prof^a. Paula Andrea Forgioni, Prof. Vinícius Marques de Carvalho, Prof. Caio Mário da Silva Pereira Neto e Prof. Vicente Bagnoli.

positiva, indicando que os acordos colusivos aumentam lucros e, portanto, são benéficos aos acionistas²¹. Conclui-se também que mesmo considerando a descoberta e o apenamento do cartel, as expensas decorrentes não superam os ganhos acumulados durante a prática. De acordo com John Connor e Gustav Helmers²², a alta reincidência em práticas de cartel pode ser encarada como um fator que comprova a lucratividade do cartel. Para construir tal hipótese, Connor e Helmers analisaram 283 carteis privados descobertos em qualquer local do mundo entre Janeiro de 1990 até o fim de 2005.

É importante notar que grande parte das pesquisas internacionais partem de modelos econométricos baseados na premissa de que a ‘companhia’ não deseja participar de práticas colusivas, e que estas se dão em hipóteses em que o agente age em interesse próprio, desviando-se de seu interesse dos acionistas. Aqui, cabe a ressalva de que nos trabalhos de doutrina estrangeira aqui analisados, o interesse da companhia é identificado como o interesse do corpo de acionistas.

Já os resultados apresentados por Levenstein e Suslow, e por Connor e Helmers sugerem que o interesse em participar de um cartel pode ser da própria companhia, na medida em que tal prática maximiza seus lucros. Tal fator importa, na medida em que pode indicar importantes incentivos a práticas colusivas. Em situações em que a companhia deseja entrar em um cartel, e isso é muito mais flagrante no caso brasileiro, em que grande parte das companhias são administradas por seus ‘donos’²³ – isto é, por seu controlador –, esforços institucionais concentrados em garantir a mesma linha de atuação entre diretores ou funcionários de menor escalão parecem descabidos. Envidar práticas colusivas seria agir no próprio interesse da companhia. Neste sentido, o papel mais forte seria o da autoridade concorrencial, reduzindo os incentivos para a prática de modo que sua realização não fosse lucrativa, mas sim extremamente

²¹ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. What determines Cartel Success? Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=299415. Acesso em 26/07/2015. P. 3-11. Os resultados foram alcançados através de pesquisa empírica levando em consideração uma multiplicidade de fatores e cruzando os dados de casos de cartel desde os anos 1800 até 1980, com foco no perfil das empresas condenadas por cartel nos anos 1990.

²² CONNOR, J. M.; HELMERS, C. G. Statistics on modern private international cartels: 1990-2005.

²³ Neste sentido, SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 77. Calixto trás interessante panorama sobre o caráter concentrado do poder acionário no Brasil.

danosa. Por outro lado, casos em que de fato não é interessante para a companhia entrar em um cartel, os incentivos direcionados à coordenação das estruturas decisórias internas parecem determinantes para influenciar a prática.

A partir destas premissas, destacam-se as análises sobre a composição dos órgãos decisórios e fiscalizatórios de uma determinada companhia, quanto às práticas de governança que possivelmente guardam direta influência com condutas colusivas. Gale Allen e Franklin Douglas destacaram o fato de o conselho com atribuições fiscalizatórias, notadamente dotado de posição hierárquica superior, frequentemente ser formado por ex-integrantes do conselho de administração ou diretores-presidentes aposentados²⁴. Observa-se assim uma continuidade e uma anuência entre o órgão que, supostamente, deveria fiscalizar de maneira imparcial as ações tomadas pelo conselho de administração, fazendo valer sua hierarquia superior.

Em estruturas de controle disperso, tal constatação se reflete na problemática da estabilidade²⁵, uma vez que os novos administradores são “treinados” pelos antigos, conferem a mesma estabilidade que poderia estimular práticas anticompetitivas. Já as estruturas de controle concentrado parecem ilustrar com mais clareza a figura do CEO que influencia unilateralmente a companhia. Do ponto de vista brasileiro, essa problemática se traduz na conformidade dos órgãos deliberativos e fiscalizatórios da sociedade, que em última instância, tem significativa parte de seus membros designada de acordo com os interesses do acionista controlador²⁶. Desta forma, uma vez que, tanto a propriedade acionária como o controle, efetivamente recaem sobre um único polo, os problemas de agência relacionados aos órgãos decisórios e de fiscalização se aplicam diretamente como fator de incentivo em estruturas de controle.

Do quanto exposto, cabe ressaltar que as diferenças quanto ao alinhamento entre os interesses dos acionistas e os interesses dos agentes

²⁴ ALLEN, Franklin; DOUGLAS, Gale. Corporate Governance and competition, p. 5-6. A pesquisa aborda diretamente o *conseil de surveillance* francês e o *supervisory board* do caso alemão.

²⁵ ABRANTES-METZ, Rosa M.; SOKOL, D. Daniel. Antitrust Corporate Governance and Compliance, p. 6. Os autores entendem que estabilidade, por si só, já poderia ser considerada como um incentivo para comportamentos de cooperação entre agentes.

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 4ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2011, p. 86.

da companhia são determinantes para orientar o foco da análise que será adotada na próxima seção. Se participar de um determinado cartel seria agir no próprio interesse da companhia – na medida em que seus lucros superam suas perdas –, uma análise quanto ao alinhamento dos interesses dos diferentes agentes e principais dentro de uma estrutura societária parece descabida. Tal conclusão exige estudo empírico acerca dos resultados e perdas decorrentes de condutas de cartel no Brasil.

Por outro lado, partindo-se do pressuposto de que de fato não seria interessante para a companhia participar de um cartel, os incentivos direcionados à coordenação das estruturas decisórias internas parecem determinantes para influenciar sua incidência. É partindo dessa premissa que se posicionam os estudos orientados aos incentivos direcionados aos diretores das companhias.

4. INCENTIVOS DIRECIONADOS AOS DIRETORES.

Os agentes respondem a estímulos e incentivos, e os diversos modelos econômicos que tentam identificar com precisão quais os incentivos envolvidos na tomada de decisões pelos diretores de uma empresa ocupam boa parte da literatura sobre este tema²⁷. Sobre este assunto, Paulo Buccirossi e Giancarlo Spagnolo²⁸ através de um modelo teórico sobre dinâmica competitiva, constataram que, quando os diretores possuem preferência por lucros fáceis – com base na remuneração dos diretores e no nivelamento dos rendimentos, ou quando estes estão sob contratos de incentivo com nível máximo de remuneração (*capped incentive contracts*), como os comuns “prêmios de desempenho”, as empresas administradas por tais diretores podem firmar acordos anticompetitivos muito mais facilmente do que empresas orientadas essencialmente pela maximização dos lucros.

²⁷ O presente trabalho não tem como objetivo esgotar as discussões sobre este assunto, mas apenas ilustrar algumas de suas principais constatações. Análises mais aprofundadas sobre os incentivos diretamente relacionados a condutas anticompetitivas podem ser encontradas em ALLEN, Franklin; DOUGLAS, Gale. Corporate Governance and competition. SCHMIDT, Klaus M. Managerial Incentives and Product Market Competition. *The Review of Economic Studies*, Vol. 64(2), Abril, 1997. SPAGNOLO, Giancarlo. Managerial Incentives and Collusive Behavior.

²⁸ BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Corporate Governance and Collusive Behavior, p. 4-6.

Além disso, qualquer outra prática capaz de fornecer incentivos a curto prazo também foi encarada por Paulo Buccirossi e Giancarlo Spagnolo como potencialmente problemática. Enquanto o período de cinco anos representa pouco tempo do ponto de vista da administração estratégica e dos resultados financeiros de uma determinada empresa²⁹, um cartel tem como duração média o mesmo período de cinco anos³⁰. Assim, incentivos a curto prazo tendem se adequar às necessidades e às características da média dos acordos anticompetitivos horizontais, na medida em que sua organização, auge e decadência cabem dentro do espectro de incentivos de curto prazo.

Vale notar que no caso Japonês, um estudo que tomou como base a política de incentivos que recai sobre 796 companhias japonesas entre 1968 e 1992³¹, concluiu que incentivos aos administradores, ligados ao lucro e percebidos em uma determinada companhia, têm efeitos positivos, uma vez que incentivaria a desistência de prática de cartel: ao desertar do cartel, o administrador tem uma vantagem competitiva sobre a outra companhia que fazia parte do acordo, aumentando a lucratividade e, portanto, a remuneração do administrador.

Também é possível verificar algumas diferenças nos resultados de pesquisas acerca dos incentivos relacionados a funcionários de alto escalão (o chamado *top management*) e funcionários de médio escalão (*middle management*)³². No primeiro caso, destacam-se as constatações sobre a influência do poder do diretor-presidente, e da estrutura hierarquicamente superior em relação aos demais órgãos da companhia. Assim, os incentivos dos diretores-presidentes são diferentes, na medida em que se considera, por exemplo, características voltadas ao desempenho da companhia contempladas em plano de bonificação, a maximização de seus resultados e a eventual responsabilidade em casos de condenação por prática anticompetitiva. Neste caso, deve-se considerar tanto

²⁹ BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Corporate Governance and Collusive Behavior, p. 7.

³⁰ CONNOR, John. M. Private International Cartels: Effectiveness, Welfare, and Anticartel Enforcement, Purdue Agricultural. Economics Working Paper No. 03-12, 2003;

³¹ JOH, Sung Wook. Strategic Managerial Incentive Compensation In Japan: Relative Performance Evaluation and Product Market Collusion. Review of Economics and Statistics, no. 81, v. 2, p. 303-313.

³² ABRANTES-METZ, Rosa M.; SOKOL, D. Daniel. Antitrust Corporate Governance and Compliance p 7-8.

responsabilidade objetiva dentro da companhia ou eventuais sanções reputacionais direcionadas ao próprio administrador.

Neste sentido, Sally Simpson e Christopher Koper, em pesquisa que tomou como base 43 casos de violação à legislação antitruste, entre 1927 e 1981, envolvendo empresas condenadas por cartel nos Estados Unidos, concluíram que algumas características e atribuições a alto nível hierárquico – quais sejam, diretores-presidentes com alta capacidade administrativa e conhecimentos financeiros, em empresas focadas em um único mercado relevante e cujos faturamentos máximo encontravam patamares menores – guardariam maior relação com violações antitruste do que com qualquer outro tipo³³.

Outras pesquisas empíricas também constataram que grande parte das investigações de cartel envolveram funcionários de alto escalão. Tais conclusões podem ser verificadas na pesquisa realizadas por Andreas Stephan, que tomou por base cartéis internacionais julgados entre 1998 e 2009³⁴, e na pesquisa realizada por Gallo, que tomou por base os casos norte-americanos de cartel julgados pelo *Department of Justice* entre 1955 e 1997³⁵.

Esta premissa sugere que um dos principais focos de atenção recai sobre os conselhos de administração e as estruturas decisórias de hierarquia superior das companhias. Sendo assim, alguns trabalhos chegaram a concluir que tal fato pode se relacionar diretamente à quantidade e qualidade do poder exercido pela administração da empresa sobre seus demais órgãos³⁶, ressaltando a influência que o comportamento

³³ SIMPSON, Sally S.; KOPER, Christopher S. The Changing of the Guard: Top Management Team Characteristics, Organizational Strain, and Antitrust Offending: 1960-1986. *Journal of Quantitative Criminology*, v. 13, n. 373, p. 531-552.

³⁴ STEPHAN, Andreas. See no Evil: Cartels and the Limits of Antitrust Compliance Programs.

³⁵ GALLO, J.C., et al. Department of Justice Antitrust Enforcement, 1955-1997: An Empirical Study. *Review of Industrial Organization*, 17:75, n. 133, 2000.

³⁶ SCHEIN, Edgar H., *Organizational Culture and Leadership*, 3ed, Editora Jossey-Bass, California, 2004. Este critério também foi considerado relevante na pesquisa desenvolvida por SCHMID, Markus; GONZALEZ, Tanja Artiga. *Corporate Governance and Antitrust Behavior*, e ABRANTES-METZ, Rosa M.; SOKOL, D. Daniel. *Antitrust Corporate Governance and Compliance*.

de um determinado diretor-presidente ou pode ter em toda a estrutura da companhia³⁷.

Tais constatações chamam a atenção e se relacionam com os problemas estruturais suscitados acima, principalmente ao se debruçar sobre o cenário brasileiro. A existência de um diretor-presidente de hierarquia superior e capaz de influenciar todo o funcionamento da empresa, parece se relacionar perfeitamente com a figura de um controlador forte, e que muitas vezes auferir benefícios relacionados a sua posição a partir da inadequada vinculação entre a atuação dos administradores e os interesses particulares do acionista majoritário³⁸. Tal constatação é ainda mais complicada, uma vez que, além da influência uniforme de um determinado órgão decisório, tem-se o respaldo da própria estrutura de controle da companhia.

No entanto, vale notar que essa constatação de relação hierárquica superior e a prática de cartel foi refutada em pesquisa apresentada por Artiga González e Markus Schmid³⁹, que se deu sobre 225 empresas norte-americanas condenadas por prática de cartel entre 1986 e 2010. O coeficiente utilizado pelos autores para verificar a centralidade do diretor-presidente teve resultado negativo, o que indica uma estrutura mais horizontalizada nas companhias condenadas. Além disso, constatou-se que os diretores-presidentes e outros funcionários de alto escalão costumam exercer com mais frequência suas opções de compra de ações durante o período em que o cartel está vigente, se comparados aos executivos de empresas do mesmo segmento de mercado fora do cartel.

Ainda, o mesmo estudo indicou que é menos provável que empresas com mais mecanismos de proteção contra tomadas de controle entrem em acordos de cartel. Os autores entendem que tal fato pode ser relacionado à maior estabilidade dos administradores da companhia, diminuindo a pressão sobre performances e lucros excepcionais para manutenção de suas posições.

Já do ponto de vista dos funcionários de médio escalão, incentivos se direcionam ao desempenho de um determinado órgão da

³⁷ Mais considerações sobre esta temática se encontram na seção 2.1.1 do presente trabalho.

³⁸ CERZETTI, Sheila Christina Neder. *Regulação do Mercado de Capitais e Desenvolvimento*. In. SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento: Novos Temas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 215.

³⁹ SCHMID, Markus; GONZALEZ, Tanja Artiga. *Corporate Governance and Antitrust Behavior*, p. 14.

empresa, maximizando resultados em detrimento de seu desempenho institucional⁴⁰. Isso pode ser verificado em carteis envolvendo o departamento de vendas de uma determinada empresa, por exemplo. Os custos de agência e as práticas de governança corporativa em uma estrutura orgânica complexa ganham peso nessas análises, uma vez que o alinhamento de tais condutas está sujeito a outros tipos de sanções.

Os resultados apresentados acima têm grande espaço na literatura norte-americana, notadamente porque a premissa principal seria de que o interesse da companhia – ou seja, de seus acionistas – seria diverso do interesse dos seus administradores, e por este motivo a coordenação de incentivos tem papel relevante. Entretanto, os custos de agência envolvidos diferem daqueles comumente percebidos na realidade nacional. Enquanto os polos agente-principal se traduzem na relação administrador-acionista em um contexto de capital disperso, realidade que é pano de fundo das pesquisas empíricas apresentadas, no caso brasileiro tal reação se dá entre controlador-minoritários.

A legislação pátria societária e de mercado de capitais em muito evoluiu em tentar mitigar os problemas de agência decorrentes da relação controlador-minoritários, notadamente através dos esforços relacionados à divulgação de informações⁴¹. No entanto, a percepção deste problema do ponto de vista do direito concorrencial, e mais especificamente dos incentivos à prática de cartel, demandam iniciativas regulatórias que vão além da divulgação de informações, que parece descabida em se tratando de conduta de cartel. É pressuposto para a efetividade da conduta que a informação de sua existência não seja divulgada.

Isso denota total importância, uma vez que o direito antitruste deve levar em consideração tanto tais custos de agência, como as relações entre os funcionários de menor escalão e os funcionários de alto escalão, do ponto de vista prático, ao determinar qualquer tipo de política pública de incentivo ao compliance. É necessário dar maior coesão às atividades e estruturas, o que pode ser feito através do efetivo monitoramento e participação dos principais na ação dos agentes. Notadamente, tais conclusões dependem da primeira aceção acerca da lucratividade da conduta, só fazendo sentido focar-se em dirimir eventuais dissonâncias no

⁴⁰ ABRANTES-METZ, Rosa M.; SOKOL, D. Daniel. Antitrust Corporate Governance and Compliance.

⁴¹ CERZETTI, Sheila Christina Neder. Regulação do Mercado de Capitais e Desenvolvimento. In. SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). Regulação e Desenvolvimento: Novos Temas. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 206-210.

comportamento e nos interesses dos administradores e funcionários de menor escalão, se a conduta colusiva não for interessante para a companhia.

Desse modo, a primeira etapa do caminho se relaciona a fatores que influenciam o interesse da companhia em fazer parte de uma determinada prática. Num segundo passo, relacionado às estruturas internas da companhia, cabe a identificação dos problemas de agência tendo como base a estrutura de capital e as estruturas de governança que decorrentes desta condição societária. Passadas essas duas etapas, cabe realizar a análise da influência das estruturas decorrentes de dívidas, como um fator externo que pode trazer ingerência ou influências significantes nas práticas internas de uma determinada companhia.

5. Incentivos decorrentes das estruturas de dívidas

De grande relevância no plano internacional, as estruturas decorrentes de dívidas contraídas pelas companhias como possível ponto de problemas concorrenciais foram objeto de diversos trabalhos teóricos e empíricos. Nesse sentido, nota-se grande influência do espaço amostral que fundamenta cada pesquisa, uma vez que a estrutura de dívidas contraídas e sua influência na direção da companhia guardam elevada diferença dentre as práticas de governança corporativas adotadas ao redor do mundo⁴².

Diversas pesquisas concluem que uma estrutura de dívidas robusta dentro de uma companhia é capaz de restringir comportamentos oportunistas de administradores⁴³, motivados por estabilidade financeira e fluxo de caixa suficiente para permitir os esforços contrários ao interesse da companhia⁴⁴. Esforços relacionados a acordos entre concorrentes

⁴² ALLEN, Franklin; DOUGLAS, Gale. Corporate Governance and competition, p. 13-16.

⁴³ Nesse sentido, BURHOP, Carsten; LÜBBERS, Thomas. Cartels, Managerial Incentives and Productive Efficiency in German Coal Mining: 1881-1913. *Journal of Economic History*, v. 69, n. 2, 2009, p. 500-527.; GROSSMAN, Sanford. *Corporate Financial Structure and Managerial Incentives*. In MCCALL, J. (org.). *The Economics of Information and Uncertainty*. University of Chicago Press, Chicago: 1982; JENSEN, Michael. Agency costs of Free Cash Flow, Corporate Finance and Takeovers. *American Economic Review*, no. 76, 1986; e HARVEY, Campbell R.; LINS, Karl V.; ROPER, Andrew H., 2004. The Effect of Capital Structure When Expected Agency Costs Are Extreme. *Journal of Financial Economics*, n. 74, v. 3.

⁴⁴ Em sentido contrário, ALLEN, Franklin; DOUGLAS, Gale. Corporate Governance and competition, p. 15-16; JENSEN, Michael; MECKLING, William. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*.

parecem se encaixar nessa premissa, em que a contabilidade da companhia permite espaço de manobra para disfarçar os custos decorrentes da própria execução e manutenção do acordo anticompetitivo.

A estrutura de endividamento, ainda, tem papéis diferentes dentro das práticas de governança corporativa ao redor do mundo. No caso da Alemanha, por exemplo, os bancos são grandes financiadores do mercado de capitais, detendo participação relevante em sociedades abertas⁴⁵. No caso Japonês a representatividade dos bancos parece ainda maior, sendo particularmente atribuído ao relacionamento estreito entre as instituições financeiras e as companhias, desenvolvido por fornecimento de linhas de crédito durante o período de guerra. Em relação a estes países, argumenta-se que tais instituições financeiras podem funcionar como eficientes entes fiscalizatórios, capazes de diminuir os problemas de agência relacionados às empresas⁴⁶.

Tal constatação, entretanto é desafiada em outros trabalhos. Primeiramente, argumenta-se que os próprios bancos estão sujeitos aos problemas de agência enfrentados pelas empresas⁴⁷; problemas decorrentes da concentração de controle na mão de poucas instituições financeiras, seja por controle direto, seja por controle indireto por meio de holdings e grupos econômicos⁴⁸; bem como problemas relacionados à fiscalização das próprias entidades cuja atribuição principal seria de

Journal of Financial Economics, no. 3, 1976, p. 305-360; e MYERS, Steart. Determinants of Corporate Borrowing. Journal of Financial Economics, no. 5, 1977, p. 147-1475. O incentivo à contração de dívidas de grande monta pode levar os investidores a incorrer em riscos excessivos, reduzindo o valor da companhia. Riscos relacionados à perda de oportunidades devido ao comprometimento das dívidas também foram identificados.

⁴⁵ MORCK, Randall; STEIER, Lloyd. The Global History of Corporate Governance: An Introduction. In: MORCK, Randall. (Org.). A history of corporate governance around the world: family business groups to professional managers. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, p. 13-15.

⁴⁶ ALLEN, Franklin; DOUGLAS, Gale. Corporate Governance and competition, p. 13.

⁴⁷ CHARKHAM, Jonathan. Keeping Good Company: A Study of Corporate Governance in Five Countries. Clarendon Press: Oxford, 1994.

⁴⁸ ALLEN, Franklin; DOUGLAS, Gale. Corporate Governance and competition, p. 14.

‘monitoramento’. Em outras palavras, levanta-se o questionamento: quem fiscaliza os fiscalizadores?⁴⁹

A ingerência e participação de instituições financeiras também são apontadas em alguns trabalhos como prejudiciais do ponto de vista concorrencial. As instituições financeiras, detentoras de crédito em uma determinada empresa seriam capazes de possibilitar ingerência e troca de informações em benefício próprio: ao alocar um de seus agentes numa determinada companhia, ter conhecimento de seu comportamento estratégico e, ao mesmo tempo, possuir participação societária relevante em outra companhia do mesmo segmento de mercado⁵⁰. A probabilidade de se verificar tal resultado se intensifica quanto menor a proporção entre o número de instituições financeiras e o crédito disponível e desejado pelas companhias.

Ainda, vale ressaltar que tal resultado anticompetitivo pode ser verificado mesmo em mercados com múltiplos entes fornecedores de crédito. Considerando os grandes grupos societários, redes e holdings presentes no mercado, multiplica-se a possibilidade de compatibilização de uma mesma instituição financeira, dotada de influência, e que por sua vez se interconecta à outra empresa do mesmo mercado por vias de controle indireto dentro do grupo econômico. Logo, mesmo que o crédito do banco não recaia diretamente sobre dois concorrentes, ao recair sobre duas empresas pertencentes a dois grupos cujas estruturas de controle indireto permitem acesso a determinadas informações sensíveis, facilita-se a correspondência entre concorrentes num mesmo mercado, observando-se o mesmo efeito⁵¹.

Com um passo atrás, nota-se que muitos dos critérios adotados nos trabalhos apresentados acima guardam direta relação com estruturas de mercado caracterizadas por forte atuação dos bancos nas próprias estruturas de governança corporativa adotadas pelas companhias. Entretanto, não há qualquer pesquisa ou critério diretamente relacionado às práticas de governança e as estruturas de endividamento adotadas nacionalmente, mesmo considerando a realidade brasileira, caracterizada

⁴⁹ DIAMOND, Douglas. Optimal Managerial Contracts and Equilibrium Security Prices. *Journal of Finance*, no. 37, 1982, p. 275-287.

⁵⁰ BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. *Corporate Governance and Collusive Behavior*, p. 11.

⁵¹ BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. *Corporate Governance and Collusive Behavior*, p. 12.

por um mercado de capitais fraco, e com intensa presença dos bancos financiadores das atividades, ocupando este espaço⁵².

Neste plano, a deficiência no financiamento por meio do mercado de capitais e a forte atuação dos bancos em paralelo não necessariamente causa ingerência nas atividades cotidianas de uma empresa saudável e operacional. No entanto, chama a atenção o caráter congregante de tais financiamentos, dado que as instituições financeiras de grande porte, que representam número restrito de provedoras de capital, mantêm redes de financiamento com diversas companhias que podem ser interligadas por meio de suas respectivas atuações no mercado. Mais estudos acerca da possível influência de fatores externos congregantes, e que podem decorrer em alguma ingerência dentro das companhias se fazem necessários, para que tal relação possa ser devidamente apurada, ou – se for o caso –, eventualmente descartada.

6. CONCLUSÕES

Todos os fatores acima apresentados parecem dizer que a real constatação da interação entre as práticas de governança corporativa e o comportamento colusivo dos agentes não traz resultados universais, mas indica múltiplos fatores intrínsecos e exógenos à companhia. Tais fatores são moldáveis aos diferentes custos de agência envolvidos em suas atividades, e devem ser coordenados em cada nível hierárquico, de acordo com as estruturas, estímulos e incentivos que se verificam dentro e fora dela.

Alinhar o interesse dentro da companhia pela não ocorrência de práticas anticompetitivas de cartel, significa, em primeiro lugar, que a prática, considerando os lucros auferidos e os danos de sua descoberta, não seja lucrativa para a companhia. Também significa eliminar a uniformidade dos interesses dos órgãos fiscalizadores. Deve-se reduzir os incentivos no âmbito das estruturas decisórias hierarquicamente superiores, para que os administradores não optem por práticas colusivas que podem trazer benefícios a curto prazo. Também importa arcar com diversos custos de monitoramento e alinhar as políticas de benefícios de funcionários de médio e baixo escalão, e entender qual a influência da estrutura de endividamento.

⁵² CERZETTI, Sheila Christina Neder. *Regulação do Mercado de Capitais e Desenvolvimento*. In. SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento: Novos Temas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 193.

Entretanto, apesar de valiosos para orientar focos de atenção ao se tratar da mesma problemática no Brasil, tais resultados não podem simplesmente ser importados à realidade nacional. O Brasil é país de mercado de capitais fraco, com atividade de crédito altamente financiada por poucas instituições financeiras, de composição acionária essencialmente concentrada, sendo o controlador fortemente representado nos órgãos decisórios e fiscalizatórios da companhia. As diferenças quanto aos espaços amostrais importam em premissas diversas daquelas em que os estudos internacionais se pautam. Sendo assim, se fazem necessários estudos empíricos próprios da realidade nacional, adaptando devidamente cada critério, inclusive indicando focos de atenção particulares de nossas estruturas de mercado.

Tais conclusões tem impacto direto interno, na estruturação da companhia e de uma política de *compliance* que efetivamente leve em consideração a multiplicidade de fatores envolvidos, e externo, na atividade das autoridades regulatórias, na medida em que procuram, ao máximo, desincentivar a prática de cartel, mitigando seus benefícios a curto prazo, e causando prejuízos aos seus partícipes a longo prazo.

7. BIBLIOGRAFIA

ABRANTES-METZ, Rosa M.; SOKOL, D. Daniel. Antitrust Corporate Governance and Compliance. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2246564>. Acesso em 25/07/2015.

ALLEN, Franklin; DOUGLAS, Gale. Corporate Governance and competition. Disponível em: <http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/99/9928.pdf>. Acesso em 25/07/2015

ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *Agency problems and legal strategies*. In: KRAAKMAN, Henry. et al. *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BAUCUS, Melissa S.; NEAR, Janet P. Can illegal corporate behavior be predicted? An event history analysis. *Academy of Management Journal*, n. 34, 1991, p. 1-18. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/256300?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 25/07/2015.

BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Corporate Governance and Collusive Behavior. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/lear_rp_06_01_1155472800.pdf>. Acesso em 25/07/2015.

BURHOP, Carsten; LÜBBERS, Thomas. Cartels, Managerial Incentives and Productive Efficiency in German Coal Mining: 1881-1913. *Journal of Economic History*, v. 69, n. 2, 2009, p. 500-527.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *Regulação do Mercado de Capitais e Desenvolvimento*. In. SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento: Novos Temas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 190-248.

CHARKHAM, Jonathan. *Keeping Good Company: A Study of Corporate Governance in Five Countries*. Clarendon Press: Oxford, 1994.

CONNOR, J. M.; HELMERS, C. G. Statistics on modern private international cartels: 1990-2005. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039. Acesso em 25/07/15

CONNOR, John. M. Private International Cartels: Effectiveness, Welfare, and Anticartel Enforcement, Purdue Agricultural. Economics Working Paper No. 03-12, 2003;

DE PAULA, Germano Mendes; ROMANIELO, Enrico Spini. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil: Os programas de compliance como boas práticas de governança corporativa. *Revista do Ibrac*, Ano 18, v. 20, jul.-dez. 2011, pp. 265-305.

DIAMOND, Douglas. Optimal Managerial Contracts and Equilibrium Security Prices. *Journal of Finance*, no. 37, 1982.

“*Drivers of compliance and non-compliance with competition law: an OFT Report*”. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf>. Acesso em 27/09/2015.

GROSSMAN, Sanford. *Corporate Financial Structure and Managerial Incentives*. In. MCCALL, J. (org.). *The Economics of Information and Uncertainty*. University of Chicago Press, Chicago: 1982.

HARVEY, Campbell R.; LINS, Karl V.; ROPER, Andrew H., 2004. The Effect of Capital Structure When Expected Agency Costs Are Extreme. *Journal of Financial Economics*, n. 74, v. 3.

JENSEN, Michael. Agency costs of Free Cash Flow, Corporate Finance and Takeovers. *American Economic Review*, no. 76, 1986.

JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, no. 3, 1976.

JOH, Sung Wook. Strategic Managerial Incentive Compensation In Japan: Relative Performance Evaluation and Product Market Collusion. *Review of Economics and Statistics*, no. 81, v. 2.

KAPLOW, Louis. An Economic Approach to Price Fixing. *Antitrust Law Journal*. Vol. 77, spring 2011, p. 343-449. Disponível em: <http://www.heinonline.org/HOL/Page?page=343&handle=hein.journals%2Fartil77&collection=journals> acesso em 26/07/2015

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. What determines Cartel Success? Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=299415. Acesso em 26/07/2015.

MATTOS, César Costa Alves de. *Introdução à teoria econômica dos cartéis*. In. CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. SCHAPIRO, Mario Gomes (Orgs.). *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MCKENDALL, Marie A.; WAGNER III, John A. Motive, Opportunity, Choice and Corporate Illegality. *Organization Science*, n. 8, 1997, p. 624-47.

MORCK, Randall; STEIER, Lloyd. *The Global History of Corporate Governance: An Introduction*. In. MORCK, Randall. (Org.). *A history of corporate governance around the world: family business groups to professional managers*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

MYERS, Steart. Determinants of Corporate Borrowing. *Journal of Financial Economics*, no. 5, 1977, p. 147-1475.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Princípios de Governança Corporativa da OCDE*. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Codigo.aspx?CodCodigo=12>>. Acesso em 25/07/2015

PARGENDLER, Mariana. *The Corporate Governance Obsession*. FGV Direito SP Research Paper Series n. 111. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2491088>>. Acesso em 25/07/2015

SCHEIN, Edgar H., *Organizational Culture and Leadership*, 3ª ed. Califórnia: Editora Jossey-Bass, 2004.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. A Survey of Corporate Governance. *The Journal of Finance*, no. 2, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

SCHMID, Markus; GONZALEZ, Tanja Artiga. Corporate Governance and Antitrust Behavior. Disponível em: <<http://www.efmaefm.org/0EFMAMEETINGS/EFMA%20ANNUAL%20MEETINGS/2012-Barcelona/papers/ArtigaGonzalezSchmid.pdf>>. Acesso em 25/07/2015.

SCHMIDT, Klaus M. Managerial Incentives and Product Market Competition. The Review of Economic Studies, 1/04/1997, Vol.64, n.2, pp.191-213.

SIMPSON, Sally S.; KOPER, Christopher S. The Changing of the Guard: Top Management Team Characteristics, Organizational Strain, and Antitrust Offending: 1960-1986. Journal of Quantitative Criminology, v. 13, n. 373, p. 531-552.

SPAGNOLO, Giancarlo. Managerial Incentives and Collusive Behavior Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0014292104000339>>. Acesso em 25/07/2015.

STEPHAN, Andreas. Hear No Evil, See No Evil: Why Antitrust Compliance Programmes May Be Ineffective at Preventing Cartels. ESRC CCP Working Paper, n. 09-09 jul-2010. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1432340. Acesso em 20/07/2015

TIROLE, Jean. The Theory of Corporate Finance, Princeton NJ, Princeton University Press, 2005.

DECENTRALIZED GLOBALIZATION: POSSIBLE SOLUTIONS FOR MULTIPLE MERGER CONTROL REGIMES IN CROSS-BORDER TRANSACTIONS

Bruno Bastos Becker

Abstract: The worldwide development of antitrust laws has led to the spread of merger control regimes. The impossibility to create a cohesive global antitrust system has led to a process of “decentralized globalization” of antitrust. Extraterritoriality and different procedural and material standards have created a high-cost scenario for cross-border transactions. Proposed solutions involve the creation of a supranational global antitrust authority, a multi-level system, the harmonization of national antitrust laws through soft law and bilateral agreements. In this paper, I propose a new solution: the establishment of non-binding case-by-case commissions for the joint assessment of cross-border transactions.

Keywords: *Antitrust; Competition Law; Merger Control; Globalization; Cross-Border; Harmonization.*

Palavras-Chave: *Antitruste; Direito Concorrencial; Controle de Concentrações; Globalização; Multijurisdicional; Harmonização.*

1. INTRODUCTION

More than 120 years after the enactment of the Sherman Act (1890) in the United States, one can affirm that there is a worldwide antitrust system. In 1990, 38 jurisdictions adopted antitrust regimes and nowadays there are more than 120 different jurisdictions all over the world¹. Furthermore, there are also several international organizations that actively support and promote the development of antitrust systems, such as the Organization for Economic Co-operation and Development (“OECD”), the World Trade Organization (“WTO”) and the International Competition Network (“ICN”).

1

See http://www.law.columbia.edu/media_inquiries/news_events/2014/march2014/bradford-antitrust-project

The dissemination of this Antitrust (or Competition²) “Culture” promotes the adoption of antitrust laws under the arguments of the benefits of the free market and the consumers’ welfare. In fact, the origin of this spread of competition rules stems from the trade liberalization process and the need of countries to ensure a well-established free-market³.

Statistics on the economic growth and the increase of the per capita GDP because of antitrust laws enforcement⁴ are very captivating for this movement. And, in fact, this dissemination was also very effective. For instance, in the last decades, many important economies adopted new antitrust regimes, “such as Japan in 1947, Australia in 1974, Korea in 1981 and Canada in 1985”. More recently, many emerging and developing countries also adopted antitrust laws, such as “Mexico in 1992, South Africa in 1998, Russia in 2006, and China in 2008” and “Kenya in 1988, Jamaica in 1993, Zambia 1996 and Indonesia in 1999⁵. Currently, the ICN’s website lists 67 jurisdictions with merger control regimes⁶.

The most significant cases of recent developments are the Chinese, Indian and Brazilian ones. In August 2008, China adopted the

² Even though there may be some nuances between the expressions “Antitrust” and “Competition”, they will be herein considered synonyms.

³ See HORN, Henrik; LEVINSOHN, James. Merger Policies and Trade Liberalization. In: NBER Working Paper No. 6077. National Bureau of Economic Research. 1997.

⁴ See PETERSEN, Niels, *Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic Growth*. MPI Collective Goods Preprint, No. 2011/3. 2011. p.46

⁵ See GERADIN, Damien, *The Perils of Antitrust Proliferation: The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behavior*. Chicago Journal of International Law, Chicago. 2009. p.6

⁶ They are: Austria, Latvia, Russia, Albania, Argentina, Armenia, Australia, Barbados, Belgium, Bosnia & Herzegovina, Brazil, Bulgaria, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, EFTA Surveillance Authority, Estonia, European Union, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, India, Indonesia, Ireland, Israel, Italy, Japan, Jersey, Jordan, Kenya, Korea, Lithuania, Macedonia, Malta, Mexico, Netherlands, New Zealand, Norway, Pakistan, Panama, Papua New Guinea, Poland, Portugal, Romania, Serbia, Singapore, Slovak Republic, Slovenia, South Africa, Spain, Sweden, Switzerland, Taiwan, Turkey, Ukraine, United Kingdom, United States, Uzbekistan, and Zambia.

Available at:
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/merger/templates.aspx>

“Anti-Monopoly Law”⁷, after a 13-year-long approval process. Furthermore, in 2007 India reformed its antitrust system, which created the new competition authority, the “Competition Commission of India”⁸. In Brazil, the enactment of the Law no. 12,529/2011, which restructured the Brazilian antitrust system and created the pre-merger control, was also part of this recent development⁹.

When analyzing this global development of antitrust laws all over the world, the absence of cohesion¹⁰ among the different regimes is clear and, thus, “merging undertakings encounter enormous difficulties with multiple compliance methods”¹¹. Many of the difficulties rely on “[d]iffering thresholds, notification deadlines, substantive assessments test, amount and form of the required documents, significant filing fees and associated expenses”¹². Furthermore, “[b]esides heavy burden of

⁷ The English version of the Antimonopoly Law is available at: http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm.

⁸ In India, the Amendment Act of 2007 reformed the Indian Competition Act. The text of the Competition Act is available at: http://www.cci.gov.in/images/media/competition_act/act2002.pdf?phpMyAdmin=QuqXb-8V2yTtoq617iR6-k2VA8d

⁹ The English version of the Brazilian Competition Law (Law no. 12,529/2011) is available at: <http://cade.gov.br/upload/LAW%20N%C2%BA%2012529%202011%20%28English%20version%20from%2018%2005%202012%29.pdf>. For an in-depth analysis of the Brazilian Competition Policy in the field of extraterritoriality and the country’s participation in the international fori, see: TIMM, Luciano Benetti. Jurisdiction, Cooperation, Comity and Competition Policy in Brazilian International Antitrust Law. In: GUZMAN, Andrew T. (Ed.) Cooperation, Comity, and Competition Policy. Oxford University Press, 2011.

¹⁰ As item 3.5 below will describe, this paper does not advocate for the absolute cohesion and harmonization of competition laws in the merger review field. There are substantial political interests that must be taken into account, especially regarding developed and developing countries. For the peculiar relation between developing and antitrust laws, see FOX, Eleanor M., GAL, Michal. *Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience*, in *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 374, 2014.

¹¹ See SVETLICINII, Alexandr, *Competitiveness and Competition: International Merger Control from the Business Prospective*. Economic Integration, Competition and Cooperation, 6th International Conference, Opatija, April 19-20, 2007. p. 2

¹² *Id.*, p.2

multiple compliance, merging undertaking always face the risk of a holdup or outright prohibition of a merger in one of the notified jurisdictions”¹³.

This development promoted by the most important international institutions and scholars has led to a disconnected system, in the words of Professor Damien Geradin, it created a “decentralized globalization”, which can be described as the “result of the concomitant failure of nations or international organizations to develop a global antitrust law regime and the decision of many nations to adopt their own antitrust laws”¹⁴.

Inspired by the work of Professor Geradin, this paper proposes to discuss the “Perils of Antitrust Proliferation”, specifically, the effects of the so-called decentralized globalization in the field of the merger control¹⁵. Therefore, the central objective is to deepen his analysis in order to answer the following questions: (i) which are the problems related to the existence of several merger control regimes over the world and which are the most relevant procedural and material differences among them and (ii) what are the possible solutions for this problem?

The argument this paper presents is that even if it is possible to argue that such decentralization of antitrust laws may produce positive outcomes for investigations of anticompetitive conducts – as in the case of cartels and abuse of dominant position – in cases of merger control review the ultimate results are not positive: they increase “costs of doing business” to the involved parties and also the “risk of contradictory decisions”¹⁶⁻¹⁷. Thus, after presenting the already proposed solutions to

¹³ *Id.*, p.2

¹⁴ See GERADIN, Damien, *The Perils of Antitrust Proliferation: The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behavior*. Chicago Journal of International Law, Chicago. 2009. p.3

¹⁵ Despite of stressing the outcomes regarding different decisions, as demonstrated in the next sections, Damien Geradin does not focus its work on merger control issues. Therefore, its conclusions may differ from the hereby presented.

¹⁶ See GERADIN, Damien, *The Perils of Antitrust Proliferation: The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behavior*. Chicago Journal of International Law, Chicago. 2009. p. 3

¹⁷ “The procedure-related concerns that affect the international system can increase transaction costs. There are over seventy antitrust regimes with merger control. Lack of transparency, significant (sometimes contradictory) variation, and unnecessary delay can create substantial problems.” (SOKOL, D. Daniel. *International Antitrust Institutions*. In: GUZMAN, Andrew T. (Ed.) *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. Oxford University Press, 2011. p. 190)

the problem of cross-border merger analysis (*i.e.*, the creation of a supranational global antitrust authority, a multi-level system, the harmonization of national antitrust laws and authorities and even the abolition of extraterritorial mergers control), this paper proposes a new alternative, which focuses on a case-by-case multilateral coordination among antitrust authorities.

It is important to highlight that this paper focuses solely on merger review issues arising from the spread of antitrust systems owing to the two main reasons as follows. The first, as previously mentioned the issue of international anticompetitive issues, as pointed out by Professor Geradin, is already addressed by competition authorities to some extent whenever they do not investigate export cartels¹⁸. The second, because collusive and unilateral conducts do have a higher harm potential (since these are considered crimes in some jurisdictions) and, therefore, any proposal to coordinate anything in this field would require a higher level of sovereignty loss.

The paper is divided in two parts. The first part focuses on the description of the problem, which is the relationship between economic globalization and the development of domestic merger review systems, which results in the so-called “decentralized globalization” and the outcomes of the identified problem, which are the multi-jurisdictional merger filings costs and the risks of different outcomes by the different authorities’ assessments. The second part analyzes the proposed solutions to the problem, focusing solely on merger control issues, and presents the contribution of this paper, which is a new form of cooperation among antitrust authorities.

2. GLOBALIZATION AND MERGER CONTROL: ORIGIN AND OUTCOMES

2.1 Attempts for establishing an International Antitrust System

The idea of establishing a centralized worldwide antitrust system is not recent. According to Anestis Papadopoulos, “[t]he history of the attempts to adopt a multilateral agreement on competition law goes back to

¹⁸ See GERADIN, Damien, *The Perils of Antitrust Proliferation: The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behavior*. Chicago Journal of International Law, Chicago. 2009.

1925 when the first international competition code was proposed in a study conducted under the aegis of the League of Nations”¹⁹. In 1947, the Havana Charter of the International Trade Organization was the first attempt for a unified and coherent system. However, it failed mostly because of objections from the USA²⁰. Furthermore, the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) did not originally contemplate antitrust rules. In 1950, the Economic and Social Council (ECOSOC) of the UN also tried to create international antitrust rules. In 1980, developing countries adopted a “Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices”²¹. In 1996 a Working Group at the Singapore WTO Ministerial Meeting was created to discuss the interaction between trade and competition law. Those efforts resulted in several discussions and recommendations at an infra-legal level²². So far, none of the mentioned efforts resulted in a cohesive worldwide merger control system.

Other worldwide relevant matters, however, were successfully ruled. This is the case of Uruguay’s round negotiations which led to the adoption of regulations on Intellectual Property rights (TRIPs) and international investments (TRIMs).

¹⁹ See PAPADOPOULOS, Anestis S. *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*. Cambridge University Press, 2010. p. 205

²⁰ “The US State Department viewed the Havana Charter as a threat to stricter US competition laws, while the US Congress viewed it as an unwarranted threat to US economic hegemony and domestic political sovereignty in the post-war era” (TAYLOR, Martyn D. *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?* Cambridge University Press, 2006. p. 153). On this issue, see also HOLMES, Peter. *Trade, Competition and the WTO*. In: HOEKMAN, Bernard, MATTOO, Aaditya, ENGLISH, Philip. *Development, Trade, and the WTO*. The World Bank. 2002.

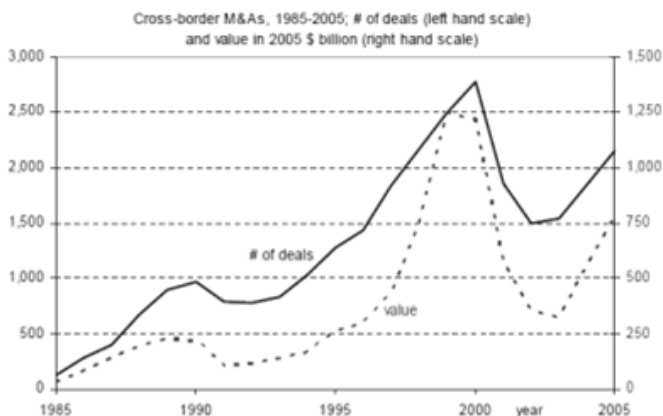
²¹ See GERADIN, Damien, *The Perils of Antitrust Proliferation: The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behavior*. *Chicago Journal of International Law*, Chicago. 2009. p. 5

²² David Gerber identified two main obstacles for the inclusion of competition law in the WTO: “(i) a perceived lack of ‘community’ in the norms and operations of the WTO and (ii) uncertainty about the form and potential consequences of the competition law that might be introduced”. According to this author, “[t]he inclusion of competition law as an effective part of the WTO is likely to require that substantial progress be made in eliminating both obstacles” (GERBER, David J. *Competition Law and the WTO: Rethinking the Relationship* *Journal of International Economic Law* 10.3. 2007).

2.2. Growth of M&A Transactions as a result of economic Globalization

The expansion of entrepreneurial activities around the globe as a result of globalization has imposed the diversification of activities to companies. Bearing this in mind, there are two main possibilities whereby companies may set a foothold in foreign market: by Greenfield projects (*i.e.*, projects developed from scratch) or the acquisition of already-established enterprises in the target country. Considering the uncertainty and inexperience in the target country, Merger & Acquisitions (“M&A”) transactions have been a more suitable strategy to transnational companies.

As a natural consequence of the globalization process, there has been a significant increase in the number of cross-border M&A transactions over the last decades. M&A transactions at the end of 20th Century data evidences this transformation:



Source: BRAKMAN, Steven, GARRETSEN, Harry, VAN MARREWIJK, Charles. Cross-Border Mergers and Acquisitions: The Facts as a Guide for International Economics (October 2006).

For instance, whereas all M&A transactions represented only 0.3% of the worldwide GDP in 1980, in 1999, this amount jumped to 8%. From 1985 to 2005, cross-border M&A transactions represented a substantial amount of transactions: 10.6% in USA, 29.9% in the UK, 33.5% in continental Europe, 52.6% in Japan, 30% in Australia, New

Zealand and Canada, and 28.5% in the rest of the world²³. From 1988 to 2008, there was an 8.9% yearly average growth of cross-border transactions²⁴.

Because of the increasing number of cross-border M&A transactions, competition law has also felt the consequences. According to Ana Maria de Oliveira Nusdeo, the globalization process imposes the adoption of liberalizing measures by the countries willing to be part of this worldwide market and, as a consequence, competition law has gained terrain²⁵.

2.3. High costs involved in Cross-border Merger Cases

Since 1945, after the adoption of the “effects doctrine” in the Alcoa case by the US courts²⁶, antitrust laws developed the so-called extraterritorial application of competition rules. According to William Kovacic, this extraterritorial concept was also included in most of the merger control regimes²⁷, resulting in a substantial increase of complying costs²⁸.

²³ See BRAKMAN, Steven, GARRETSEN, Harry, VAN MARREWIJK, Charles. *Cross-Border Mergers and Acquisitions: The Facts as a Guide for International Economics* (October 2006). CESifo Working Paper Series No. 1823. P. 7-8

²⁴ See MAKAEW, Tanakorn. *The Dynamics of International Mergers and Acquisitions*. January 15, 2010. p. 39.

²⁵ See NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. Malheiros Editores: 2002, São Paulo. p. 139-140

²⁶ See PAPADOPOULOS, Anestis S. *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*. Cambridge University Press, 2010. p. 67

²⁷ For instance, the Brazilian Competition Law rules the extraterritorial application of the Law in its Article 2: “Art. 2. This Law applies, without prejudice to the conventions and treaties of which Brazil is a signatory, to practices performed, in full or in part, on the national territory, or that produce or may produce effects thereon. “

²⁸ “The growth in the number of competition laws and the broad acceptance of EU and U.S. concepts of extraterritoriality have major implications for cross-border commerce. One consequence is an increase in the cost of complying with requirements for report mergers. Firms active in global commerce may be required to notify dozens of jurisdictions. This phenomenon has raised the question of whether valid competition policy goals might be achieved at lower cost through acceptance of common notification procedures.” (KOVACIC, William E. *Extraterritoriality, Institutions, and Convergence in International Competition Policy*. p. 3. Available at:

As pointed out by Professor Geradin, there are two main concerns related to the decentralized globalization of antitrust: the costs of several notifications and the risks of different outcomes. The main problems faced by this internationalization of antitrust are: (i) different methods and procedures, (ii) increase in the cost of litigation, (iii) contradictory decisions, and (iv) protectionist motives²⁹. Especially regarding merger control, the main issues are the different methods and procedures – which result in higher costs, and contradictory decisions.

Firstly, regarding the costs, according to research conducted by PriceWaterhouseCoopers (“PWC”), transnational companies incur in high expenses for the submission of multi-jurisdictional merger cases. In a survey encompassing 62 cross-border transactions, 382 merger filings were submitted, which means an average of six filings per transaction. The majority of notifications were filed in the US (40 filings), EU (32), Brazil (31), Germany (29), Canada (20), UK (16), Poland (16) and Austria (15).³⁰

For this analysis of the costs, the survey took into account three variables: duration, external and internal costs³¹ and third-party costs. The average duration of the analyzed transactions were seven months, being the longest average in Brazil³² (11.9 months) and the shortest Germany and Mexico (3 months). Regarding the external costs (*i.e.*, costs with legal

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/303671/031210kova_cic.pdf

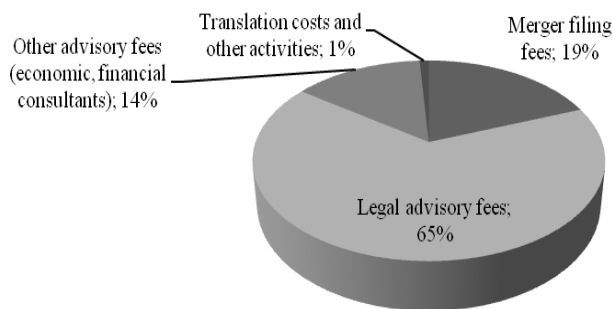
²⁹ See GERADIN, Damien, *The Perils of Antitrust Proliferation: The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behavior*. Chicago Journal of International Law, Chicago. 2009. p. 11.

³⁰ See PRICEWATERHOUSECOOPERTS LLP. *Tax on mergers? Surveying the time and costs to business off multi-jurisdictional merger reviews*. 2003. p. 15

³¹ External an internal costs were defined as “External costs are defined as costs for work done by advisors (legal advisors, PR advisors, economic advisors), as well as merger filing fees and translation costs. Internal costs include management time, travel expenses and sundry overhead charges, although the majority of respondents were only able to provide this information by number of person weeks. As we were only able to collect internal costs (in terms of person weeks), it was not possible to calculate total costs for the transactions in our sample.” (PRICEWATERHOUSECOOPERTS LLP. *Tax on mergers? Surveying the time and costs to business off multi-jurisdictional merger reviews*. 2003. p. 20)

³² One must consider, however, the recent reform of the Brazilian merger control regime, which reduced drastically the duration of the review process.

and economic advisors, as well as filing fees³³), in spite of the great variation – ranging from EUR 100 thousand to more than EUR 10 million – the EUR 3.28 million per transaction average shows how relevant those costs were. They can be divided as follows:



Source: Author’s elaboration based on PWC research figures.

Internal costs were also very representative: the respondents indicated an average number of 81 person weeks per transaction³⁴.

As a result from both external and internal costs, the survey estimated an average cost of EUR 2.18 million per transaction, and EUR 584 thousand per filing³⁵, as the chart below demonstrates³⁶:

	Average costs per transaction		Average costs per filing	
	Cost (EUR thousand)	%	Cost (EUR thousand)	%
External Costs	1,861	85%	492	84%
Internal Costs	326	15%	92	16%
Estimated total costs	2,187	100%	584	100%

Source: PRICEWATERHOUSECOOPERTS LLP. *Tax on mergers? Surveying the time and costs to business off multi-jurisdictional merger reviews*. 2003p.24

³³ Especially regarding filing fees, in 2005 the ICN published a thorough report. See: INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Merger Notification Filing Fees*. 2005.

³⁴ See PRICEWATERHOUSECOOPERTS LLP. *Tax on mergers? Surveying the time and costs to business off multi-jurisdictional merger reviews*. 2003. p. 21

³⁵ These numbers represent the average of the responding transactions, which reduced substantially after the consultation regarding internal costs.

³⁶ *Id.* p. 22

It is important to highlight, however, that those numbers may have substantially changed after 2003, since many new jurisdictions adopted merger review systems. China and India are important examples of this recent development as mentioned above. The extremely high costs described above are the result of several discrepancies in procedures and methods among merger review systems.

2.4. Different outcomes in Cross-border Merger Cases

The second major problem is the possibility of different outcomes from a single transaction. In the words of professor Geradin, the issue is related to the problem of the “strictest regime wins”³⁷.

There are two especially critical situations in which different decisions may affect a specific cross-border transaction. First, when one authority approves and other authority rejects a transaction. This occurred in the GE/Honeywell merger case, in which the US authorities cleared the transaction, while the EU Competition Commission blocked it³⁸. The second situation is when more than one authority imposes remedies for the clearance of transactions, but those remedies conflict among themselves.

In this regard, it is important to point out that many antitrust authorities do not allow the companies to “carve-out” those countries where the authority has not approved the transaction or has imposed remedies, as it is in the case of the Brazilian antitrust authority.

3. POSSIBLE SOLUTIONS: FROM SUPRANATIONALITY TO A NEW SOLUTION

In the last years, there has been increasing cooperation among competition authorities. This has been recently identified by OECD³⁹.

³⁷ See GERADIN, Damien, *The Perils of Antitrust Proliferation: The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behavior*. Chicago Journal of International Law, Chicago. 2009. p. 12

³⁸ See PATTERSON, Donna; SHAPIRO, Carl. *Transatlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons*. ANTITRUST, Fall 2001,

³⁹ OECD. *Policy Roundtables – Remedies in Cross-Border Merger Cases* (2013);

Saskia Sassen identifies this cooperation as a trend among specialized government agencies over the world⁴⁰.

Over the last decade, several scholars have proposed different solutions for the problem of the decentralized globalization. However, none of the efforts resulted in a cohesive merger control system⁴¹. One of the main reasons is that merger policy is strongly related to industrial policy and, therefore, countries have rejected the possible loss of sovereignty⁴² that is part of the main proposals so far. Furthermore, as pointed out by Jörg Terhechte, there are many differences between authorities that must be taken into account for the designing of a possible solution, like financial and personal resources, composition at the decisional level, independence, accountability⁴³

Following, the four most important proposals to solve this problem and reasons why they have not been adopted yet are presented.

⁴⁰ See SASSEN, Saskia. *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages*, Princeton, Princeton University Press, 200. p. 105-106

⁴¹ “For transactions that are cross-border and especially global, there is a case to be made for a single rule of law or framework for the law — adopted multilaterally — all other things being equal. There is a credible argument that one substantive standard should govern global mergers. The United States has strongly opposed this idea when proposed in the context of multilateral agreement. Its officials have argued that nations have different standards and that there is not one standard fit for or accepted by all. If there is not an appropriate single standard achievable through a multilateral regime, then can there be an appropriate single standard to be achieved through cajoled convergence?” (FOX, Eleanor M. *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks*. In: GUZMAN, Andrew T. (Ed.) *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. Oxford University Press, 2011. p. 268)

⁴² “Because merger policy is usually closely linked to industrial policy, nowadays most countries are not ready to relinquish part of their sovereign rights in this area in order to support some sort of international merger policy, negotiated and implemented at a multilateral level. Therefore, absolutely no agreement on substantive rules to tackle mergers, not even in the form of «rule of reason» guidelines, seems to be foreseeable at international level in the near future”. (MONTINI, Massimiliano. *Globalization and International Antitrust Cooperation*. International Conference Trade and Competition in the WTO and Beyond. 1999. p. 18 Available at: <http://www.feem.it/userfiles/attach/Publication/NDL1999/NDL1999-069.pdf>)

⁴³ See TERHECHTE, Jörg Philipp. *International Competition Enforcement Law: Between Cooperation and Convergence – Mapping a New Field for Global Administrative Law*. The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy. Working Paper CCLP (L) 26.

Finally, a new solution which would address most of the concerns hereby described is proposed.

3.1. Supranational Agency

One of the most controversial and complex solutions is the creation of an international supranational agency that would be responsible for the assessment of cross-border transactions⁴⁴. This agency would be probably organized by an international organization like WTO⁴⁵⁻⁴⁶. However, this proposal has suffered much criticism. Professor Geradin suggests that a unified global regime regulating antitrust matters would neither be politically feasible nor desirable. As an alternative, he suggests that the EU and the US – as “the most widely respected and influential regulators in the world”, which are also the host countries of the most exposed corporations – should take the lead on the possible solutions⁴⁷.

Furthermore, the most respected jurisdictions are also totally against this solution. As Alexandr Svetlicinii mentions, the US representatives already expressed their disagreement regarding an international supranational agency.⁴⁸ Besides, professor Geradin points

⁴⁴ See SINGH, Poonam, *Supranational Agency: A Solution for Conflict in International Mergers?* (January 2, 2008). p. 23

⁴⁵ See SVETLICINII, Alexandr, *EU-US Merger Control Cooperation: A Model for the International Antitrust?* Legal Life: Journal for Legal Theory and Practice of the Jurists Association of Serbia, 2006, Vol. 11, No. III, pp. 113-126, 2006. p. 2.

⁴⁶ According to Poonam Singh, “despite of the imperfections in WTO, it still remains the best available platform to ensure compliance in international merger policy as it has universal representation” (SINGH, Poonam, *Supranational Agency: A Solution for Conflict in International Mergers?* January 2, 2008. p. 25)

⁴⁷ See GERADIN, Damien, *The Perils of Antitrust Proliferation: The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behaviour*. Chicago Journal of International Law, Chicago. 2009. p. 16

⁴⁸ According to the US DOJ Assistant Attorney General: “almost no one in the US, and very few people elsewhere, believe that this is the time for a global antitrust authority within the WTO or elsewhere. When half of the world’s antitrust agencies are only ten years young or less, and there is still much discrepancy between agencies on antitrust enforcement principles, we believe that a forced path to uniformity would result in enforcement at the level of the lowest common denominator.” Facing the Challenge of globalization: Coordination and Cooperation between Antitrust Enforcement Agencies of the U.S. and E.U., Remarks by Makan Delrahm, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice *apud* SVETLICINII, Alexandr, *EU-US Merger Control Cooperation: A Model for the*

out two main reasons why a global competition law regime has not been established yet. His first argument addresses the absence of negative externalities in the multiple enforcement of antitrust laws, mentioning the example of export cartels and the exemptions that many jurisdictions have. His second argument relates to the “race to the bottom”, which would lead to a competitive deregulation, and the fact that antitrust laws do not focus on the domestic presence of companies, but rather the effects of companies’ activities in the domestic market. According to him, the absence of negative externalities and a race to the bottom are absent in the antitrust field⁴⁹.

This difficulty of creating a “hard law system”, was described by Claire Cutler well, who stated that “[...]‘hard law’ reduces transaction costs and strengthens the credibility of commitments, it restricts sovereignty and autonomy and is thus harder to achieve, and initially, very costly to negotiate”⁵⁰.

As a result, this solution raises concerns related to the loss of sovereignty and the refusal from the most relevant jurisdictions make this an impossible alternative.

3.2. Harmonization through “Soft Law”

The harmonization through “soft law” seems to be the most acceptable way to promote an at least coherent worldwide merger system⁵¹. Responding to this issue, Claire Cuttler states that “soft law, in

International Antitrust? Legal Life: Journal for Legal Theory and Practice of the Jurists Association of Serbia, 2006, Vol. 11, No. III, pp. 113-126, 2006

⁴⁹ See GERADIN, Damien, *The Perils of Antitrust Proliferation: The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behavior*. Chicago Journal of International Law, Chicago. 2009. p. 7-8

⁵⁰ See CUTLER, A. Claire. *Private power and global authority - transnational merchant law in the global political economy*, Cambridge, Cambridge, 2003. p. 23

⁵¹ According to Daniel Sokol, “Soft law is an institutional choice for domestic-level agency implementation over hard law’s international adjudication. This choice may involve information costs and decisions about which institutions are more likely to have better information. Soft law uses benchmarking of general practices”. The author also describes each of the main international antitrust institutions that promote soft law solutions. (SOKOL, D. Daniel. *International Antitrust Institutions*. In: GUZMAN, Andrew T. (Ed.) *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. Oxford University Press, 2011. p. 194).

contrast, is cheaper and easier to achieve, but is easier to breach with impunity”⁵².

Considering the international aspect of antitrust laws, there are several organizations that promote convergence⁵³ and harmonization among domestic antitrust regulations. Most relevant examples are the ICN and the OECD. There are also private organizations that foster the development of antitrust rules, as the American Bar Association (“ABA”), the Fordham Corporate Law Institute,⁵⁴ the American Antitrust Institute, the CUTS Center for Competition, Investment & Economic Regulation, and the Institute for Consumer Antitrust Studies.

According to Alexandr Svetlicinii, the proposed recommendations from ICN are commonly adopted by the participating authorities (the participating member are the authorities, not the countries’ governments)⁵⁵. The author indicates that a 2004 ICN Report indicated that the recommendations of ICN’s working groups were adopted by 90% of the involved jurisdictions. Simon Evenett and Alexander Hijzen identified several characteristics of countries and authorities that may shape the susceptibility of conformity of national merger control regimes with ICN recommendations⁵⁶

However, even though such a harmonization could be a good alternative to the problem of different outcomes from the different authorities’ assessment, it does not address the criticism regarding different procedural issues and the costs involved in multi-jurisdictional transactions⁵⁷. This is so because, even if the authorities adopted same

⁵² See CUTLER, A. Claire. *Private power and global authority - transnational merchant law in the global political economy*, Cambridge, Cambridge, 2003. p. 23

⁵³ Thomas Cheng provides a systematic analysis of the convergence of competition laws through various levels and mechanisms. See CHENG, Thomas K. *Convergence and Its Discontents: A Reconsideration of the Merits of Convergence of Global Competition Law*. Chicago Journal of International Law 12.2 (2012): 433-490.

⁵⁴ See SVETLICINII, Alexandr, *EU-US Merger Control Cooperation: A Model for the International Antitrust?* Legal Life: Journal for Legal Theory and Practice of the Jurists Association of Serbia, 2006, Vol. 11, No. III, pp. 113-126, 2006. p. 5

⁵⁵ *Id.*, p. 3.

⁵⁶ See EVENETT, Simon J.; HIJZEN, Alexander. *Conformity with International Recommendations on Merger Reviews: An Economic Perspective on "Soft Law"*.

⁵⁷ For instance, Julie Clarke proposes six practices that would “alleviate the cost of multi-jurisdictional merger review for parties and regulators and other parties to whom the cost is passed on.” They are: (1) Common form for initial (stage 1)

criteria, methodology and standards of analysis, the involved parties would still need to file the transaction in each of the applicable jurisdictions. Therefore, costs related to filing fees, external expenses with lawyers and economists in each country and the amount of information needed to each authority would probably not be reduced.

3.3. Bilateral Agreements

Considering the already mentioned international aspect of antitrust laws, besides several organizations that promote convergence and harmonization among domestic antitrust regulations, the bilateral relation among competition authorities also plays a fundamental role in this process. According to Alexandr Svetlicinii, despite the customization for the relation between two countries, bilateral agreements foster international acceptance of basic antitrust policies, as it is the case of the 1991 EU-US Agreement⁵⁸⁻⁵⁹. As a result, the author understands that “bilateral interagency cooperation arrangements remain the only

notification; (2) Binding agreement on thresholds for notification (a) Initial thresholds, (b) Additional nexus requirements for foreign-to-foreign mergers; (3) A binding agreement on timeframe for filing mergers; (4) Best practices agreement on timeframe for reviewing mergers; (5) Best practices agreement on transparency in merger review; (6) Best practices agreement on the facilitation of co-operation between Member States where notified multi-jurisdictional mergers raise competition concerns. (See CLARKE, Julie. Multi-Jurisdictional Merger Review Procedures – A Better Way. In: 14 (2) Trade Practices Law Journal. 2006. p. 22)

⁵⁸ See SVETLICINII, Alexandr, *EU-US Merger Control Cooperation: A Model for the International Antitrust?* Legal Life: Journal for Legal Theory and Practice of the Jurists Association of Serbia, 2006, Vol. 11, No. III, pp. 113-126, 2006. p. 2.

⁵⁹ According to Geradin, Reysen and Henry, “[i]n the field of merger review in particular, the EU and United States have set up a Merger Working Group, the principal objective of which is to enhance transatlantic cooperation in the control of global mergers. Within the framework of that working group, a set of best practices on cooperation in reviewing mergers that require approval in both the EU and United States was agreed upon. The best practices address issues pertaining to, inter alia, coordination on timing and consistency in the imposition of remedies” (GERADIN, Damien, REYSEN, Marc, HENRYM David. Extraterritoriality, Comity and Cooperation in the EU Competition Law. In: GUZMAN, Andrew T. (ed) *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. Oxford University Press, 2011. p. 39).

functioning option that has proven its efficiency to a certain degree”⁶⁰. Since this kind of relation would be convenient and less binding, it ends up being not so authoritative.

Finally, the author also mentions that the EU-US cooperation has also developed procedural mechanisms in order to partially jointly review cross-border transactions. According to him, EU and US officials are working together and communicating through joint meetings⁶¹.

This solution addresses both concerns related to costs and outcomes. However, it is limited to a two-country (or region) relation, as the EU-US arrangement demonstrates. As previously mentioned, however, cross-border transactions are commonly submitted to several jurisdictions at the same time – an average of six filings. In this case, the proposed bilateral solution would not completely address the core of the problem.

3.4. Multilevel System

According to Oliver Budzinski, the best suitable solution to the presented problem would be a multilevel system, “neither a purely decentralized solution (national competition regimes), nor a strongly centralized solution (domination of global rules and authorities)”⁶². This solution would involve “the creation of supranational competition policy competences can realistically merely complement the further on existing national and supranational (e.g. common European Union competition policy) regimes”⁶³.

In other words, Oliver Budzinski proposed a multilevel system, which may be described as the correlation among several systems, including “a multitude of interrelated institutions and organizations”⁶⁴. This would have as basic principles the nondiscrimination rule and the mandatory lead jurisdiction model.

⁶⁰ See SVETLICINII, Alexandr, *EU-US Merger Control Cooperation: A Model for the International Antitrust?* Legal Life: Journal for Legal Theory and Practice of the Jurists Association of Serbia, 2006, Vol. 11, No. III, pp. 113-126, 2006. p. 9

⁶¹ *Id.*, p. 10

⁶² See BUDZINSKI, Oliver, *An International Multilevel Competition Policy System*. p.1

⁶³ *Id.*, p. 1

⁶⁴ *Id.*, p. 2

Therefore, the model would consist of (i) a global level, (ii) a supranational level (*i.e.*, international competition policy regimes, like the EU), and (iii) the nationwide level, which means the authorities themselves. There are some cases where a fourth level would be applicable, in subnational regimes (*e.g.*, German and US subnational competition policies regimes)⁶⁵. This system could be summarized as the coexistence of competition institutions and policies, which would be interrelated by regimes designed to work across the levels, “including court systems, government administration systems, independent administration systems, elements of private litigation, and all kinds of mixed types”⁶⁶.

Despite of being creative, this model seems to have similar problems of the supranational agency, which are the coordination among all jurisdictions and the refusal of the sovereignty loss at the last level. Furthermore, the author does not clarify how costs and procedural issues – maybe the most important issues to be addressed – that would be defined in this model.

3.5. The proposed solution: A case-by-case cooperation among Authorities

As seen above, none of the proposed solutions is able to thoroughly address both costs, procedural issues and different outcome problems described in this paper. On the one hand, the difficulties to establish a unified supranational authority faces the problem of loss of sovereignty, and on the other hand, the partiality of bilateral agreements and soft law make the proposed solutions insufficient in the current antitrust development scenario. Therefore, a more suitable solution for the “decentralized globalization” should involve the maintenance of the countries’ sovereignty and the freedom for the authorities to participate in this process: a case-by-case cooperation among authorities.

In this model, there would be no need for an ex-ante multilateral agreement among the authorities, since it would be defined on a case-by-case basis. The involved authorities (*i.e.*, authorities of the countries affected by the transaction according to the effects doctrine) would jointly analyze cross-border transactions but without strict

⁶⁵ *Id.*, p.4-5

⁶⁶ *Id.*, p.6-7

bindingness, and thus, leaving it possible an individual (traditional) assessment.

In this case, the involved authorities would sign a commitment whereby they would delegate case handlers in order to form an international group (“Comission”) – similar to an arbitral tribunal⁶⁷ - which would be comprised of members of all authorities of the countries affected by the transaction. Applying the notion of “*enhanced comity*”, “the state whose competition regime is best equipped to enforce any sanctions or remedies” would lead this commission⁶⁸. Taking into account different internal procedures among the authorities, each one would determine the selection procedural for the case-handler in charge of the transaction. This person would be responsible for the thorough assessment of the transaction and the negotiation of remedies inside their institutions.

Once established, the Commission would also jointly define procedural issues (*i.e.*, forms, deadlines, fees) and information required for the case assessment. Finally, the Commission would be in charge of discussing the assessment (*i.e.*, definition of relevant markets, methodology and eventual remedies). Eventual disagreements would be discussed by the Commission and the divergent authority is able to issue a dissent decision, applying or not its own restrictions.

On the authorities’ perspective, and taking into account the already mentioned solutions (*i.e.*, supranational agency, harmonization through soft law, bilateral agreements and multilevel system), this new alternative would possibly be more acceptable, since it would not require loss of sovereignty or impose substantial transaction costs to the authorities, like bilateral agreements or other costly adjustments. It would

⁶⁷ Indeed, arbitration is not completely new for competition authorities. The European and the Brazilian authorities have been adopting for the review of remedies imposed to transactions.

⁶⁸ “For this reason, a number of commentators have suggested that the concept of enhanced comity may provide a useful basis for allocating jurisdiction. According to the principle of enhanced comity, jurisdiction should be allocated to the state whose competition regime is best equipped to enforce any sanctions or remedies. To date, however, the notion of enhanced comity has not been built into any international competition law institutions. The ICN has largely avoided this issue and it is doubtful that competence allocation is an appropriate topic for the ICN.” (SWEENEY, Brendan. *International Competition Law and Policy: A Work in Progress*. 10 Melbourne J. Int’l L, 58, 68. 2009.)

work as a sort of regulatory dualism in this international antitrust field⁶⁹, leaving it open to each authority (and every case) its adoption, depending on strategic and internal policy issues.

Naturally, this proposed solution may be subject of criticism and further development. For instance, there are some concerns that would need to be addressed even before the signing of such commitment (*e.g.*, the timeline for the signing of the commitment and for the analysis, as well as filing fees). Furthermore, this solution would not exempt the parties from the costs related to the filings, but it would drastically reduce internal and external costs, since there would be a centralization of information. Besides, even if one or two authorities do not engage in the Commission, the simple unification of two analysis into one would be already positive for both the involved parties, as well as the authorities.

4. CONCLUSIONS

This paper has tried to demonstrate the recent development of antitrust merger review systems around the globe and the difficulties related to the coexistence of several regimes applicable to a single transaction. Besides the high costs companies must bear, there is also the risk of divergent outcomes from the authorities' assessment. Mostly of the risks related to different outcomes are being addressed by "soft law" initiatives, however, most of the problems of the majority of cross-border transactions are procedural issues that imply significant costs. Those problems have not been covered yet.

Legal literature has proposed several possible solutions to this problem, however most of them are either impossible to be applied or the outcomes are not the most desirable. Main reasons rely on the possible loss of sovereignty and the impossibility to solve procedural issues.

The proposed solution, *i.e.*, a case-by-case cooperation among authorities, tackles both the presented problems of, on one hand, the loss of sovereignty, and on the other hand, high costs and different outcomes. This solution seems to be more feasible, since it does not depend on a strict binding agreement among authorities through a specific international agreement. It is only in a case-by-case situation. Naturally, the proposed

⁶⁹ See GILSON, Ronald J., HANSMANN, Henry, PARGENDLER, Mariana, *Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the U.S., and the EU*. 2010.

system would need to be tested according to each jurisdiction's regulation, but recent adoptions of arbitration in merger cases in the EU and Brazil seem to be relevant evidence of the possible success of the proposal.

5. BIBLIOGRAPHY

BRAKMAN, Steven, GARRETSEN, Harry, VAN MARREWIK, Charles. *Cross-Border Mergers and Acquisitions: The Facts as a Guide for International Economics* (October 2006). CESifo Working Paper Series No. 1823. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=940348>>.

BUDZINSKI, Oliver, *An International Multilevel Competition Policy System*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=927710> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.927710>

CHENG, Thomas K.. *Convergence and Its Discontents: A Reconsideration of the Merits of Convergence of Global Competition Law*. *Chicago Journal of International Law* 12.2 (2012): 433-490. Available at: http://works.bepress.com/thomas_cheng1/7

CLARKE, Julie. *Multi-Jurisdictional Merger Review Procedures – A Better Way*. In: 14 (2) *Trade Practices Law Journal*. p. 90 – 109. 2006. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1445267>

CUTLER, A. Claire. *Private power and global authority - transnational merchant law in the global political economy*, Cambridge, Cambridge, 2003.

EVENETT, Simon J.; HIJZEN, Alexander. *Conformity with International Recommendations on Merger Reviews: An Economic Perspective on "Soft Law"*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=893034>.

FOX, Eleanor M. *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks*. In: GUZMAN, Andrew T. (Ed.) *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. Oxford University Press, 2011.\

FOX, Eleanor M., GAL, Michal. *Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience*, in *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 374, 2014.

GERADIN, Damien, REYSEN, Marc, HENRYM David.

Extraterritoriality, Comity and Cooperation in the EU Competition Law. In: GUZMAN, Andrew T. (Ed.) *Cooperation, Comity, and Competition Policy.* Oxford University Press, 2011.

GERADIN, Damien, *The Perils of Antitrust Proliferation: The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behaviour.* Chicago Journal of International Law, Chicago. 2009. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1327688>.

GERBER, David J. *Competition Law and the WTO: Rethinking the Relationship.* Journal of International Economic Law 10.3 (2007). Available at: http://works.bepress.com/david_gerber/76

GILSON, Ronald J., HANSMANN, Henry, PARGENDLER, Mariana, *Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the U.S., and the EU* (March 1, 2010). Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 390; Columbia Law and Economics Working Paper No. 368; Yale Law & Economics Research Paper No. 399; ECGI - Law Working Paper No. 149/2010; Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No. 80. Available: <http://ssrn.com/abstract=1541226> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1541226>

HOLMES, Peter. *Trade, Competition and the WTO.* In: HOEKMAN, Bernard, MATTOO, Aaditya, ENGLISH, Philip. *Development, Trade, and the WTO.* The World Bank. 2002. Available at: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/08/19/000160016_20040819140633/Rendered/PDF/297990018213149971x.pdf

HORN, Henrik; LEVINSOHN, James. *Merger Policies and Trade Liberalization.* In: NBER Working Paper No. 6077. National Bureau of Economic Research. 1997. Available at: <http://ssrn.com/abstract=226484>

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Merger Notification Filing Fees.* 2005. Available at: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc331.pdf>

KOVACIC, William E. *Extraterritoriality, Institutions, and Convergence in International Competition Policy.* Available at: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/303671/031210kovacic.pdf.

MAKAEW, Tanakorn. *The Dynamics of International Mergers and Acquisitions*. January 15, 2010. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1572005>.

MONTINI, Massimiliano. *Globalization and International Antitrust Cooperation*. International Conference Trade and Competition in the WTO and Beyond. 1999. Available at: <http://www.feem.it/userfiles/attach/Publication/NDL1999/NDL1999-069.pdf>

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. Malheiros Editores: 2002, São Paulo.

OECD. *Policy Roundtables: Remedies in Cross-Border Merger Cases*, 2013. Available at: http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf

PAPADOPOULOS, Anestis S. *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*. Cambridge University Press, 2010.

PATTERSON, Donna; SHAPIRO, Carl. Transatlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons. ANTITRUST, Fall 2001, Available at: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/divergence.pdf>

PETERSEN, Niels, *Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic Growth*. MPI Collective Goods Preprint, No. 2011/3. 2011. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1750144>.

PRICEWATERHOUSECOOPERTS LLP. *Tax on mergers? Surveying the time and costs to business off multi-jurisdictional merger reviews*. 2003. Available at: http://www.globalcompetitionforum.org/PWC_Merger_Cost_Study_Report_Final_2003_Jun.pdf

SASSEN, Saskia. *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages*, Princeton, Princeton University Press, 2006

SINGH, Poonam, *Supranational Agency: A Solution for Conflict in International Mergers?* January 2, 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1094568>

SOKOL, D. Daniel. *International Antitrust Institutions*. In: GUZMAN, Andrew T. (Ed.) *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. Oxford University Press, 2011.

SVETLICINII, Alexandr, *Competitiveness and Competition: International Merger Control from the Business Prospective*. Economic Integration, Competition and Cooperation, 6th International Conference, Opatija, April 19-20, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1311069> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1311069>

SVETLICINII, Alexandr, *EU-US Merger Control Cooperation: A Model for the International Antitrust?* Legal Life: Journal for Legal Theory and Practice of the Jurists Association of Serbia, 2006, Vol. 11, No. III, pp. 113-126, 2006. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1325695>

SWEENEY, Brendan. *International Competition Law and Policy: A Work in Progress*. 10 Melbourne J. Int'l L, 58, 68. 2009. Available at: <https://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/download192d1.pdf>

TAYLOR, Martyn D. *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?* Cambridge University Press, 2006.

TERHECHTE. Jörg Philipp. *International Competition Enforcement Law: Between Cooperation and Convergence – Mapping a New Field for Global Administrative Law*. The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy. Working Paper CCLP (L) 26. Available at: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclp_1_26.pdf

TIMM, Luciano Benetti. *Jurisdiction, Cooperation, Comity and Competition Policy in Brazilian International Antitrust Law*. In: GUZMAN, Andrew T. (Ed.) *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. Oxford University Press, 2011.

A REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS CONCORRENCIAIS: DESAFIOS NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA¹

Gustavo Flausino Coelho²

Resumo: O presente trabalho tem como objeto analisar os desafios para a efetiva reparação civil por danos concorrenciais no Brasil, traçando um paralelo com a realidade nos Estados-membros da União Europeia e as medidas tomadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia por meio da Diretiva 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014.

Palavras-chave: ação de indenização; reparação civil; danos concorrenciais; *private enforcement*; direito antitruste.

Abstract: This study aims to analyze the challenges for effective antitrust damages actions in Brazil, drawing a parallel with the reality of the Member States of the European Union and the measures taken by European Parliament and the Council of the European Union in the Directive 2014/104/EU, of November 26, 2014.

Keywords: damages action; civil indemnification; compensation; damages for infringement of competition law; private enforcement; competition law.

1. INTRODUÇÃO

A livre concorrência é um princípio constitucional da ordem econômica brasileira e deve ser tutelado nos termos da lei (atualmente Lei nº 12.529/2011 – “Lei Antitruste”), conforme determina a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a fim de reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros³”.

¹ Menção honrosa no Prêmio IBRAC-TIM 2015 - Categoria estudantes de pós-graduação/profissionais.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (área de concentração Pensamento Jurídico e Relações Sociais - linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado.

³ Art. 173, § 4º, da Constituição Federal.

No Brasil, a política de defesa da concorrência passou a ter maior vigor a partir da promulgação da Lei nº 8.884/1994⁴ – que, não por acaso, coincidiu com diversas reformas na economia brasileira de caráter neoliberal⁵ e medidas para estabilização da moeda⁶. Durante a vigência da Lei nº 8.884/1994, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), criado pela Lei nº 4.137/1962, ganhou reputação, autonomia institucional e maior força política⁷.

⁴ Paula Forgioni debate acerca de leis anteriores à Lei nº 8.884/1994 que buscavam proteger a livre concorrência. Tais diplomas, no entanto, tiveram aplicação limitada. Cf. FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 84 e ss.

⁵ “No Brasil, a relação entre Estado e Mercado se estruturou sob o signo da complementariedade, em que o poder econômico concentrado não significou um limite às políticas macroeconômicas. A engenharia das políticas, quando não ajudava a estruturar esse poder, tomava-o como um dado da realidade sobre o qual a atuação do Estado poderia incidir principalmente na forma de ação econômica direta, via empresas estatais. Era essa a principal política industrial, voltada à dinâmica setorial das cadeias produtivas, ajudando a eliminar gargalos verticais. Nesse contexto, a intervenção microeconômica não visava, por meio da típica ação antitruste, fortalecer a racionalidade de livre mercado. A virada nesse processo começou a ocorrer na década de 1990, com a reestruturação patrimonial do Estado Brasileiro, identificada com o processo de privatizações e surgimento de agências de regulação. O discurso da retirada do Estado dá espaço para o surgimento da defesa da concorrência como fonte de intervenção estatal” (CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CARVALHO, Vinícius Marques de et. al. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 21).

⁶ “Após o fracasso dos Planos Collor I e II e a crise política que marcaram o começo do período, iniciou-se com o Plano Real, a partir de 1994, um processo de estabilização do valor da moeda” (YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 278).

⁷ Conforme relatório elaborado em 2010 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos sobre a política de defesa da concorrência no Brasil (ainda sob a vigência da Lei nº 8.884/1994), “[o] novo sistema de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência ganhou rapidamente reputação de profissionalismo e esforço, ao mesmo tempo em que suas decisões refletiam um novo entendimento da política e análise da concorrência” (ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS – OCDE. Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares. Paris, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2014). Segundo Forgioni, “a análise das decisões do CADE demonstra que, não obstante os equívocos e exageros naturais para uma agência que vem se consolidando, elevou-se a

A coletividade⁸ – titular do direito difuso da livre concorrência⁹ – possui atualmente as seguintes ferramentas para zelar por seu direito: (a) âmbito administrativo, por meio da destacada atuação do CADE¹⁰; (b) âmbito judicial civil, por meio de ações indenizatórias em via judicial ou arbitral¹¹; e (c) âmbito judicial criminal, por meio de sanções penais nos casos de condutas concertadas (i.e., cartel). Essas três ferramentas – independentes entre si quanto aos procedimentos e resultados¹² – formam o tripé sustentador da defesa da concorrência no Brasil¹³⁻¹⁴.

qualidade das análises empreendidas” (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 122).

⁸ “A coletividade costuma ser compreendida aqui por consumidor, sendo este, em última análise, o titular do direito da concorrência. (...) Poder-se-ia afirmar que a livre iniciativa é um direito de solidariedade que protege interesses coletivos. O presente dispositivo parece revelar de maneira expressa essa mesma compreensão. O CADE e os operadores da área do direito da concorrência em geral têm tido essa compreensão acerca do presente dispositivo” (ANDERS et al., Eduardo Carminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). Comentários à nova lei de defesa da concorrência. São Paulo: Método, 2012. p. 6).

⁹ Art. 1º, Parágrafo único da Lei Antitruste: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”

¹⁰ As decisões administrativas podem ser objeto de revisão judicial. Em verdade, parcela significativa das decisões relevantes tomadas pela autarquia com condão de sancionar algum agente econômico é questionada em âmbito judicial, mitigando a efetividade das medidas propostas pelo órgão antitruste. Cf. CARRIL, Rodrigo Coutinho. Controle judicial sobre o CADE e a análise econômica do direito. Revista do IBRAC. Ano 19, v. 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, e FIDELIS, Andressa Lin. A revisão judicial das decisões do CADE: o mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste. Revista do IBRAC. Ano 18, v. 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹¹ A arbitrabilidade do direito da concorrência é um tema de vanguarda no Brasil, sendo tratado por alguns doutrinadores nos últimos anos. A responsabilidade civil concorrência pode ser apreciada por câmara arbitral, segundo a doutrina pátria. Sobre a referida matéria, ver BECKER, Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. Revista Jurídica Luso Brasileira. Lisboa, v. 2, ano 2015. Disponível em: <<http://cidp.pt/revistas/rjlb>>. Acesso em: 30 jul. 2015; e COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilella Mafra Alves da. Arbitrability of disputes involving antitrust issues in Brazil and the protection of free competition. Revista Semestral de Direito Empresarial, v. 13, p. 145-164. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

¹² “Seja em que esfera for investigada a conduta, além de serem independentes entre si os procedimentos, há de se destacar que igualmente independentes são os resultados, isto é, pode haver casos em que o CADE condene uma prática, mas o juízo

Contudo, ao analisar o desenho institucional da defesa da concorrência no Brasil, é possível constatar a atual primazia do CADE como responsável pela defesa da concorrência (sob a ótica da sociedade). Considerando o escopo do presente trabalho, a análise será focada no âmbito cível, não sendo abordados os aspectos criminais do direito da concorrência.

O presente trabalho será dividido em mais quatro seções. Primeiramente, será abordada a possibilidade de reparação civil dos danos decorrentes de ilícitos concorrenciais no Brasil. Em seguida, os principais desafios para a efetiva reparação serão abordados. A seção 4 endereçará aspectos relevantes da Diretiva 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia (“Diretiva”), indicando como a União Europeia decidiu dispor sobre a matéria da indenização por danos concorrenciais. Por fim, a última seção apresentará as conclusões.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL NO BRASIL

A responsabilidade civil está baseada na existência de três elementos¹⁵: (i) ato ilícito; (ii) dano; e (iii) nexo de causalidade. Ao focar no direito concorrenciais, é possível constatar a possibilidade de reparação

criminal absolve os investigados” (BECKER, Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. Revista Jurídica Luso Brasileira. Lisboa, v. 2, ano 2015. Disponível em: <<http://cidp.pt/revistas/rjlb>>. Acesso em: 30 jul. 2015. p. 254)

¹³ O escopo do presente artigo será limitado ao âmbito cível e não aprofundará questões relacionadas aos aspectos criminais do direito da concorrência. Matérias relacionadas aos processos em âmbito administrativo serão mencionadas de modo instrumental, com o intuito de subsidiar a discussão de ordem concorrenciais sobre condutas anticompetitivas e os danos causados (sujeitos a reparação cível).

¹⁴ Torna-se evidente a dupla função do direito da concorrência: (i) punitiva, por meio da atuação do Estado em âmbito administrativo e criminal; e (ii) reparatória, por meio das pretensões reparatórias de particulares (individual ou coletivamente) em âmbito cível.

¹⁵ Os referidos elementos encontram-se positivados no Código Civil. Art. 927, *caput*: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

civil por danos concorrenciais, pois os elementos necessários podem ser identificados.

A Lei Antitruste, em seu art. 36¹⁶, define os atos ilícitos na esfera concorrencial. Contudo, a redação referente à possibilidade de punição do ato independentemente de dano causado não encontra aplicabilidade para a reparação cível, mas em âmbito administrativo. Em adendo, o nexo causal será constatado na apreciação do caso concreto, quando será traçada uma relação entre a conduta do agente infrator e o seu resultado (dano).

O mesmo dispositivo legal também estabelece a responsabilidade objetiva (i.e., sem considerar o elemento culpa) como regra para a apuração dos atos ilícitos em matéria concorrencial, enquadrando a responsabilização civil do direito concorrencial na hipótese da primeira parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil¹⁷.

O direito de ação é protegido pela Lei Antitruste¹⁸, que prevê a possibilidade de ações individuais e coletivas para recebimento de indenização por perdas e danos sofridos em decorrência de ilícitos concorrenciais. Cumpre notar que o legislador não condicionou o ingresso em juízo a prévia decisão administrativa sobre a matéria, permitindo ao interessado buscar a reparação cível independentemente da atuação do CADE para constatar o ilícito.

Assim, o legislador reforçou a diferença entre a sanção administrativa (de natureza pública) e a reparação demandada via

¹⁶ Art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

¹⁷ Art. 927, parágrafo único, do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹⁸ Art. 47 da Lei Antitruste: “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.” A Lei Antitruste preservou o mesmo dispositivo da lei anterior (art. 29 da Lei nº 8.884/1994), com pequeno ajuste.

responsabilidade civil (de natureza privada), esclarecendo que os processos administrativo e judicial são independentes, “não sendo necessário a conclusão do primeiro para a iniciação do segundo, nem sendo suspenso o primeiro em conta do segundo”¹⁹.

Apesar da clareza, do ponto de vista normativo, do instituto da responsabilidade civil antitruste no Brasil, a sua eficácia é muito contestada pelos dados empíricos. Recentes pesquisas têm apresentado evidências que corroboram a sensação dos profissionais do meio de que a reparação civil não é utilizada efetivamente no Brasil para questões de natureza concorrencial²⁰.

Em artigo publicado em 2012, foi constatado que, enquanto no Brasil foram encontradas 22 (vinte e duas) ações judiciais de indenização por infrações antitruste nos tribunais federais, nos últimos 10 (dez) anos, os EUA apresentam uma média de ingresso de 750 (setecentas e cinquenta) ações por ano²¹.

Em outro estudo, publicado em 2014, com pesquisa em todos os tribunais estaduais e federais do Brasil, constatou-se a existência de apenas 20 (vinte) precedentes envolvendo pedido de indenização por ilícito antitruste²².

Considerando o crescente número de ações indenizatórias no Brasil, incentivadas pelas campanhas de acesso à justiça realizadas no país na última década e pela popularização dos Juizados Especiais Cíveis, não parece adequado atribuir a reduzida quantidade de ações indenizatórias em matéria concorrencial ao desinteresse popular. Em verdade, são grandes os

¹⁹ ANDERS et al., Eduardo Carminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). Comentários à nova lei de defesa da concorrência. São Paulo: Método, 2012. p. 188.

²⁰ Roberto Taufick afirma que as ações em função de danos à concorrência hoje inexistem, na prática, no Brasil. (TAUFICK, Roberto Domingos. Nova lei antitruste brasileira. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 293).

²¹ GÂNDARA, Livia. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012. Também ver CARVALHO, Vinícius Marques de et al. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 137.

²² GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014, p. 138.

desafios para a efetiva reparação civil dos danos decorrentes de ilícitos concorrenciais no Brasil.

3. PRINCIPAIS DESAFIOS PARA A EFETIVA RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL NO BRASIL

O Brasil tem sido reconhecido internacionalmente²³ por sua atuação na área da defesa da concorrência nas últimas duas décadas. Contudo, o destaque costuma ser reservado às atividades desempenhadas pelo CADE em esfera administrativa. Considerando o cenário apontado nas seções anteriores, há desafios que precisam ser superados para que o direito de ação seja exercido pelos indivíduos lesados pelos ilícitos concorrenciais.

3.1 Cultura concorrencial e estímulo à aplicação privada (*private enforcement*)

O primeiro desafio é a introdução de uma cultura concorrencial na sociedade brasileira, assim como foi feito com sucesso em relação ao direito do consumidor²⁴, por exemplo. É evidente que o Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) possui dispositivos diretos e claros para tutela do consumidor, enquanto a Lei Antitruste – ao tutelar a concorrência – possui enfoque maior em normas de ordem administrativa, dispondo sobre o CADE, sua estrutura e atuação (apesar de conter algumas previsões de ordem civil e criminal)²⁵.

²³ Por exemplo, o CADE recebeu por duas vezes o prêmio de melhor órgão antitruste das Américas da publicação Global Competition Review – GCR nos anos de 2010 e 2014.

²⁴ Roberto Pfeiffer aponta a interface entre a proteção do consumidor e a defesa da concorrência na institucionalização do mecanismo de reparação dos danos decorrentes de conduta anticompetitiva. Ver PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 265-266.

²⁵ Heloisa Carpena conclui: “Os dois ramos do direito econômico – consumidor e concorrência – se definem e se distinguem pelos seus objetos e pelas suas funções. O primeiro tem por objeto imediato a proteção do sujeito de direitos, e o segundo, a concorrência no mercado. Nas suas finalidades, contudo – objetivos axiológicos – se aproximam e até mesmo se confundem, ambos dirigidos à realização da justiça no mercado de consumo.” (CARPENA, Heloisa. O consumidor no direito da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 275).

Ao comentar o art. 47 da Lei Antitruste, que trata do direito de ação abordado anteriormente, Roberto Taufick defende que as ações de indenização por danos à concorrência somente surgirão em decorrência da “paulatina educação dos cidadãos pela advocacia da concorrência - a qual é importantíssimo instrumental de desincentivo ao cometimento de ilícitos concorrenciais (*deterrence*)”²⁶.

Caso a busca por reparação civil se intensifique, espera-se que a concorrência seja mais bem tutelada, uma vez que os potenciais infratores terão desincentivos adicionais para não agir ilicitamente, com o receio real de serem obrigados a reparar pecuniariamente os danos causados diretamente aos indivíduos lesados. Da mesma forma, a maior utilização do instituto pelos indivíduos tende a produzir a retroalimentação positiva desse movimento, com a conseqüente reparação dos danos causados e desestímulo a novas práticas ilícitas similares pelos agentes econômicos²⁷.

O CADE busca, especialmente em casos de grande relevância, estimular o ingresso de ações reparatórias no Brasil. Um exemplo é o Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, conhecido como cartel dos gases. O Conselheiro-Relator do caso, Fernando Furlan, em seu voto, asseverou que “a multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas” e “a indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis”²⁸.

3.2 Ônus da prova e quantificação do dano sofrido

O ônus da prova em um processo judicial ordinário deve respeitar a disposição do art. 333 do Código de Processo Civil (“CPC”), que confere ao autor de uma ação indenizatória a atribuição de provar em juízo o dano

²⁶ TAUFICK, Roberto Domingos. Nova lei antitruste brasileira. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 293.

²⁷ Alguns doutrinadores sustentam que a aplicação privada do direito concorrenciais (*antitrust private enforcement*) pode ser mais efetiva na prevenção de condutas anticompetitivas do que a persecução criminal. Ver LANDE, Robert H., DAVIS, Joshua P. The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement: A reply to Werden, Hammond, and Barnett. San Francisco, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127762>. Acesso em: 31 mai. 2013.

²⁸ Trecho retirado do voto do Conselheiro Fernando Furlan emitido no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. (CADE, Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, Rel. Cons. Fernando Furlan, julg. 01 set. 2010)

alegado²⁹. Em adendo, o autor deve apresentar a extensão do dano causado pelo ato ilícito, a fim de permitir a adequada defesa do réu e a apreciação do pleito pelo juiz.

A produção de provas pela parte lesada por um ilícito concorrencial, sem a intervenção de autoridade pública com poder de polícia, é quase impossível. A ação indenizatória concorrencial não possui norma específica que permite a inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova é utilizada com sucesso na defesa do consumidor, conforme previsto no art. 6, VIII, do CDC. Apesar de eventual abuso desse direito na realidade atual, a inversão do ônus da prova permite restabelecer um equilíbrio anteriormente inexistente em razão da assimetria de informação entre as partes.

Todavia, mesmo que superada a discussão acerca da prova do ilícito antitruste, há também grande dificuldade de quantificação do dano sofrido pela parte lesada, pois as informações de mercado e de custos produtivos são detidas pelo infrator, em clara assimetria informacional quando comparado com a parte lesada (v.g., consumidor individual, pessoa jurídica contratante).

Esses entraves práticos, decorrentes do desenho institucional atual, podem ser constatados empiricamente. Segundo pesquisa desenvolvida por Mariana Galvani, das raras ações de responsabilidade civil por condutas anticompetitivas julgadas no Brasil, menos da metade adotou métodos minimamente satisfatórios para a apuração dos valores das indenizações com o intuito de corresponder aos danos sofridos³⁰.

3.3 Prazo prescricional

Conforme mencionado anteriormente, a Lei Antitruste possui viés administrativo mais acentuado, reservando ao direito de ação judicial para reparação civil dos danos causados por condutas anticompetitivas somente o artigo 47. Assim, além de carecer de norma processual sobre a produção de provas e quantificação de danos, também inexistente previsão

²⁹ “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

³⁰ GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014, p. 142.

acerca do prazo prescricional para a aplicação privada do direito concorrencial.

Desta forma, as referidas ações de reparação devem observar o prazo do art. 206, § 3º, V, do Código Civil, ou seja, 3 (três) anos de prazo prescricional para a pretensão de reparação civil³¹. A incerteza reside no seu termo *a quo*: (i) da ocorrência do suposto dano; (ii) da ciência do suposto dano pelo lesado; (iii) da instauração do processo administrativo pelo CADE; (iv) da condenação final do CADE; ou (v) da decisão final (administrativa sem recurso ou com trânsito em julgado após revisão judicial).

A ausência de regras de suspensão do prazo prescricional para as ações indenizatórias (v.g., relacionadas ao início ou conclusão da investigação administrativo) também podem comprometer a busca pela reparação de danos por aqueles lesados pelo ilícito concorrencial. Afinal, a ação de indenização extingue-se por renúncia, transação entre as partes ou prescrição. Em caso de indefinição ou equívoco em relação à contagem do prazo prescricional, a vítima pode ter o direito de reparação frustrado por barreira processual.

4. A DIRETIVA E OS (MESMOS) DESAFIOS

A União Europeia e os seus Estados Membros também possuem interesse em tornar as normas concorrenciais eficazes. O trabalho da Comissão Europeia merece destaque nas últimas décadas, entretanto, a aplicação privada do direito concorrencial ainda é considerada um ponto fraco pelos Estados Membros, tornando a solução dessa questão um item prioritário na política concorrencial europeia. Recente estudo de Filipa Campos corrobora com esta constatação, ao indicar que as ações de indenização continuam a ser pouco utilizadas³².

Conforme destacado por Richard Whish, em constatação que pode ser transposta à realidade brasileira, as ações indenizatórias ainda são

³¹ Neste sentido, ANDERS et al., Eduardo Carminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). Comentários à nova lei de defesa da concorrência. São Paulo: Método, 2012. p. 190.

³² CAMPOS, Filipa Daniela Couto. A proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do Direito Nacional por infracções às disposições do Direito da Concorrência. Revista Electrónica de Direito – RED. Porto, ano 2014, vol. 3. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/revistared>>. Acesso em: 17 dez. 2014, p. 22.

tímidas, mas podem complementar a atuação do CADE, equilibrando na prática o desenho institucional vigente no Brasil:

Historically within the EU public enforcement of competition law has been infinitely more important than private enforcement. However the competition authorities in the EU have limited resources and they are unable to investigate every alleged infringement of the competition rules. Private enforcement can therefore be an important complement to their activities³³.

Com o intuito de discutir e fomentar medidas favoráveis às ações de reparação relacionadas a ilícitos concorrenciais, a União Europeia emitiu o Livro Verde, em dezembro de 2005, e o Livro Branco, em abril de 2008. Fruto desse processo de maturação, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva em 26 de novembro de 2014, que foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia em 05 de dezembro de 2014.

A partir da Diretiva, a União Europeia estabeleceu critérios claros para permitir que o âmbito judicial civil do direito da concorrência, por meio de ações indenizatórias iniciadas no Estado Membro, se desenvolva e que as partes lesadas sejam reparadas adequadamente. Os Estados-Membros deverão refletir em seus ordenamentos jurídicos internos as previsões da Diretiva até 27 de dezembro de 2016 (transposição).

4.1 Cultura concorrencial e estímulo à aplicação privada (*private enforcement*)

Ao anunciar a nova Diretiva, a Comissária de Concorrência Sra. Margrethe Vestager reiterou a necessidade de uma cultura de concorrência mais robusta na Europa, indicando que a aprovação formal da norma viabilizaria aos europeus (cidadãos e sociedades empresárias) a reparação dos danos provenientes das condutas anticompetitivas³⁴.

³³ WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition law. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012. p. 290.

³⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Press Release - Antitrust: Commission welcomes Council adoption of Directive on antitrust damages actions. Bruxelas, 10 nov. 2014. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1580_en.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

De tal modo, a União Europeia demonstrou proximidade com a realidade brasileira, na qual os obstáculos existentes para a busca de reparação civil por danos concorrenciais resultam na inexpressividade prática do mecanismo. Em outro prisma, ao aprovar a Diretiva com regras para facilitar o processo de reparação, os europeus sinalizam para a possibilidade de fomentar a busca por indenizações devidas aos consumidores sem descaracterizar o sistema de responsabilidade civil do Estado-Membro. Cumpre notar que a União Europeia não optou pelas indenizações punitivas ou triplas (modelo norte-americano), mas somente tentou viabilizar a obtenção da justa indenização, com reparação integral do dano.

De acordo com o artigo 3º da Diretiva, qualquer pessoa lesada por um ilícito concorrencial pode demandar reparação integral, ou seja, por dano emergente (*damnum emergens*) e por lucros cessantes (*lucrum cessans*) por si sofridos, bem como o pagamento de juros. Ou seja, a Diretiva reflete a mesma orientação adotada no Brasil para a responsabilização civil, com o intuito de reparar os danos causados e restaurar a condição do lesado (caso o ato ilícito não tivesse ocorrido).

4.2 Ônus da prova e quantificação do dano sofrido

A Diretiva busca solucionar o desafio referente ao ônus da prova e da quantificação do dano sofrido. Ao partir da premissa de que é difícil para o lesado obter provas e quantificar o dano, a nova norma assegura que os Estados-Membros não podem tornar o exercício do direito à indenização praticamente impossível ou excessivamente difícil em razão desses obstáculos.

Quanto ao ônus da prova, na situação em que o demandante foi diretamente lesionado pelo demandado, a Diretiva prevê que o demandado deverá produzir prova para se defender acerca da repercussão dos custos adicionais decorrentes do ilícito concorrencial. Ou seja, competirá ao demandante ingressar com a ação e reclamar reparação por dano, devendo o potencial infrator apresentar defesa com evidências de inexistência de dano. No caso de demandante indireto, este deverá provar que o demandado causou dano na cadeia, impactando negativamente o demandante.

“A quantificação dos danos em processos no domínio do direito da concorrência pode constituir um obstáculo significativo que impede o

pedido efetivo de reparação³⁵”. A partir dessa afirmação, é possível iniciar essa seção com a premissa de que a definição do dano - e a da consequente indenização devida - é uma tarefa bastante árdua, desestimulando a utilização dos instrumentos de reparação de danos causados pela infração concorrencial.

Quanto à mensuração do dano, a Diretiva estabelece a presunção de que as infrações de cartel causam danos. Para a quantificação para fins de indenização, a União Europeia entende que o autor deverá apresentar o seu pedido de reparação, estando os tribunais nacionais aptos a analisar o pedido e preservar o direito à reparação adequada. Ademais, a autoridade nacional da concorrência pode, a pedido do tribunal nacional e conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, prestar assistência aos demandantes na quantificação dos danos.

4.3 Prazo prescricional

Os prazos de prescrição não deverão impedir indevidamente a propositura de uma ação de indenização. A partir desta premissa, a Diretiva dispôs sobre a matéria no artigo 10, indicando como prazo mínimo 5 (cinco) anos. O seu termo *a quo* deve ser considerado após a cessação da infração ao direito da concorrência e o conhecimento (real ou presumido) do ilícito.

Outra regra salutar para proteger o direito à reparação refere-se à suspensão da contagem do prazo prescricional caso a autoridade de concorrência tome alguma medida em relação à mesma infração que será abordada em sede de ação indenizatória. Essa suspensão terá duração mínima de 1 (um) ano após a decisão definitiva do processo em âmbito da autoridade de concorrência.

5. CONCLUSÃO

A aplicação privada do direito da concorrência apresenta-se como um grande desafio para os Estados-Membros da União Europeia, especialmente em razão da necessária transposição dos dispositivos da Diretiva nos ordenamentos jurídicos nacionais até o próximo ano. No Brasil, a aplicação vigorosa do direito da concorrência tem chamado a atenção, especialmente em razão da destacada atuação do CADE. Todavia,

³⁵ Considerando n° 45 da Diretiva.

a maturidade da defesa da concorrência no Brasil depende do maior desenvolvimento da responsabilidade civil antitruste.

A partir da reflexão sobre os desafios para a efetiva reparação de danos concorrenciais, utilizando como base as recentes medidas da União Europeia, é necessário ponderar as possibilidades existentes na legislação posta e pensar em possíveis modificações para aprimorar o desenho institucional.

Os instrumentos consensuais utilizados pelo CADE no âmbito de sua atuação repressiva – acordo de leniência e termo de compromisso de cessação – são alternativas mais acessíveis para os agentes lesados buscarem reparação por via judicial no presente cenário jurídico. Propostas legislativas³⁶ devem ser pensadas com atenção para evitar modificações constantes em um arcabouço novo e profícuo em ajustes.

Para a quantificação do dano, cumpre observar os princípios da equivalência e efetividade previstos no artigo 4º da Diretiva e como eles podem influenciar a aplicação do direito da concorrência no Brasil sem demandar mudança legislativa. De acordo com o princípio da equivalência, as regras processuais relativas às ações de indenização resultantes de infrações concorrenciais não podem ser menos favoráveis para as partes lesadas do que as normas que regem ações indenizatórias análogas resultantes de infrações ao direito nacional. Sob essa ótica, é possível tomar carona do processo adotado pelo direito do consumidor para abrandar a exigência de quantificação de dano³⁷, por exemplo.

Ao prever que os entraves para fundamentação do pedido de indenização não podem tornar “praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da

³⁶ Exemplo de mudança legislativa é a proposta apresentada pela Secretaria de Direito Econômico da Justiça em 2011 (Consulta Pública nº 17/2011), que sugeria a facilitação da prova por meio de mudança da Lei Antitruste, tornando obrigatória a indenização decorrente dos danos causados por ilícito concorrencial condenado pelo CADE. Cf. SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014. p. 125-126.

³⁷ Para paralelo entre direito da concorrência e direito do consumidor, ver CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Tutela coletiva da livre concorrência*. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2004.

concorrência” (princípio da efetividade), há o resgate do conceito de acesso à justiça, que pode ser solucionado por uma atuação mais colaborativa do CADE, buscando calcular o dano causado aos lesados nos casos em que condenar um ilícito concorrencial. Afinal, por causa da assimetria de informações existente, o CADE possui maior capacidade de apurar o dano causado (em comparação com os lesados) e poder de polícia para apuração dos dados de mercado.

Por fim, o Brasil deverá continuar a sua saga rumo à formação da cultura concorrencial, que provocará apelo popular por meios mais simples de efetivação do direito à reparação dos danos sofridos em virtude de condutas anticompetitivas.

BIBLIOGRAFIA

ANDERS, Eduardo Carminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). Comentários à nova lei de defesa da concorrência. São Paulo: Método, 2012.

BECKER, Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. Revista Jurídica Luso Brasileira. Lisboa, v. 2, ano 2015. Disponível em: <<http://cidp.pt/revistas/rjlb>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

CAMPOS, Filipa Daniela Couto. A proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do Direito Nacional por infracções às disposições do Direito da Concorrência. Revista Electrónica de Direito – RED. Porto, ano 2014, vol. 3. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/revistared>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

CARPENA, Heloisa. O consumidor no direito da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARRIL, Rodrigo Coutinho. Controle judicial sobre o CADE e a análise econômica do direito. Revista do IBRAC. Ano 19, v. 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CARVALHO, Vinícius Marques de et. al. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilella Mafra Alves da. Arbitrability of disputes involving antitrust issues in Brazil and the protection of free competition. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, v. 13, p. 145-164. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. Press Release - Antitrust: Commission welcomes Council adoption of Directive on antitrust damages actions. Bruxelas, 10 nov. 2014. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1580_en.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

FIDELIS, Andressa Lin. A revisão judicial das decisões do CADE: o mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste. *Revista do IBRAC*. Ano 18, v. 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014.

GÂNDARA, Livia. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012.

LANDE, Robert H., DAVIS, Joshua P. The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement: A reply to Werden, Hammond, and Barnett. San Francisco, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127762>. Acesso em: 31 mai. 2013.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE.

Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares. Paris, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2014.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Tutela coletiva da livre concorrência. Revista de Direito do Consumidor. v. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2004.

SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014.

TAUFICK, Roberto Domingos. Nova lei antitruste brasileira. Rio de Janeiro: Método, 2012.

WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition law. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012.

YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TEORIA DOS JOGOS E CARTÉIS: QUANTO VALE UM ACORDO DE LENIÊNCIA?

Luciana Gonçalves Nunes

RESUMO: O artigo busca aplicar a teoria dos jogos aos cartéis. O objetivo precípua é demonstrar o custo/benefício da formação e de seu desfazimento com a celebração de acordo de leniência. Adota-se, como marco teórico, o equilíbrio de Nash bayesiano, de modo a se demonstrar que os custos para uma empresa se manter em determinado cartel são mais altos do que firmar um acordo de leniência. A hipótese sustentada é de que a melhor estratégia de uma empresa participante de cartel em licitações é sua saída e a celebração do acordo de leniência perante o CADE, e não junto à CGU.

Palavras-chave: Teoria dos jogos; Cartel; Acordo de leniência; CADE; CGU.

Keywords: Game theory; Cartel; Leniency agreement; CADE; CGU.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca aplicar a teoria dos jogos ao cartel, de modo a se encontrar estratégias racionais em situações em que o resultado depende não só da estratégia própria de um agente econômico e das condições de mercado, mas também das estratégias escolhidas por outros agentes que, possivelmente, possuem estratégias diferentes e, mesmo, objetivos comuns.

O enfoque será dado a jogos envolvendo cartel em licitações e a possibilidade de celebração de acordos de leniência. Indaga-se, face à atual disciplina normativa conferida ao tema, se seria mais vantajoso ao agente econômico, firmar acordo de leniência perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ou a Controladoria Geral da União (CGU). Isso porque tanto a Lei nº 12.529/11 quanto a Lei nº 12.846/13, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/15, preveem a possibilidade desse acordo, em caso de cartel em licitações e contratos. A discussão torna-se atual, vez que, no caso “Lava Jato”, acordos de leniência já foram firmados perante o CADE e algumas outras propostas estão sendo analisadas pela CGU.

2. A TEORIA DOS JOGOS

A teoria dos jogos tem como escopo a análise de situações em que o resultado da ação de indivíduos, de grupos ou instituições depende, substancialmente, das ações dos outros envolvidos. Nas palavras de Bierman (2011, p. 4), “a teoria dos jogos preocupa-se com o modo como os indivíduos tomam decisões quando estão cientes de que suas ações afetam uns aos outros e quando cada indivíduo leva isso em conta”.

A teoria dos jogos, embora ainda pouco aplicada ao Direito, pode ser de grande valia, vez que constitui importante instrumento na definição da **estratégia ótima** adotada por cada agente econômico.¹ Assim, por meio da teoria dos jogos, é possível prever qual será a decisão racional a ser adotada pelo agente e, portanto, antever seu comportamento no mercado.

Este artigo busca, adiante, aplicar a teoria dos jogos aos cartéis em licitações e ao acordo de leniência, considerando as possíveis estratégias dos diferentes agentes econômicos. Dessarte, nos próximos capítulos, serão aprofundados os referidos pontos.

3. O CARTEL

Neste Capítulo, serão trabalhados os aspectos particulares com relação ao cartel. Para tanto, serão expostos o conceito de cartel, o tratamento penal, administrativo e civil dispensado à matéria.

3.1. O conceito de cartel

Conforme os ensinamentos de João Bosco Leopoldino da Fonseca (2008, p. 22):

Os cartéis podem conceituar-se como um acordo entre empresas que são concorrentes, para reduzir sua produção, para acordar a respeito de níveis, ou para vender a um preço ajustado entre elas. O objetivo de um cartel é o de manter as posições de

¹ Observa-se que a estratégia ótima depende do que cada jogador acha que seus oponentes farão. De acordo com Bierman (2011, p. 22), “essas crenças, por sua vez, dependem do que ele acredita que todos os seus oponentes acreditam que os outros jogadores, incluindo ele próprio, farão. Esse problema de regressão infinita dificulta a determinação das estratégias ótimas dos jogadores”.

cada integrante do mercado e alcançar quer a estabilidade dos preços quer o seu aumento.

Na mesma linha, Eduardo Gaban e Juliana Domingues (2009, p. 162) escrevem que “em sentido amplo, cartel representa a restrição e até eliminação da concorrência entre um conjunto de empresas, com a finalidade de auferir lucros”.

Ademais, Paula Forgioni (2008, p. 398) destaca que “os acordos celebrados entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência existente entre elas são denominados cartéis”.

Embora a maioria das definições de cartel, encontradas na doutrina, faça referência a acordo entre empresas, a conceituação deve ser dada à luz do art. 31 da Lei nº 12.529/11, que se encontra no Título V, “das infrações da ordem econômica”. *Verbis*:

Art. 31 - Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Destaca-se que a Lei nº 12.529/11 não limita o sujeito ativo das infrações da ordem econômica às empresas. Por consequente, não apenas elas podem orquestrar cartéis, mas também físicas ou jurídicas de direito público e associações de entidades ou pessoas, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Portanto, entende-se que a melhor definição é aquela encontrada no sítio eletrônico do CADE, que dispõe ser o cartel “um acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, ou adotar posturas pré-combinadas em licitação pública”.

Hodiernamente, o cartel não é apenas considerado um ilícito administrativo e civil, mas também crime, previsto na Lei nº 8.13/90 e na Lei nº 8.666/93. Não obstante a alegada “independência entre instâncias” ver-se-á que, a exemplo do acordo de leniência, há interdependência e reflexos da esfera administrativa na penal, de modo a permitir ao agente econômico tomar decisões que dão ensejo à formação de jocos.

3.2. A regulamentação penal

Nos termos do art. 4º da Lei nº 8.137/90, constitui crime contra a ordem econômica formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: (i) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (ii) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; (iii) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. A sanção penal prevista é de pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Observa-se que o art. 9º da referida Lei autoriza que a pena reclusão possa ser convertida em multa de valor equivalente a 200.000 (duzentos mil) até 5.000.000 (cinco milhões) de BTN, no caso de cartel.² Ademais, considerando o ganho ilícito e a situação econômica do réu, é possível ao juiz diminuir as penas pecuniárias até a décima parte ou elevá-las ao décuplo.

A Lei ainda prevê causas de aumento de pena no seu art. 12, que variam de 1/3 (um terço) até a metade. São elas: (i) quando o delito ocasionar grave dano à coletividade; (ii) ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções; (iii) ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.

Por fim, no art. 16, parágrafo único, é prevista a chamada delação premiada, ao dispor que “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

A Lei nº 8.666/93, a seu turno, no art. 90, prevê o crime de cartel em licitações públicas, ao estabelecer a conduta de “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou

² Atualmente existem duas correntes com relação ao cálculo do valor monetário referente à extinta BTN: (i) utilização do critério geral do art. 49 do Código Penal, fixando-se a multa em salários mínimos (TRF4, ACR 2000.04.01.016014-0, 8ª Turma, Relator Elcio Pinheiro de Castro, DJ 10/04/2002); (ii) atualização monetária do último valor da BTN. Assim, o valor da multa seria o da BTN antes da supressão, atualizado monetariamente e efetuada a conversão para ser atingido o padrão monetário em vigor, denominado de REAL (TJPR – AC 1080042, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos A. Hoffmann, 23/08/2001).

para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”. O delito estipula pena de detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Nos termos do art. 99 da referida Lei, a pena de multa deve ser calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente, não podendo ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexistência de licitação.

Ao contrário da Lei nº 8.137/90, a Lei nº 8.666/93 não prevê: (i) a possibilidade de conversão da pena de detenção em multa; (ii) a possibilidade de aumento/redução da pena de multa em razão do ganho ilícito e a situação econômica do réu; (iii) causas de aumento de pena; (iv) a delação premiada. Ademais, apesar do cartel em licitações ser, em regra, mais grave – visto que atinge o interesse público – as penas previstas no preceito secundário do tipo penal são mais tênues.

Note-se que, da comparação entre os dois diplomas penais, em termos estratégicos, soa, em tese, mais vantajoso realizar cartel em licitações do que um cartel simples. Isso porque o preceito secundário do tipo penal prevê uma pena privativa de liberdade máxima de até 4 (quatro) anos, sem causas de aumento de pena.³ Assim, por mais grave que seja o crime, ainda que atinja bens essenciais à vida ou à saúde, o acusado não poderá ser submetido a regime fechado, por expressa vedação do art. 33, *caput*, do CP.

Ao contrário, no caso de cartel simples, o acusado poderá ser condenado a uma pena privativa de liberdade de até 7 (sete) anos e 6 (seis) meses, considerando a incidência de causas de aumento de pena, bem como ser submetido ao regime fechado – por exemplo, se reincidente.

Portanto, numa análise abstrata, partindo-se da premissa de que uma empresa irá constituir um cartel com outra, parece mais vantajoso aos

³ A dosimetria da pena não constitui operação simples, porquanto exige a análise de 3 (três) fases. Na primeira, são consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; na segunda, as agravantes e atenuantes; na terceira, as causas de aumento e diminuição de pena. Os cálculos apresentados, neste trabalho, são simplórios, sem a consideração das peculiaridades do caso concreto. Os resultados encontrados de 4 (quatro) anos de detenção, para o crime de cartel em licitações, e, adiante, de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, para o crime de cartel simples, baseiam-se tão somente na adoção do critério da “pior hipótese”.

agentes formar o cartel num contexto licitatório, em razão da maior brandura das penas possivelmente aplicadas.⁴

Quadro 1 – Recompensa das penas aplicadas

Empresa B

		<i>Cartel simples</i>	<i>Cartel em licitação</i>
<i>Empresa A</i>	<i>Cartel simples</i>	(4,4)	(4, 8)
	<i>Cartel em licitação</i>	(8,4)	(8,8)
		Recompensas nas penas (A, B)	

Fonte: própria autora

Conclui-se que, sem se considerar outras variáveis, decidindo os agentes econômicos por firmar um cartel, as penalidades aplicadas pelo crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93 são mais brandas. Todavia, conforme elucidado, o cartel não é penalizado apenas no âmbito penal, mas também administrativo e civil. Dessarte, a interação entre os jogadores e as variáveis a serem consideradas tornam-se mais complexas.

Neste trabalho, em razão da extensão do tema, opta-se por estritamente analisar as regulamentações administrativa e civil, no que diz respeito à celebração do chamado “acordo de leniência”.⁵

3.3. A REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA

Atualmente, o cartel é disciplinado, no âmbito administrativo, por duas Leis, quais sejam, Lei nº 12.529/11 e Lei nº 12.846/13,

⁴ Elucida-se que não se quer, de maneira alguma, fomentar a formação de cartéis em licitações. A análise não considera os custos envolvidos na formação, manutenção e possíveis reprimendas administrativa e/ou civil. Parte-se da premissa hipotética de que o agente apenas considera as possíveis penas aplicadas, no âmbito penal, tópico analisado.

⁵ Adiante, serão retomados os possíveis impactos penais com a celebração do acordo de leniência. Elucidou-se todo o aspecto penal, sem antes ser mencionado o acordo de leniência, visto que, para este ser firmado, pressupõe-se a consumação do crime, ou seja, a existência do cartel.

regulamentada pelo Decreto nº 8.420/15. As legislações apresentam pontos convergentes e divergentes com relação a condutas, competência, penalidades, dentre outros. Neste trabalho, contudo, o enfoque será dado tão-somente ao acordo de leniência, previsto em ambas.

3.3.1. O acordo de leniência na Lei nº 12.529/11

Nos termos do art. 86 da Lei nº 12.529/11, o CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica.

Para tanto, a teor do art. 86, § 1º e § 2º, da referida Lei, o acordo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (ii) a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (iii) a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e (iv) a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos todos os requisitos, com exceção do primeiro.

Na Lei nº 12.529/11, ao contrário da Lei nº 12.846/13, não existe prazo para propositura do acordo nem para sua negociação.

O leniente deverá colaborar efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração: (i) a identificação dos demais envolvidos na infração; e (ii) a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Verificado o cumprimento do acordo de leniência, compete ao Tribunal por ocasião do julgamento do processo administrativo: (i) decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou (ii) nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3

(dois terços) as penas aplicáveis, cujo fator redutor não poderá ser superior a menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas previstas no inciso I do art. 37 da Lei nº 12.529/11.

Note-se que a celebração e o cumprimento do acordo de leniência produzem efeitos na esfera penal, conforme estabelecido no art. 87 da Lei nº 12.529/11. Nesse sentido, a celebração de acordo de leniência, nos crimes contra a ordem econômica – tipificados na Lei nº 8.137/90, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/93, e os tipificados no art. 288 do Código Penal – determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Ademais, cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos aludidos crimes.

Outrossim, os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

Em caso de descumprimento do acordo, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

3.3.2.O acordo de leniência na Lei nº 12.846/13 e no Decreto nº 8.420/15

Nos termos do art. 28 do Decreto nº 8.420/15 c/c art. 16 da Lei nº 12.846/13, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na [Lei nº 12.846/13](#), e dos ilícitos administrativos previstos na [Lei nº 8.666/93](#).⁶

Para tanto, a teor do art. 30 do referido Decreto, a pessoa jurídica deverá preencher os seguintes requisitos: (i) ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante; (ii) ter cessado completamente seu

⁶ No âmbito do Poder Executivo federal e nos casos de atos lesivos contra a administração pública estrangeira, compete à Controladoria-Geral da União celebrar acordos de leniência.

envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo; (iii) admitir sua participação na infração administrativa; (iv) cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; e (v) fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa.

O acordo de leniência será proposto pela pessoa jurídica, por seus representantes, na forma de seu estatuto ou contrato social, ou por meio de procurador com poderes específicos para tal ato, podendo ser proposto até a conclusão do relatório, a ser elaborado no processo administrativo de responsabilização (PAR).

A negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de apresentação da proposta, podendo ser prorrogado a critério da CGU, caso presentes circunstâncias que o exijam.

A pessoa jurídica deverá colaborar efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração: (i) a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, quando couber; e (ii) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração sob apuração.

Cumprido o acordo de leniência pela pessoa jurídica colaboradora, serão declarados em favor da pessoa jurídica signatária, nos termos previamente firmados no acordo, um ou mais dos seguintes efeitos: (i) isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora; (ii) isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público; (iii) redução do valor final da multa aplicável, observado o disposto no art. 23; ou (iv) isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos art. 86 a art. 88 da Lei nº 8.666/93, ou de outras normas de licitações e contratos.

Outrossim, os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integrarem o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que tenham firmado o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

Em caso de descumprimento do acordo, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

3.3.3. Comparação entre os diferentes acordos de leniência

Conforme visto, são vários os pontos de convergência e divergência entre os diplomas normativos. Todavia, cumpre delimitar o que seria mais vantajoso para o agente econômico: celebrar um acordo de leniência perante o CADE ou a CGU, tratando-se de crime de cartel em âmbito nacional. Analisa-se.

Por um lado, a leniência celebrada, nos termos da Lei nº 12.529/11, é cabível nos casos de infrações à ordem econômica, conferindo imunidade na esfera administrativa e penal. Por outro, a leniência, prevista na Lei nº 12.846/13, é cabível em caso de atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/13 e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.666/93, atribuindo tão-somente imunidade na esfera administrativa, porquanto inexistir qualquer previsão relacionada ao âmbito penal. Destaca-se que nenhum dos diplomas prevê qualquer imunidade no âmbito civil. Ao contrário, permanece, em todo caso, a obrigação de reparar o dano.

A questão polêmica encontra-se na(s) conduta(s) prevista(s) tanto na Lei nº 12.529/11 como na Lei nº 12.846/13. Esse é o caso do cartel em licitações e contratos. Nos termos do art. 36, § 3º, da primeira Lei, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

[...]

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição (grifo acrescido).

Ademais, a teor do art. 5º, IV, ‘a’, da Lei nº 12.846/13, constitui ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, no tocante a licitações e contratos “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público” (grifo acrescido).

Note-se que ambas as condutas configuram cartel. A primeira refere-se a qualquer modalidade de cartel; a segunda, especificamente, a cartel em licitações e contratos. Da leitura conjunta dos dois diplomas, conclui-se pela possibilidade de serem celebrados acordos de leniência tanto junto ao CADE como perante a CGU, no caso de cartel em licitações.

3.4. A regulamentação civil

Nos termos do art. 186 do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No caso de cartel, a teor do art. 47 da Lei nº 12.529/11, podem os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078/90, ingressar em juízo para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Ademais, conforme disposto no art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.486/13, a aplicação das sanções administrativas “não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado” (grifo acrescido).

Em síntese, prevê-se a reparação dos danos sofridos em virtude da formação de cartel. Dessarte, no estabelecimento de uma estratégia racional, o agente econômico deve sopesar os ganhos ilícitos advindos do cartel com uma possível condenação indenizatória, na esfera civil. Lembre-se, ainda, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, em consonância ao disposto no art. 944 do Código Civil, devendo esta guardar não apenas um caráter sancionador, mas também educativo.

Com relação especificamente ao acordo de leniência, conforme pontuado no tópico 3.3, este não reverbera sobre a esfera civil. Por conseguinte, não se propõe a formação de um determinado jogo.⁷ Noutro

⁷ Conforme visto, a teoria dos jogos trata de situações em que nenhum indivíduo pode convenientemente tomar decisão sem levar em conta as possíveis decisões dos outros. Como, no âmbito civil, a decisão dos outros jogadores não impacta na responsabilidade civil de cada um, não há falar em jogo.

giro, entende-se que o agente econômico – para avaliar o Resultado (R) da (des)vantagem de formação de um cartel – deve mensurar, de um lado, os Ganhos (G), de outro, as Perdas (P) que, possivelmente, pode aferir. Estas devem, ainda, ser agregadas à probabilidade de aplicação da sanção. Isso porque, se a Efetividade (E) da norma for baixa⁸, independentemente das sanções previstas em lei, o agente não se sentirá coagido a respeitar o ordenamento jurídico.

Portanto, a análise pode ser resumida na seguinte equação: $R = G - (P \times E)$, não havendo qualquer benefício, no âmbito civil, para o agente econômico, na celebração de um acordo de leniência.

4. A TEORIA DOS JOGOS APLICADA AO CARTEL

Neste capítulo, aplicar-se-á a teoria dos jogos ao cartel em licitações. Em primeiro plano, será analisada qual a decisão mais vantajosa para uma empresa participante de cartel: permanecer ou sair. Ademais, a partir do resultado obtido no referido jogo, será examinado qual a decisão mais vantajosa a ser tomada por uma empresa leniente.

4.1. Vale a pena permanecer em um cartel?

Valendo-se da teoria dos jogos, busca-se analisar o seguinte jogo. Há dois jogadores, uma empresa “líder do cartel” e outra “leniente potencial”. A líder deve decidir se expande o cartel. Simultaneamente, a leniente potencial deve decidir se sai⁹ ou permanece no cartel. A ampliação do cartel permitirá que a líder produza menos com maior preço. Por causa disso, será vantajoso para a leniente potencial permanecer no cartel se, e somente se, a líder não expandir o cartel – caso contrário, a produção será menor, independentemente de sua eficiência produtiva/alocativa, ao mesmo tempo em que os lucros aferidos pela empresa serão reduzidos, porquanto divididos com as novas integrantes do cartel.

⁸ A efetividade refere-se à conduta dos destinatários das normas legais em conformidade com o modelo normativo ou não (MADER, 1991, p. 42).

⁹ O intuito de sair do cartel é celebrar acordo de leniência, objeto de estudo deste artigo. Afinal, a celebração de acordo oferta muito mais ganhos do que o simples abandono da prática ilícita.

Contudo, as recompensas da líder dependem de duas coisas: de a leniente potencial permanecer no cartel ou não e do custo de expansão do cartel. Esses custos podem ser *altos* ou *baixos*. Se forem *baixos*, as recompensas dos dois jogadores são mostradas no Quadro 2; se forem *altos*, as recompensas são mostradas no Quadro 3. A líder conhece esses custos; mas a leniente potencial não. Em outros termos, a leniente potencial tem informação incompleta sobre qual jogo está sendo jogado.

Quadro 2 – Recompensas do jogo

Custos de expansão são baixos

Líder

		<i>Expandir</i>	<i>Não expandir</i>
<i>Leniente potencial</i>	<i>Permanecer</i>	(-1, 2)	(1,1)
	<i>Sair</i>	(0,4)	(0,3)
		Recompensas (leniente potencial, líder)	

Fonte: própria autora

Quadro 3 – Recompensas do jogo

Custos de expansão são altos

Líder

		<i>Expandir</i>	<i>Não expandir</i>
<i>Leniente potencial</i>	<i>Permanecer</i>	(-1, -1)	(1,1)
	<i>Sair</i>	(0,0)	(0,3)
		Recompensas (leniente potencial, líder)	

Fonte: própria autora

De acordo com Harsanyi (*apud* BIERMAN, 2011, p. 252)¹⁰, o jogo deve ser remodelado, formando-se um novo jogo com 3 jogadores: a

¹⁰ “John Harsanyi encontrou um meio de modelar e estudar jogos nos quais os jogadores têm informações incompletas. Sua solução [...] é transformar jogos com informação incompleta em jogos com informação completa, porém *imperfeita*. A

leniente potencial, a líder e a Natureza. A líder pode ser de 2 tipos, *baixo custo* ou *alto custo*, referindo-se ao custo de expandir o cartel. As recompensas da líder dependem desse custo e, portanto, do seu tipo. No novo jogo, a Natureza move-se em primeiro lugar e determina o tipo da líder. Assim, a líder sabe qual é seu tipo (ou seja, sabe quais são suas recompensas), mas a leniente potencial não. Por outro lado, as recompensas da leniente potencial são de conhecimento comum. A probabilidade da Natureza escolher o tipo de *alto custo* é chamada de crença prévia e é de conhecimento comum. Nesse exemplo, supõe-se que essa probabilidade é de $1/3$.

A estratégia para a leniente potencial continua sendo um único movimento: *permanecer* ou *sair*. Todavia, agora, a estratégia para a líder consiste em um par de movimentos: (i) movimento a fazer quando seu tipo é de *baixo custo*; (ii) movimento a fazer quando seu tipo é de *alto custo*. Um exemplo de estratégia é (*expandir, não expandir*), que significa expandir quando os custos são *baixos* e não expandir quando são *altos*.

Se a estratégia da leniente potencial é *permanecer*, e da líder é (*expandir, não expandir*), a recompensa da leniente potencial é -1 com probabilidade $1/3$ ou 1 com probabilidade $2/3$. Portanto, a recompensa esperada é $2/3 \times (-1) + 1/3 \times 1 = -1/3$. De modo semelhante, a recompensa esperada de *sair* é 0 . Essa estratégia é a ótima para a líder, no sentido de que lhe assegura a recompensa mais alta em cada uma das duas possibilidades.

Embora a leniente potencial possa prever o que a líder fará dentre as possibilidades, só saberá qual após a líder se mover. Conforme elucida Bierman (2011, p. 252), se a leniente potencial é uma maximizadora de utilidade esperada e as recompensas dos Quadros 2 e 3 são “suas utilidades de Von Neumann-Morgenstern dos resultados, então ela escolherá a loteria que rende a recompensa esperada mais alta”. Assim, *sair* é a melhor resposta para (*expandir, não expandir*). Portanto, (*sair, (expandir, não expandir)*) é um equilíbrio de Nash para esse jogo.

transformação de Harsanyi trata jogadores que têm recompensas diferentes como **tipos** distintos de jogador. Harsanyi propôs que tais jogos sejam modelados do seguinte modo: Natureza move-se em primeiro lugar e ‘escolhe’ o tipo de cada jogador; os jogadores começam sabendo qual é o seu tipo, mas não conhecem de seus competidores. Os jogadores compartilham a mesma **crença** sobre como Natureza faz sua escolha probabilística. O novo jogo é denominado *jogo bayesiano* [...]” (BIERMAN, 2011, p. 251).

Partindo-se, pois, da premissa de que seja vantajoso sair do cartel para celebrar um acordo de leniência, indaga-se o que seria mais vantajoso para o agente econômico. Nesse ponto, busca-se quantificar os ganhos e os custos enfrentados pelo leniente, com base na Lei nº 12.529/11 e na Lei nº 12.846/13, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/15.

4.2. VALE A PENA CELEBRAR UM ACORDO DE LENIÊNCIA JUNTO AO CADE?

Busca-se observar os ganhos e custos, a partir do disposto na Lei nº 12.529/11, considerando o período de vigência do acordo de leniência. Salienta-se que o quadro abaixo é uma tentativa, não exaustiva, de sistematizar o conteúdo normativo. Veja-se:

PERÍODO	GANHOS	CUSTOS
Durante o cumprimento do acordo	Suspensão do curso do prazo prescricional e não oferecimento da denúncia, em caso de crime.	Cessaç�o completa do seu envolvimento no ato lesivo.
		Colabora�o na identifica�o dos demais envolvidos na infra�o, e na obten�o de informa�es e documentos que comprovem a infra�o noticiada ou sob investiga�o.
		Confiss�o.
Cumprido o acordo	Extin�o da a�o punitiva da administra�o p�blica ou redu�o de 1 (um) a 2/3 (dois ter�os) das penas aplic�veis.	-
	Extin�o autom�tica da punibilidade dos crimes relacionados � conduta.	
	Os efeitos do acordo de leni�ncia ser�o estendidos �s empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na	

	infração, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.	
Descumprido o acordo		O beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

Fonte: própria autora

4.3. VALE A PENA CELEBRAR UM ACORDO DE LENIÊNCIA JUNTO À CGU?

Busca-se observar os ganhos e custos, a partir do disposto na Lei nº 12.846/13 e no Decreto nº 8.420/15, considerando o período de vigência do acordo de leniência. Salienta-se que o quadro abaixo é uma tentativa, não exaustiva, de sistematizar o conteúdo normativo. Veja-se:

PERÍODO	GANHOS	CUSTOS
Durante o cumprimento do acordo	-	Cessação completa do seu envolvimento no ato lesivo.
		Colaboração na identificação dos demais envolvidos na infração, e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.
		Confissão.
Cumprido o acordo	Isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora.	Possibilidade de haver persecução criminal, a partir da confissão realizada no âmbito administrativo, em caso de crime.
	Isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou	

	empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público.	
	Redução do valor final da multa aplicável.	
	Isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos art. 86 a art. 88 da Lei nº 8.666/93.	
	Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integrarem o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que tenham firmado o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas	
Descumprido o acordo	-	O beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

Fonte: própria autora

4.4. QUAL A DECISÃO MAIS VANTAJOSA A SER TOMADA PELO AGENTE ECONÔMICO?

Demonstrada, pela teoria dos jogos, que a melhor estratégia de uma empresa participante de cartel é sua saída, resta definir perante qual entidade será mais vantajosa a celebração do acordo de leniência. Conforme visto, existem ganhos e custos que devem ser ponderados pelo agente econômico, de acordo com seu período de vigência. Veja-se na tabela comparativa:

PERÍODO	CADE		CGU	
	Ganhos	Custos	Ganhos	Custos
Durante o	Suspensão do	Iguais	Sem	Iguais

cumprimento	prazo prescricional e não oferecimento da denúncia.		correspondência	
Cumprido	Extinção da ação punitiva da administração pública ou redução das penas aplicáveis. Extinção automática da punibilidade dos crimes relacionados à conduta.	-	Isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora. Isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público. Redução do valor final da multa aplicável. Isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos art. 86 a art. 88 da Lei nº 8.666/93.	Possibilidade de haver persecução criminal, a partir da confissão realizada no âmbito administrativo, em caso de crime.
Descumprido	-	Iguais	-	Iguais

Fonte: própria autora

Insta analisar, separadamente, os efeitos surtidos em cada esfera. No âmbito **administrativo**, independentemente se perante o CADE ou a CGU, o processo administrativo pode ser extinto ou haver uma redução das sanções aplicadas. Já na esfera **penal**, apenas o acordo de leniência firmado perante o CADE garante a suspensão do curso do prazo prescricional e o não oferecimento da denúncia, durante seu cumprimento, e, quando cumprido, a extinção automática da punibilidade do(s) crime(s) relacionado(s) à conduta. Por fim, na seara **civil**, conforme já pontuado, não há qualquer benefício, devendo haver reparação integral do dano ocasionado pelo cartel.

Conclui-se, de modo simples, que, a princípio, compensa a celebração de acordo de leniência perante o CADE. No caso concreto, todavia, várias dúvidas podem ser suscitadas. A título ilustrativo: (i) pode o agente econômico propor, simultaneamente, um acordo de leniência perante o CADE e a CGU?; (ii) pode um acordo firmado entre as partes, no âmbito da CGU e com a anuência do Ministério Público Federal, prever impacto(s) na esfera penal? (iii) pode o agente econômico, livremente, escolher entre o CADE ou a CGU, sem qualquer limite legal? (iv) pode haver a instauração de diferentes processos administrativos para a punição de uma mesma conduta, uma no CADE e outra na CGU? (v) pode o agente econômico, caso tenha a proposta de acordo negada perante uma entidade, propor em outra?

Considerando a novidade da regulamentação da Lei nº 12.846/13, ocorrida em março deste ano, e algumas sobreposições normativas, o debate ainda não encontra respaldo legal, restringindo-se, apenas, a indagações e proposições doutrinárias.

5. CONCLUSÃO

Não se pretende, neste artigo, esgotar o tema, mas apenas problematizar a escolha de se formar um cartel e, adiante, delatá-lo, por meio da celebração de um acordo de leniência. A partir da teoria dos jogos, analisou-se se em determinado jogo com informações incompletas compensaria para o agente permanecer ou sair de um determinado cartel em licitações.

Concluiu-se que a melhor estratégia de uma empresa participante de cartel em licitações é sua saída e a celebração do acordo de leniência perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e não junto à Controladoria Geral da União (CGU).

6. REFERÊNCIAS

- BIERMAN, H. Scott. Teoria dos jogos. 2ª ed. São Paulo: Pearson, 2011.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Perguntas sobre infrações à ordem econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5cef3ecb25fa1112e452e274ce77>>. Acesso em: 18 mai. 15.
- BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 19.3.2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 15 jun. 15.
- BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 31.12.1940. Retificado em 3.1.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 jun. 15.
- BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 28.12.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 15 jun. 15.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 22.6.1993. Republicado em 6.7.1994. Retificado em 6.7.1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 15 jun. 15.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 11.1.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 jun. 15.
- BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 1º.11.2011. Retificado em 2.12.2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/L12529.htm>. Acesso em: 15 jun. 15.
- BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 2.8.2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 15 jun. 15.

FIGUEIREDO, Reginaldo Santana. Teoria dos jogos: conceitos, formalização matemática e aplicação à distribuição de custo conjunto. *Gest. Prod.*, São Carlos, v. 1, n. 3, p. 273-289, dez. 1994. Disponível em

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-530X1994000300005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 jun. 15.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. O cartel. In: LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco (coord). O cartel: doutrina e estudos de casos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, nº 1, p. 39-49, abr.-jun. 1991.

ANTITRUST IN A WORLD WITHOUT SCARCITY: HOMEMADE COMPETITION AND THE ATOMIZATION OF THE MARKETS

Roberto Domingos Tauffick

Abstract: In 2014 Stanford's Professor Mark Lemley wrote the avant-garde and provocative article *IP in a World Without Scarcity*. There he claimed that, as technology lowers the costs to produce and distribute new products, inventors need less IP protection in order to get stimulated to innovate. In this article we will explore the implications for antitrust of abundance caused by technology. We claim that the ongoing democratization of production and distribution has allowed that a number of people produce anything from almost anywhere in the world, which might, in the near future, lead to an atomization of the markets and lower prices to marginal costs.

Keywords: *scarcity, technology, IP, antitrust, close substitutes, marginal cost, homemade competition, atomization of the markets, low elasticity, uniqueness.*

In 2014 Stanford's Professor Mark Lemley wrote the avant-garde and provocative article *IP in a World Without Scarcity*¹. There he claimed that, as technology lowers the costs to produce and distribute new products, inventors need less IP protection in order to get stimulated to innovate. Because IP artificially creates scarcity in order to allow the recoupment of the investments and a fair share of profits for the inventor, the rationale behind the professor's idea seems straightforward: the lower the costs to innovate, the shorter the protection the inventor will need.

¹ Lemley, M. A., *IP in a World Without Scarcity* (March 24, 2014). Stanford Public Law Working Paper No. 2413974. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2413974> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2413974>. Last accessed on Aug26, 2015. The final version of the article was published in the 90 (2) NYU Law Review 460, May 2015. Available on <<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-90-2-Lemley.pdf>>. Last accessed on August 31, 2015.

Quoting Lemley, "[t]he more abundant they [things] become, the cheaper they become." Therefore, in a world without scarcity, because the inputs are abundant, they are also cheap and, as a matter of consequence, it also becomes cheap to create. And because distribution is also becoming cheap, the global costs to be recouped by the innovators have been consistently lowered. Insofar as the costs to innovate are so low, the number of innovators is also ascendant and no producer holds monopolistic or oligopolistic power.

As the title makes it clear, Mark Lemley's article was written to corroborate the author's manifested understanding² that, instead of promoting it, IP rights usually curb innovation. In other words, his work corroborates his vast scholarship in IP. In this article, however, we will explore *the implications for antitrust* of abundance caused by technology. We will build our argument over three cases: driverless or autonomous cars, web applications and 3D printers and oppose the conclusion we reach with the reality we observe on the audiovisual (music/video) market. We claim that the democratization of production and distribution alike has allowed that almost anyone produce anything from almost anywhere in the world, which will eventually lead to the atomization of the markets.

Technology does not necessarily replicate the perfect competition model, though. Even though it helps spur products that are close substitutes, such products are not always perfect replicas -- although, as we will see, 3D printing will probably help escalate the (authorized and unauthorized) distribution of perfect copies. On the other hand, technology will likely disrupt the current prevalence of monopolistic competition: Low costs of innovation and a much higher number of innovators help create more options to the consumer. Instead of one premium product *A* and one product *B* for low income consumers, technology will help bring *C, D, E...Z* to the market, which fit in-between *A* and *B*, some closer to *A*, some closer to *B*.

The easier it gets to supply a product or service on the market, the harder it gets to sustain market power in the long run and to profit from hardcore cartels. Because the market is so contestable, higher prices or lower quality could easily lead to high churn or attrition rates. And insofar as there are so many atomized competitors, it would be virtually

² A good example of his scholarship lies in: Lemley, M. A., *Faith-Based Intellectual Property* (March 30, 2015). 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2587297> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2587297>. Last accessed on August 26, 2015.

impossible to aggregate a significant number of market players with high combined market shares. On top of that, as just mentioned, the immediate effects of cartels -- higher prices and lower quality -- would lead to a higher churn. And because the market is contestable, any attempt to price predatorily and then recoup (by imposing higher prices) would fail, because there would be entry and more competition would lower the price to marginal cost.

As it should be clear at this point, technology that eliminates scarcity creates effects that might eliminate the need for antitrust scrutiny. The examples we provide below should help illustrate how the change is happening and why the kind of competition that is flourishing is so disruptive.

We will start with the market for rides -- the traditional market for taxis that, all around the world, has been under the disruptive entry by Silicon Valley's Uber. We have chosen to start with this market because, even though it has already been subject to the entry of a maverick, the inevitable future of driverless cars should further eliminate any reason to regulate and restrict entry to this market.

Then we explore the world of web applications, how the Internet works from server to server and why this market, despite the qualification that is necessary to start coding or programming, is already one with the lowest entry barriers. This is also where we see how the Internet has allowed that production and distribution costs for software come to zero.

Our next stop is the market for 3D printers and how it has democratized production -- helping the birth of industrial production in lower scale (that has shown to be so necessary in times of economic slowdown). Here we will also see how 3D printers have revolutionized the market by bringing to marginal costs the value to distribute hardware.

We will finally move to the market for audiovisual content -- a market that has already been subject to the empowerment of the content producer and the displacement of the intermediary. We will face, here, the question why high technology is not able to curtail market power and cartelization where uniqueness is present.

DRIVERLESS OR AUTONOMOUS CARS

Taxis have dominated the market for car rides for a long time now. Car ride markets are those where the rider chooses the departure time and the points of origin and destination.

Taxi services have been identified as classical examples of rent seeking³ because the rents extracted by the owners of the licenses -- who should not be confused with the cab drivers -- do not come from the quality of the service provided to the rider. Instead, they come from the oligopolization of the market by a few license holders who take advantage of inelastic and growing demand to charge higher rates.

In order to justify the imposition of entry barriers, lobbyists acting on behalf of the private interest of the owners of the licenses convince the legislators to raise a series of safety regulations and to set the retail price elected by the license holders. The license holders effectively have the power to block entry, raise prices and forbear the active supervision that allegedly inspired the entry barriers and the safety regulation. Because lower entry creates higher demand pressure, lowers competition for the rides and helps keep coordination costs low, the ratio *cab per person* has significantly dropped over the decades and the failed franchise system has compromised the ability to serve well the population. There are too few taxis⁴, most of them with old cars and uneducated and/or convicted drivers willing to take advantage of asymmetric information concerning the urban geography in order to take longer routes and charge riders higher fares. Last, taxi drivers have cream skimmed and refused to serve more violent neighborhoods, a behavior that should not be tolerated among providers of a public service⁵.

Because the system of franchises was leading to poor and expensive services, the market created its own solution: Ride-sharing services like Über and Lyft, that worked as intermediaries between people willing to offer rides and people willing to take rides. Ideally, the service should help reduce the number of cars on the streets by intermediating

³ Tullock, G., *The welfare cost of tariffs, monopolies and theft*. 5:3 (1967: June) Western Economic Journal 224.

⁴ Krugman, P. R., Wells, R., *Economics*. New York: Worth Publishers, 2006.

⁵ Uber is Serving New York's Outer Boroughs more than Taxis are

-- But most of its rides, like those of taxis, still start in Manhattan. By [Carl Bialik](#), [Andrew Flowers](#), [Reuben Fischer-Baum](#) and [Dhruvil Mehta](#). August 10, 2015. Available on

<http://fivethirtyeight.com/features/uber-is-serving-new-yorks-outer-boroughs-more-than-taxis-are/>. Last accessed on August 26, 2015.

owners of cars with idle capacity with potential riders willing to have access to services that could serve them at least as well as taxis. But, eventually, what happened was that Über's success made it logical for many people to leave their former jobs to invest in new cars and become full-time drivers. Or at least find part-time jobs and become part-time Über drivers. Such trend reduced the expected Über effect over the number of cars on the streets.

Ride sharing services came to benefit cab-dissatisfied consumers. Therefore, they set only the maximum prices that the drivers should charge, require evidence of good standing and habilitation to drive, do not set limits to the number of drivers, require new cars and the use of GPS, provide the rider with access to the driver's personal and car information and offer to the rider the ability to track the car in her mobile device. In other words, ride sharing services solve, for a lower price, the problem that taxis' franchises were meant to solve.

The disruptive transition to a system of Übers and Lyfts has created turmoil all around the world, as license holders claimed that regulatory costs put them in disadvantage. Regulatory costs included the price of the franchise not incurred by the Übers and Lyfts and labor burdens that the ride-sharing applications refused to pay, as they did not regard the drivers as employees (but as regular application users). In London, to be very specific, the drivers of the black cabs also incurred high opportunity costs to study and memorize the city circuits and the location of the main touristic sites. What demonstrations have not shown was the tax incentives that license holders receive in countries like Brazil or the costs that, unlike license owners, Über drivers incur to meet safety, technology and year-of-the-car standards. On top of that, Übers may have been serving more riders outside the wealthiest districts than cab drivers -- this is actually the case of Übers serving the boroughs of New York City outside Manhattan⁶. And, because Über does not depend on public

⁶ Uber is Serving New York's Outer Boroughs more than Taxis are

-- But most of its rides, like those of taxis, still start in Manhattan. By [Carl Bialik](#), [Andrew Flowers](#), [Reuben Fischer-Baum](#) and [Dhruvil Mehta](#). August 10, 2015. Available on <http://fivethirtyeight.com/features/uber-is-serving-new-yorks-outer-boroughs-more-than-taxis-are/>. Last accessed on August 26, 2015.

franchises, it has also been helping minorities make their livings and has significantly reduced the wait times for those who cannot drive⁷.

Last but not least, license owners failed to provide arguments that sustained the convenience of not shifting from an inefficient regulated model to modern market oriented and self-regulated service. If ride-sharing services prove to be superior, it is regulation that must change or be lifted -- regulation is just the means to achieve the welfare of the people, not the ends to be achieved at any cost, economic inefficiency included.

But another change has been announced for this market: The entry of autonomous cars. Uber itself has already disclosed its plans to use driverless cars to serve people. Uber bets that the technology that has been tested by Google and Tesla for some years now will offer safer rides and eliminate opportunistic behavior as it eliminates the human interface. After the completion of the tests with the driverless cars, there will be no reason why they should not replace the traditional taxis. Autonomous cars offer other advantage: They can be programmed not to cream skim, they do not entail a labor relationship and open the possibility of serving more violent neighborhoods.

But, in our opinion, the revolution of driverless cars is deeper: As the common citizens start to consume them, the ability to offer safe rides for riders will no longer be in the hands of those who can incur the costs to process the records of human drivers. Because the cars will be entirely in the hands of the machines, reliable autonomous cars will allow any owner of such autonomous cars to offer rides in exchange for a compensation: The car manufacturers will offer, once-and-for-all, the universal guarantee of reliability. Once approved, there will be no barrier for an atomization of the service. In other words, the surge of autonomous cars will eliminate the need for the intermediaries: Übers, license holders or the government itself alike.

In other words, there will be less cars on the streets because the moments when one's car would be idle can now be used to drive someone else elsewhere. The technology will make it easier to collectively own a car and at the same time avoid the dilemma of the commons: Because the

⁷ How Uber is Changing Life For Women in Saudi Arabia -- Women, legally barred from driving in the country, make up 70-90% of the service's customer base. By [Evie Nagy](#). Available on <
<http://www.fastcompany.com/3048461/app-economy/how-uber-is-changing-life-for-women-in-saudi-arabia#>>. Last accessed on August 26, 2015.

driver is always the same machine, no one using the car will have incentives to be reckless.

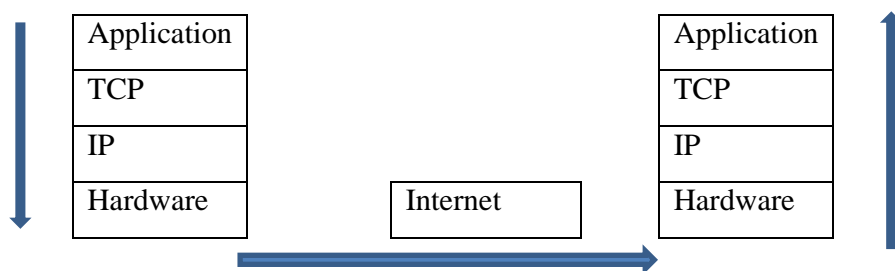
Because competition will come from every home where there is an autonomous car, we call such an atomization of the market as *homemade competition*. Homemade competition for autonomous cars creates homogeneous *intra-model competition*, while creating heterogeneous *inter-model competition*: The same model of the same brand of car will offer the same conditions of comfort and safety, regardless of the owner. Safety regulation for the maintenance and use of the autonomous cars should replace the periodic habilitation tests for humans and be enough to assure the regular conditions of the autonomous car -- be it in the private use by the owner, be it in the similar use by a third party (the rider) in exchange for a compensation.

Most important: autonomous or driverless cars should disrupt this market in such a way that it will no longer exist in the way we see it today. Service should become cheaper, safer, universal and ubiquitous. Eventually, competition will be so vibrant that the car owners will decide to offer lifts for their marginal costs -- basically the costs to charge electric cars.

WEB APPLICATIONS

The Internet works in layers. A simplification of how it works can be found in many textbooks⁸ and specialized websites⁹ and blogs.

Picture 1. How the Internet operates



Source: The Shuler Family Website

⁸ Van Schewick, B., *Internet architecture and innovation*. Cambridge, MA: MIT, 2010.

⁹ Shuler, R., *How does the Internet work*. Available on <http://www.theshulers.com/whitepapers/internet_whitepaper/index.html>. Last accessed on Aug27, 2015.

The translation is quite straightforward for a repeated user. Content (here represented as the application layer) is "sliced" in chunks and transmitted in multiple packets using the Transmission Control Protocol Layer (TCP) -- where the packets are assigned to specific applications according to the port numbers they are identified with -- and the Internet Protocol Layer (IP) -- where the packets are assigned to specific computers according to their IP addresses. Information flows from one computer to the other as binary code and can only reach their destination because of the routers that identify the IP addresses with specific Internet Service Providers (ISPs). At the destination computer, the machine reads the code and translates the original message.

All this process happens every time one uses simple messaging applications or complex content providers sending heavy content. Because the TCP/IP protocols on the Internet are open, anyone can develop and transmit content over the Internet "for free" under end-to-end (E2E) network neutrality rules. Under E2E network neutrality rules, all that the content provider should pay is the regular fee that any end user pays to send or receive content -- be it a heavy email message, be it heavy streaming content. The ability that a number of content providers have to develop n independent solutions for the same problem makes it possible to claim that the Internet simulates a situation of almost perfect competition¹⁰.

This is true not only for content that can be accessed on specific web addresses, like web blogs, but also for software that can be downloaded at the destination and, as we will see, for hardware that can be downloaded on 3D printers.

It means that, for the distribution and licensing of software, the Internet has already been successfully lowering distribution and licensing costs. On top of that, the Internet has also eliminated costs associated with the operation of brick-and-mortar offices by giving an opportunity for the rise of virtual businesses. Besides, the Internet has changed the timing of the delivery, making it instantaneous -- increasing the welfare of the final consumers.

When we first heard of Napster it was but what we have already called homemade competition. Actually, the world of application

¹⁰ Taufick, R., *Network Neutrality, Innovation Competition And Regulatory Asymmetry* (December 22, 2014). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2541977> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2541977>. Last accessed on August 27, 2015.

development has long been a world of home developers who use their spare times to create something that is usually useful for their own day-to-day activities. This is also the story of the founders of world's most valuable business, Google. Sergey Brin and Larry Page have met when they were PhD computer science students at Stanford University and developed an algorithm to help their researches. Like many, they would not have started their businesses if there were significant upfront costs. Basically, all they needed was the computers they used at Stanford, the Internet provided by the Stanford campus and their education. But no cost was required specifically to innovate or to start a business.

As it should be clear now, the Internet helped eliminate scarcity in the production and in the distribution of software by eliminating upfront costs associated with the operation of brick-and-mortar offices and the design, packaging, transportation and delivery of the product. By eliminating costs, it also eliminated significant entry barriers, which essentially dropped to zero for skilled developers on the market. The Internet helped eliminate scarcity for solutions that are now offered by a number of applications -- many of them for free, replicating the zero marginal cost incurred by the developers in very competitive markets.

3D PRINTERS

Probably the most meaningful piece of evidence used by Mark Lemley to explain why the protection of IP rights is doomed to extinction comes from the development of 3D printing and its ability to eliminate scarcity. Basically, such printers can now do for hardware what the Internet alone has already done for software: It cuts off the distribution costs. Moreover, it raises exponentially the costs to monitor and deter piracy, or the production of unauthorized copies.

Because distribution costs represent a significant part of the expenses for many sectors, like drugs -- that have to reach the smallest and most isolated towns in the country if universalization goals and other public policies are to be achieved -, the use of 3D printing could lower the price for the final consumer and the costs for public healthcare. As anticipated, because the distribution costs are lowered, IP protection might not need to be as lengthy as it is today to allow proper recovery from the investment. In terms of competition, lower costs mean lower entry barriers and higher rivalry: In healthcare, lower entry barriers for branded drugs could spur innovation, while shorter IP protection for the branded drugs

could anticipate the entry for the generic drugs and lower the prices for the final consumer and for government procurement.

In terms of piracy, anyone who can reverse-engineer would be able to *print* a patented product at home for self-consumption or noncommercial purposes. Even if nowadays 3D printing only allow small scale production -- which is quite unlikely to remain as such in the long run -, once the product is reverse engineered, it could only take seconds until the formula to be used is posted on a website or circulates on web applications like messengers and social networks. In other words, patented products could have effectively no protection against having their products *3D printed* by the consumers. Although IP addresses can be tracked and the ones who post the formulae could be incriminated, enforcement stops there. There would be no guarantee that the recipients of the message have used the formulae. Even if the police authorities proceeded with a number of searches and seizures, there would be no guarantee that the recipients would have used their own personal 3D printers to do the job.

3D printing poses, then, a serious question on how to protect IP rights to a minimum necessary extent in order to provide incentives for investors. How to deal with the end of scarcity is, actually, Lemley's final question in his article. On the other hand, depending on the kind of compensation that the professional seeks for her work, 3D printing also provides an easy solution to place a product on the market. This is the case of the group of professionals who, according to Mark Lemley, find in reputation enough compensation for their works. If there are a significant number of professionals who fit in this category, it is quite possible that 3D printing will make available for free close substitutes for many products that are still protected by IP rights. In these cases, the value of products protected by IP rights drop to zero -- or close to zero, if consumers show to be too loyal to a brand -- from the perspective of the consumer: The price that is charged by the competitors for the substitutes.

The effect for competition is dubious -- as it is for innovation. Even if we accept that close substitutes will be made available for free, the pace of innovation for products that demand massive expenses in research may be affected. It is also true that close substitutes are not perfect substitutes -- which can make all the difference in niche markets. This is the specific case of drugs: the small differences in the distribution of the inactive ingredients (excipients) around the active principle can make the whole difference for the treatment of mental disorders like schizophrenia.

So, on the one hand, the ability to *print* in one's own house products whose composition has been disclosed for free by the inventors can lead to an atomization in the production. Those who own 3D printers can produce for themselves and sell the product for those who do not. Because competition is expected to grow as the prices for the 3D printers fall, in the long run the price for the outputs of the printers should equal marginal costs. On the other hand, this movement should disrupt the current incentives to innovate by compensating only those who do not depend on the sales of the innovative product to make their living (reputation-seekers). Because there will be less innovators, 3D printers should have an undesirable effect over the pace at which innovation happens on markets that remunerated innovation well.

We must not ignore, however, that 3D printers should help bring to the market innovation in less commercial markets -- including those for drugs that affect people living under poor conditions of health (like tropical diseases) and some niche markets that do not afford production in large scale. The results of researches funded by public money could be posted on the web and find an easier way to the market by 3D printers.

The balance between both situations tends to favor 3D printers. The use of technology itself can lead to online updates that only allow the use of the printers when they are connected to the Internet and updated -- Apple's iPhone already has a similar mechanism for its Facetime, that only works with a wifi connection. Such updates would block printing of products still protected by IP rights. Solutions alike can be easily designed and implemented and can help keep the incentives for innovation on the markets that pay well without affecting the benefits of bringing to the market for free many innovative products that can be made available by academics and many other innovators. Such innovations will help atomize more profitable markets and, eventually, drive prices down towards marginal costs. And they will also make it possible for researchers to find useful solutions, especially in the health sector, without being concerned about how profitable their idea is and how appealable it is, for instance, to the pharmaceutical industry. Homemade production will, in this case, make available products that can save lives, but which would not have been otherwise marketed for being considered not to be profitable enough.

AUDIOVISUAL

So far we have seen cases where technology can lower the costs to produce or to distribute certain products or services. By doing so,

technology becomes instrumental to the entry of a myriad of entrepreneurs, helping eliminate scarcity.

Scarcity is eliminated because the consumers feel that the products that are offered on the market are close substitutes. This is true in the case of rides, where the model of the vehicle is not usually relevant for the rider -- but even when it is relevant, technology will also allow the elimination of intra-model scarcity. It is also true in the case of web applications, where there are usually many similar options posted by different application developers that can solve the same problem. And it is also true in the case of the hardware delivered by 3D printers of the same quality. Here, just like in the intra-model competition that might exist in the market for rides, it might also be possible to distinguish different submarkets where competition thrives.

The market for audiovisual content is somehow more complex. Even though the distribution of music and video has been subject to intense concerns coming from the artists and intermediaries -- labels -- at least since *Cahn v Sony Corp.*, No. 90 Civ. 4537 (S.D.N.Y. filed July 9, 1990), it is not possible to speak of an atomization of the market. Technology helped happen the decay of the labels. Computers (including smartphones and tablets) and the Internet have made it a lot simpler to operate recording and edition equipment audience -- both are works that used to make artists dependent on the intermediaries -- and have democratized access to the audience. On the other hand, even though we -- the audience -- have a larger room to pick up winners and losers whose works are displayed on web applications like Youtube, fans do not simply switch away from the artists they love simply because they forbid the download of their videos and songs for free.

The so-called *Taylor Swift effect* is but what economist have long called elasticity: The ability that a product or service has to make consumers loyal. Everything else equal (*coeteris paribus*), the highest levels of fidelity belong to monopolies -- simply because there is no alternative to the product -- and to the cases of monopolistic competition. The lowest levels of fidelity are achieved as we find close substitution and become critical as we achieve perfect competition (where products are homogeneous). The higher the uniqueness of the artist, the lower the elasticity.

So, although technology has helped eliminate the dependence of the artist on the intermediary and has atomized the role of those who distribute or make content, it has not been capable of atomizing the role of

the artist. Just like Franz Liszt and Sergei Rachmaninoff belonged to the Romantic Era but do not have close substitutes, the current existence of a long tail of artists and works does not affect the value of the most prominent artists and their works.

We are talking about two different markets: The must-haves and the fringe competition. The must-haves have low elasticity because of their uniqueness: The consumer has decided to pay more to have the work of that artist. On the other hand, the works of the artists within the fringe are close substitutes: the average consumer perceives them as sample works of a certain genre. Nowadays Taylor Swift is a must-have for most teenagers: her music must be played in their parties. The rest of the repertoire is usually up to the DJ or VJ. Technology has made the fringe's tail longer for the DJs and VJs, but has not helped eliminate the frenzy over pop artists.

So at the same time that more artists become visible at lower costs, including by the creation of low-budget homemade studios, high competition in the fringe is leading the price for their works towards marginal costs. On the other extreme, the Taylor Swifts show market power and prove how inelastic is the demand for their works when they refuse to negotiate with popular applications like Spotify¹¹ (where people usually listen to music for free) and giants like Apple Music¹² (paid-subscriber-only content)¹³.

Unlike the fringe, the high end of the market -- where uniqueness exists -- is prone to agreements between competitors or cartelization. Tidal, the label recently created by Jay-Z to congregate most well paid music artists on the market, is but an agreement between competitors that can hardly find justification in the compensatory power theory. Because,

¹¹ McIntyre, H., *Taylor Swift vs. Spotify: Should artists be allowed to opt out of free streaming?* (August 8, 2015). Available on <<http://www.forbes.com/sites/hughmcintyre/2015/08/08/taylor-swift-vs-spotify-should-artists-be-allowed-to-opt-out-of-free-streaming/>>. Last accessed on August 30, 2015.

¹² Lev-Ram, M., *Taylor Swift and Apple: The back story* (July 14, 2015). Available on <<http://fortune.com/2015/07/14/taylor-swift-apple-backstory/>>. Last accessed on August 30, 2015.

¹³ Actually, unlike many well-succeeded artists, Swift still works with the label that discovered her. Besides her attachment to Scott Borchetta, the long partnership also seem to imply that her finances are going far better than such artists' -- probably because her degree of uniqueness (and market power) is higher.

as we have claimed, intermediaries like labels have lost their ability to define the rules for the audiovisual market, arrangements like Tidal lose their pro-competitive appeal and will increasingly look like illegal price fixing.

FINAL REMARKS

Technology can help eliminate scarcity, spurring competition between products and services that are close substitutes. By lowering the costs to produce and/or to distribute, technology is not only making it less necessary to maintain long periods of IP protection to create incentives to innovate, but also lowering the barriers to entry. With more competition from close substitutes, we expect more supply and that prices go down. As the technology to offer certain services or produce certain products is democratized and many people start having the ability to built what they need and supply such products and services to third parties, such markets tend to become atomized and the prices of the services or products might reach marginal costs.

We have found, however, that the ability to have longer tails when people seek uniqueness might lead to higher competition in the fringe, where the services or products are close substitutes, but will not affect the market power of those products and services whose demands are not elastic. And it is in the high end that illegal agreements between competitors still take shape.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO NA REVISTA DO IBRAC

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista do IBRAC.

Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adapta-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.

2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para o IBRAC e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizado a incluir esse Conteúdo Editorial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo ao IBRAC determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, download, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação ao IBRAC pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista.

O IBRAC fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.

3. O Conteúdo Editorial encaminhado para ao IBRAC não pode ter sido publicado nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.

4. O material recebido e não publicado não será devolvido.

5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. O IBRAC não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.

6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: ibrac@ibrac.org.br. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições as quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, e-mail, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pelo IBRAC com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.

8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na *Revista do IBRAC*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

9. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – Máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida

(que não seja na área acadêmica). Exemplo: Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.

10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no Máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.

11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.

12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No Sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo: Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.

13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.

14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).

15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.