

Vol. 4

Nº 2

2016 - Novembro

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



Standards como eventual limite à concorrência: breve consideração acerca do cartel do cimento no Brasil

Vicente Bagnoli²⁵⁹
Maria Fernanda Madi²⁶⁰

RESUMO

Standards, ou normas técnicas, definem requisitos técnicos ou de qualidade a produtos e processos de produção ou serviços. Ainda que existam eficiências econômicas não desprezíveis no processo de normatização, a literatura concorrencial também vem mostrando que em um mercado onde os *standards* são excessivos, a livre concorrência pode ser prejudicada, pois a iniciativa de várias empresas passa a ser limitada. No presente artigo serão abordadas as preocupações concorrenciais que devem ser consideradas pela autoridade de concorrência em suas análises e investigações. O artigo utiliza como exemplo, e breve estudo de caso, o chamado cartel do cimento, julgado em 2014 pelo CADE.

Palavras-chaves: Standards; Normatização; Colusão; Concorrência.

ABSTRACT

Standards can be defined as technical or quality requirements for products, production processes or services. Even knowing that the standard setting might lead to economic efficiencies, the antitrust literature also shows that markets where standards are excessive, free competition may be harmed as the initiative of several companies happens to be restricted in some form. This paper aims to present which are the antitrust concerns that should be taken into account by the competition authority in their analysis and future investigations. The article also uses as an example and case study the so-called cement cartel, judged by CADE in 2014.

Keywords: Standards; Standard Setting; Collusion; Competition.

Classificação JEL: L4

²⁵⁹ Vicente Bagnoli é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e advogado; Consultor não governamental da ICN e Consultor temporário do Banco Mundial; Presidente da Cecore OAB SP (2013-2015); Conselheiro do IBRAC; Coordenador do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

²⁶⁰ Maria Fernanda Madi é Doutoranda em *Law & Economics* pela Erasmus University Rotterdam, advogada e economista; Membro do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

SUMÁRIO: 1. Introdução: *standards* e o papel das SSOs; 2. O Cartel do cimento e a imposição de barreiras à entrada; 3. *Standards* e concorrência; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução: standards e o papel das SSOs

Na literatura concorrencial brasileira, muito já se discutiu sobre o papel das associações e sindicatos na formação de cartéis nos mais diversos setores da economia. Discutiu-se que estas entidades estão expostas a um risco não desprezível de se envolverem em práticas contrárias à concorrência e ao livre mercado, uma vez que as recorrentes discussões entre as empresas associadas podem extrapolar as funções legítimas das entidades, permitindo que os concorrentes se engajem, por exemplo, em definir estratégias de mercado tais como preços, quantidade produzida e clientes.²⁶¹

Uma questão que vem sendo questionada pelas autoridades de concorrência no mundo é se estas entidades que unem concorrentes, também podem se envolver na elaboração de “*standards*”, ou seja, na definição de normas técnicas para cada setor específico, potencialmente com o intuito de favorecer uma minoria e prejudicar a livre concorrência em determinados mercados. As implicações concorrenciais da normatização ganham espaço na atualidade, uma vez que aumentam a importância das padronizações para interoperabilidade nos mercados de tecnologias.

Vale notar que restrições à concorrência podem ser implementadas em níveis diversos de regulação, podem assumir inúmeras formas (técnicas, financeiras e jurídicas) a partir de iniciativas pública e privada.²⁶² As normas técnicas, também chamadas de normas padrão (ou, em inglês, *standards*, expressão utilizada ao longo deste artigo), geralmente definem requisitos técnicos ou de qualidade a que produtos, processos de produção ou serviços podem ou devem cumprir. Em um mercado em que os *standards* sejam excessivos, a livre concorrência fica prejudicada, pois a livre iniciativa de certas empresas passa a ser limitada.²⁶³

Especificamente, *standards* podem ser definidos como um conjunto de normas e especificações técnicas que visam fornecer um padrão ou *design* comum para um produto

²⁶¹ Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE no 03/2009. p.3.

²⁶² OECD. *Implementing Competition Policy in Developing Countries*. 2007. p.86

²⁶³ OECD. *Competition Assessment Toolkit*. Volume 1 and 2. Disponível em: www.oecd.org/competition/toolkit. p.67

ou processo produtivo.²⁶⁴ Lundqvist²⁶⁵ explora a ideia de que um *standard*, na sua definição mais ampla, pode ser descrito como uma “solução para uma demanda”.

Os *standards* podem assumir diferentes formas, qualidades ou dimensões de um determinado produto ou de uma especificação técnica nos mercados de produtos ou serviços. Por exemplo, as normas podem: estabelecer parâmetros de qualidade relacionados à segurança, desempenho ou eficiência do produto; estabelecer parâmetros para garantir que o consumidor esteja bem informado sobre as características de um produto, tais como as normas de rotulagem; definir critérios para o desempenho de determinadas profissões; garantir a interoperabilidade entre dois ou mais produtos ou processos; entre outros.²⁶⁶

Segundo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), a existência dos *standards* permite “o estabelecimento de soluções, por consenso das partes interessadas, para assuntos que têm caráter repetitivo, tornando-se uma ferramenta poderosa na autodisciplina dos agentes ativos dos mercados, ao simplificar os assuntos, e evidenciando ao legislador se é necessária regulamentação específica em matérias não cobertas por normas”.²⁶⁷ Ainda, a ABNT ISO/IEC Guia 2:2006, apresenta como os objetivos da normatização: a segurança, proteção do produto, controle da variedade, proteção do meio ambiente, intercambialidade, eliminação das barreiras técnicas e comerciais, compatibilidade e comunicação.

O procedimento de criação de um *standard* pode surgir a partir de iniciativas do setor público, bem como dos entes privados. Quando se pensa em criação de *standards* pelos entes públicos, algumas características devem ser avaliadas. O setor alimentício, por exemplo, é caracterizado pela presença de externalidades e assimetrias de informação, sendo assim, este mercado, isoladamente, dificilmente conseguiria fornecer a quantidade socialmente desejável de segurança alimentar e, portanto, a competência para padrões de segurança alimentar continua a ser uma responsabilidade do setor público.²⁶⁸

Sob uma perspectiva concorrencial, os *standards* têm claramente alguns efeitos pró competitivos a serem levados em consideração quando analisada a economia como

²⁶⁴ Geradin, Damien and Layne-Farrar, Anne. *The Logic and Limits of Ex Ante Competition in a Standard-Setting Environment*. Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, Spring 2007. p.3

²⁶⁵ Lundqvist, B. *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The rise and limits of self-regulation*. Edward Elgar Publishing Limited, 2014. p.35

²⁶⁶ OECD. *Setting Standard*. 2010. p. 10

²⁶⁷ Informação disponível em: <http://www.abnt.org.br/normalizacao/o-que-e/objetivos>

²⁶⁸ Smith, G. *Interaction of Public and Private Standards in the Food Chain*. OECD Food, Agriculture and Fisheries Working Papers, No. 15, OECD Publishing. 2009. p. 4

um todo, uma vez que podem ser usados para garantir uma melhor qualidade de determinados produtos no mercado, além de fornecer informações para as partes e assegurar a compatibilidade entre os produtos, aumentando assim, o valor dos produtos para os consumidores. Estas eficiências não podem ser ignoradas.

No entanto, os mesmos *standards* podem gerar efeitos anticompetitivos no mercado, já que podem limitar ou controlar níveis de produção, inovação e desenvolvimento técnico. Isso significa que os *standards* nem sempre maximizam o bem-estar social e, portanto, cabe à lei e às políticas de concorrência evitarem potenciais danos à concorrência causados por essa padronização nos mais diferentes tipos de indústria.

Vale ressaltar que os *standards* também têm um papel na definição de mercados relevantes uma vez que eles podem alterar a dinâmica do mercado. A Comissão Europeia, por exemplo, nas suas Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (ou em inglês *Treaty on the Functioning of the European Union* – TFEU) aos acordos de cooperação horizontal, propõe que os *standards* (nominados de ‘acordos de normalização’ pela autoridade europeia) podem produzir os seguintes efeitos:

Os acordos de normalização podem ter repercussões em quatro mercados, que serão definidos em conformidade com a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado. Em primeiro lugar, a fixação de normas pode ter efeitos no mercado ou mercados do produto ou dos serviços a que a norma ou normas dizem respeito. Em segundo lugar, quando a fixação de normas implica a seleção de tecnologia e quando são comercializados direitos de propriedade intelectual independentemente dos produtos a que dizem respeito, a norma pode ter efeitos no mercado da tecnologia relevante. Em terceiro lugar, o mercado da fixação de normas pode ser afetado se existirem organismos ou acordos de normalização diferentes. Em quarto lugar, quando existe, o mercado distinto dos ensaios e da certificação pode ser afetado pela fixação de normas.²⁶⁹

Na grande maioria das vezes, a fim de elaborar tais regras, a cooperação entre os agentes do mercado se faz necessária. Os fóruns de discussão entre as indústrias de um determinado mercado para discutir a criação e manutenção de determinadas normas técnicas são internacionalmente conhecidos como Organização para Criação de Normas Técnicas, em inglês, *Standard Setting Organizations (SSOs)*; ou ainda Organização para Desenvolvimento de Normas Técnicas, em inglês, *Standard Developing Organization (SDOs)*.

²⁶⁹ Veja parágrafo 261 das "Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal" de 2011.

Importante notar que cada *SSO* tem suas próprias regras sobre os critérios de participação nas entidades, os métodos de definição das normas técnicas e regras de voto. Segundo consta das melhores práticas internacionais, as regras internas das *SSOs* e todo o procedimento de definição do *standard* deve ter um caráter não discriminatório, aberto e transparente, uma vez que deverá ter como objetivo o aumento do bem-estar total do mercado a que se refere.²⁷⁰ Há algumas *SSOs* com um alcance internacional, como por exemplo, a Organização Internacional para Padronização ou Organização Internacional de Normalização (em inglês *International Organization for Standardization – ISO*).

Internacionalmente, a ISO é uma das principais instituições que tem como objetivo estabelecer padrões internacionais de qualidade para diversos produtos e serviços existentes, desde segurança para computadores até agricultura e saúde. No Brasil, estas normas são criadas e gerenciadas, em sua maioria, pela própria ABNT.

Os objetivos das *SSOs* são diferentes dos objetivos de associações comerciais convencionais ou ainda de sindicatos profissionais, uma vez que as associações e sindicatos, na sua grande maioria, têm objetivos mais amplos como - além do estabelecimento de normas e certificação - compartilhamento de notícias da indústria, *lobbying*, treinamento de profissionais, aconselhamento profissional, organização de conferências, entre outras funções.²⁷¹

O Guia de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações publicado em 2009 pela extinta Secretaria de Direito Econômico, já apresentava a ideia de que por vezes, sindicatos e associações de classe extrapolam suas funções institucionais e acabam por coordenar e/ou influenciar acordos entre seus associados no sentido de uniformizar condutas comerciais.²⁷² O mesmo Guia já alertava quanto ao risco destas entidades se envolverem em condutas anticompetitivas relativas a normatização:

[...]as associações devem tomar as devidas precauções para que os meios utilizados não sejam injustificadamente restritivos à concorrência, ou seja, para que não ergam barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes no mercado, impeçam a inovação da indústria ou, de qualquer outra forma, inibam a concorrência. [...] **A adoção de critérios de padronização e certificação deve ser imparcial, sem gerar propositalmente benefícios a determinadas empresas, em detrimento de outros concorrentes.** Ainda, quaisquer

²⁷⁰ OECD. *Setting Standard*. 2010. p. 10

²⁷¹ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 24

²⁷² Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE no 03/2009. p. 12.

discussões relativas à padronização e à certificação devem ser abertas a todos os interessados.²⁷³ (destacou-se)

Antes de um *standard* ser definido, as empresas de determinado setor competem em tecnologia, oferecendo soluções diferentes para os problemas em que a normalização se destina a abordar.²⁷⁴ No entanto, dentro de uma SSO reúnem-se grupos específicos de concorrentes que geralmente têm interesses mútuos e, portanto, pode ser um ambiente facilitador para colusão. Em outras palavras, as regras das SSOs e os *standards* em si podem não ser projetados visando um aumento de um bem-estar da sociedade como um todo, mas podem ser destinadas a favorecer os interesses de seus próprios produtos no referido mercado.

Autores como Farrell, Hayes, Shapiro e Sullivan²⁷⁵ discutem, por exemplo, que a configuração das SSOs envolve frequentemente concorrentes horizontais (i.e., de um mesmo mercado) concordando sobre certas especificações dos produtos que pretende comercializar, implicando questões concorrenciais fundamentais sobre a fronteira entre cooperação e colusão. O potencial para a colusão nesses casos não pode ser ignorado visto que os maiores riscos de violação à Lei de Concorrência estão naquelas entidades que congregam concorrentes como seus associados.²⁷⁶

Lundqvist²⁷⁷, por sua vez, declara que o procedimento de fixação de normas depende de processo colaborativo, onde os membros das SSOs ou SDOs realizam as atividades de Pesquisa & Desenvolvimento (P&D) e negociam os *standards*. O referido autor também declara que se as regras gerais definidas por tais Organizações são agressivas e não transparentes, os *standards* refletem que essas Organizações são orientadas para proteger os interesses de uma "minoría" e não os interesses da sociedade, tais como a proteção dos consumidores. Em outras palavras, estas Organizações têm como objetivo principal criar normas e não defender a concorrência, minimizar problemas advindos de abuso de propriedade intelectual (patentes), ou, proteger outros objetivos de política pública.

²⁷³ Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE no 03/2009. p. 20.

²⁷⁴ Geradin, Damien; Layne-Farrar, Anne. *The Logic and Limits of Ex Ante Competition in a Standard-Setting Environment*. Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, Spring 2007. p.4

²⁷⁵ Farrell, J., J. Hayes, C. Shapiro and T. Sullivan. *Standard Setting, Patents, and Hold-Up*. 2007, No. 3, Antitrust Law Journal, 603-670. p. 1

²⁷⁶ Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE no 03/2009. p. 12 e 20.

²⁷⁷ Lundqvist, B. *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The rise and limits of self-regulation*. Edward Elgar Publishing Limited, 2014. p.145

Finalmente, uma nota deve ser feita em relação às implicações dos *standards* terem um caráter obrigatório ou facultativo. Os *standards* obrigatórios devem ser mais do que apenas uma "solução para a demanda",²⁷⁸ um *standard* obrigatório deve ter um instrumento similar e/ou complementar à regulação econômica, especialmente nas áreas de meio ambiente, saúde e segurança, uma vez que a justificativa para a imposição dessas normas resulta de falhas de mercado, ou seja, da crença de que, sob certas condições, a livre concorrência pode não alcançar níveis de bem estar social desejáveis.²⁷⁹ Outro exemplo importante a ser considerado como *standards* obrigatórios, para além daqueles do setor alimentício, são específicos de segurança relacionados às engenharias civil, mecânica e elétrica, pois eles têm a finalidade de proteger a saúde humana, garantindo a segurança dos usuários de vários produtos, os trabalhadores no local de trabalho e infraestrutura segura.²⁸⁰

2. O Cartel do cimento e a imposição de barreiras à entrada

Para o pleno entendimento dos conceitos apresentados no presente artigo, utiliza-se como referência o caso conhecido como o cartel do cimento ou das cimenteiras, Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em 2014.

Conforme explicado pelo CADE à época do julgamento, o cimento é um produto essencial usado para a indústria de construção civil e infraestrutura de maneira geral. É um produto com uma natureza homogênea e que, geralmente, apresenta uma demanda inelástica (o produtor pode aumentar o preço que ainda haverá consumo, dado a essencialidade do produto em questão), o que significa que é um mercado em que os riscos de aumento de preços advindos de uma coordenação entre os concorrentes é alto. Historicamente, o mercado de cimento é caracterizado por significativas barreiras à entrada e inúmeros *standards* instaurados por diferentes órgãos governamentais e não-governamentais.

²⁷⁸ Lundqvist, B. *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The rise and limits of self-regulation*. Edward Elgar Publishing Limited, 2014. p.35

²⁷⁹ Smith, G. *Interaction of Public and Private Standards in the Food Chain*. OECD Food, Agriculture and Fisheries Working Papers, No. 15, OECD Publishing. 2009. p. 4

²⁸⁰ RSB. *Compulsory Standards Booklet*. 2013. p. 1. Disponível em: http://www.rsb.gov.rw/~rbs/fileadmin/user_upload/files/pdf/Compulsory-mandatory_stds_booklet.pdf

No Brasil, o cartel entre as empresas de cimento perdurou, a princípio, de 2002 a 2006. Entre estas empresas encontravam-se: Holcim Ltda., Cimpor Cimentos de Portugal, Votorantim Cimentos S.A., Camargo Correa S.A., Itabira Agro Industrial S.A. e Cia. de Cimentos Itambé S.A. Em 2014, oito anos após o início da investigação, o CADE condenou por unanimidade estas seis empresas, além de indivíduos e associações (tais como a Associação Brasileira de Cimento Portland – ABCP, o Sindicato Nacional da Indústria de Cimento – SNIC e a Associação Brasileira de Serviços de Concretagem – ABESC), e impôs uma das maiores penalidades já aplicada pela autoridade em um caso de cartel. Para além da multa pecuniária que somou mais de três bilhões de Reais, o Conselho determinou ainda a venda de fábricas e impedimentos de realizar operações no ramo de cimento e de concreto até 2019.

Em análise detalhada dos fatos, a investigação começou quando um ex-funcionário de uma destas empresas de cimento fez um acordo de leniência com a autoridade, descrevendo toda a dinâmica do cartel. Os documentos sugeriram que as empresas, em conjunto com as associações, acordavam em: fixação de preços e quantidade de cimento e concreto no mercado brasileiro; divisão de mercado, especificamente, de clientes entre as regiões do Brasil e celebração de acordos de não concorrência; aumento de barreiras à entrada de novos concorrentes nos mercados de cimento e concreto; entre outros.

Especificamente, o CADE condenou as empresas por infração à ordem econômica, com fulcro no art. 20, incisos I, II, III e IV, c/c art. 21, incisos I, II, III e IV, ambos da antiga Lei de Concorrência, Lei nº 8.884/1994, atualmente art. 36, incisos I, II, III e IV, e §3º, incisos I, II e III, sob o fundamento de que atuaram, conscientes da ilicitude da prática e de forma concertada para:

- “(…)
- i. Fixar preços e quantidades e dividir regionalmente os mercados de cimento e de concreto no Brasil;
 - ii. Alocar clientes de forma concertada e, conseqüentemente, respeitar a carteira de clientes de cada empresa;
 - iii. Impedir a entrada de novos concorrentes nos mercados de cimento e de concreto;**
 - iv. Dividir o mercado de concreto por meio de participações equivalentes às participações de mercado no cimento; Estabelecer trocas ("swap") de ativos de empresas concretreiras, de maneira a otimizar o cartel;
 - v. Coordenar o controle das fontes de insumos do cimento, principalmente o insumo escória de alto-forno;
 - vi. Utilizar associações como fórum de troca de informações concorrencialmente sensíveis, possibilitando a formação e o monitoramento de acordos, inclusive por meio da elaboração de tabelas de preços;
 - vii. Promover ações com o objetivo de combater concorrentes que não participavam do cartel, prejudicando suas imagens; e

viii. Alterar normas técnicas sobre cimento e concreto, a fim de elevar artificialmente as barreiras à entrada nesses mercados²⁸¹ (destacou-se)

Como efeito de um mercado cartelizado, nos últimos 20 anos, o número de produtores de cimento diminuiu drasticamente em mais da metade.²⁸² E um fator que não pode ser menosprezado é que o excesso de normas técnicas impostas pelas associações de cimento e concreto criaram um cenário de grandes barreiras à entrada (regulação privada) e prejudicaram diretamente a concorrência no mercado de cimento brasileiro.

Uma das estratégias do cartel que ganha importância no presente artigo é a atuação das empresas junto a Associação Brasileira de Normas Técnicas ("ABNT"), a fim de criar novas normas que, de fato, caracterizavam-se por ser significativas barreiras à entrada de novos concorrentes ou ainda acabavam por excluir do mercado as empresas que não faziam parte do esquema imposto, sendo estas, em geral, empresas de pequeno e médio porte. Além das empresas envolvidas no cartel, a Associação Brasileira de Cimento Portland (ABCP), também agiu para pressionar e convencer ABNT para criação destas novas normas que, na verdade, conforme relatado pelo CADE²⁸³, possuíam, em sua essência, características claramente anticompetitivas.

Ainda como parte da prática, a ABCP preparou uma declaração pública de alerta aos consumidores de cimento, a fim de alertá-los sobre os riscos associados ao uso de cimento fora dos padrões, indicando inclusive as empresas que não estariam em conformidade com as suas normas.²⁸⁴

Apesar da ABNT não ser oficialmente uma agência reguladora do governo brasileiro, os serviços e os produtos disponíveis devem respeitar as normas técnicas (*standards*) definidos no mercado. Especificamente, normas técnicas para mercado de produção de cimento são reguladas pela ABNT, no entanto, qualquer outra entidade, uma vez certificada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial ("CONMETRO"), pode vir a criar uma norma técnica.

²⁸¹ Vide Voto da Conselheira Ana Frazão nos embargos de declaração no Processo Administrativo no 08012.011142/2006-79, disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?iEGDFf7Oqt_QxtNOdtHnsiqw-fjeH5Rf6B99-fsnUs9xr3wMQx8ve8-mw55uN4wV5kqkAOLS4UcEjprucuWk4g

²⁸² Informação disponível em: http://www.worldcement.com/the-america/24012014/Brazilian_cement_companies_accused_of_cartel_behaviour_644/

²⁸³ Vide análise e citação a seguir do voto do Conselheiro Alessandro Octaviani no Processo Administrativo 08012.011142/2006-79.

²⁸⁴ Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, voto do Conselheiro Alessandro Octaviani, § 604, p 284.

Documentos apreendidos em buscas e apreensões conduzidas pelo CADE neste Processo Administrativo mostraram que, sob a justificativa aparente que as normas técnicas seriam necessárias para melhorar a qualidade do cimento vendido no mercado brasileiro, *standards* foram criados para alterar as condições de entrada e para excluir deliberadamente concorrentes do mercado.²⁸⁵

Conforme definido pelo próprio Conselheiro do CADE, Alessandro Octaviani:

“[...] As alterações das normas **não visavam à melhoria da qualidade do produto, mas sim a criação de restrições** à atuação dos misturadores, tornando-os "fora de norma". [...] **“Dificultar” para “tornar fora da norma” concorrentes não é justificativa para alteração de padrões técnicos.** É estratégia exclusionária coletiva, sob vestes do Estado e da competência delegada para o exercício do múnus. A coletividade confia nos técnicos para sua sobrevivência e harmonia na sociedade de risco; se técnicos são colonizados por outros interesses, a sociedade está fraudada, à mercê.”²⁸⁶
(grifou-se)

Em outras palavras, as mudanças nestas regras técnicas foram destinadas a criar restrições concorrenciais aos empreendedores de médio e pequeno porte. Tendo este caso como referência, analisar-se-á na próxima seção como a definição de *standards* podem gerar efeitos anticompetitivos em determinados mercados.

3. Standards e concorrência

Há uma série de razões que justificam a regulação e normatização em determinados mercados.

Um primeiro ponto a ser destacado nesse sentido é que alguns setores da economia estão sujeitos a: (a) economias de escala (após o investimento inicial, os custos médios declinam com cada unidade adicional produzida); (b) custos irrecuperáveis e fixos elevados; (c) vencimento de longo prazo dos investimentos, exigindo condições financeiras especiais, a fim de mitigar os riscos financeiros associados ao descasamento entre custos e geração de caixa; (d) externalidades; entre outros.

Adicionalmente, existem outros aspectos a serem levados em conta quando da regulação econômica ou na definição de um *standard*. É o caso das questões de segurança, meio ambiente, igualdade de gênero, direitos humanos e exclusão social. Esses itens são

²⁸⁵ Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, voto do Conselheiro Alessandro Octaviani, § 592, p 277.

²⁸⁶ Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, voto do Conselheiro Alessandro Octaviani, § 595 e 597.

considerados pela literatura como questões transversais, ou em inglês, *cross setting regulation*.²⁸⁷

Em relação aos efeitos pró competitivos dos *standards*, entende-se que estes podem reduzir os custos de transação e informação entre a oferta e a demanda de determinado produto, além de facilitar a escolha do consumidor. *Standards* também permitem economias de escala, facilitam a entrada de concorrentes no mercado na medida em que garantem uma melhor aceitação e reconhecimento da qualidade do produto para os consumidores. Além disso, muitos *standards* garantem a saúde ou segurança alimentar, ambiental, entre outros²⁸⁸.

Neste sentido, a OCDE descreve que tais normas técnicas podem ser entendidas como pró competitivas por facilitar a criação de mercado, instituindo um ambiente em que os consumidores podem se comprometer com o produto e em que as empresas podem obter economias de escala e uma entrada facilitada no mercado, além de proteger os consumidores e aumentar os incentivos das empresas para inovar pela redução dos custos de informação entre as partes.²⁸⁹

De acordo com as "Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal", os *standards* normalmente aumentam a concorrência e o valor dos produtos para os consumidores, pois mantêm e/ou melhoraram a qualidade, a prestação de informações, além de garantir a interoperabilidade e compatibilidade entre os produtos.²⁹⁰

Na mesma linha, a ABNT, por sua vez, entende que *standards* tornam o desenvolvimento, a fabricação e o fornecimento de produtos e serviços mais eficientes, mais seguros e mais limpos, além de facilitar o comércio entre países; garantem aos governos e suas entidades uma base técnica para saúde, segurança e legislação ambiental, disseminam a inovação e protegem os consumidores e usuários em geral, de produtos e serviços.²⁹¹

Um último ponto que deve ser ressaltado é que os *standards* também podem ser importantes para promover produtos de determinadas regiões específicas. Por exemplo, a denominação de origem visa proteger qualidade, reputação, entre outras características

²⁸⁷ OECD. *Sectors and cross-cutting issues*. 2002. p.3

²⁸⁸ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 11

²⁸⁹ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 26

²⁹⁰ Veja parágrafo 263 das "Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal" de 2011.

²⁹¹ Informação disponível em: <http://www.abnt.org.br/normalizacao/o-que-e/o-que-e>

que podem ser atribuídas à referida origem geográfica, e cuja produção, processo de transformação ou fabricação são realizados na área geográfica em questão.²⁹²

Contudo, existem vários tipos de *standards* que podem afetar a concorrência. Como exemplo, pode-se citar as normas técnicas: (i) que criam barreiras à entrada no mercado ou afetam diretamente o número de fornecedores em determinado mercado, por exemplo, a partir da imposição de requisitos difíceis e custosos para eles se adaptarem; (ii) que limitam a capacidade dos fornecedores para competir através de regras que reduzem a concorrência de preços ou restringem a publicidade; (iii) que limitam as opções e informações disponíveis para os consumidores, entre outros.

De acordo com a teoria microeconômica, os *standards* tendem a reduzir a rivalidade em um mercado específico e, portanto, a capacidade dos ofertantes para aumentar os preços pode ser potencializada. O declínio da rivalidade no mercado também reduz os incentivos para que as empresas sejam eficazes e inovadoras no longo prazo.²⁹³

As "Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal" também definem que:

“[...]o fato de as empresas se lançarem em discussões anticoncorrenciais no âmbito da fixação de normas pode reduzir ou eliminar a concorrência em matéria de preços nos mercados em causa, **facilitando assim a adoção de um comportamento colusivo no mercado**; [...]as normas que fixam especificações técnicas pormenorizadas para um produto ou serviço podem limitar a evolução técnica e a inovação. [...] Quando uma tecnologia é escolhida e a norma é fixada, as tecnologias e empresas concorrentes podem **confrontar-se com uma barreira à entrada e podem ser, potencialmente, excluídas do mercado**; [...] a normalização pode dar origem a efeitos anticoncorrenciais ao **impedir que determinadas empresas obtenham um acesso efetivo aos resultados do processo de fixação das normas** (ou seja, especificações e/ou patentes essenciais para a aplicação da norma). Se uma empresa for completamente impedida de obter acesso aos resultados da norma ou se só lhe for concedido acesso em condições proibitivas ou discriminatórias, existe um risco de um efeito anticoncorrencial”²⁹⁴.
(grifou-se)

Outra forma de analisar os efeitos anticompetitivos na definição dos *standards* é a partir do entendimento do procedimento no qual tais normas são definidas e o próprio papel das SSOs nesse processo.

²⁹² Alguns exemplos de denominação de origem na União Europeia podem ser encontrados em: <http://www-sre.wu-wien.ac.at/ersa/ersaconfs/ersa00/pdf-ersa/pdf/465.pdf>

²⁹³ Motta, M. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004.

²⁹⁴ Veja os parágrafos 265-272 das "Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal" de 2011.

Em primeiro lugar e mais relevante, *standards* podem facilitar a exclusão de concorrentes no mercado, o que significa que o grupo das empresas que geralmente definem as normas podem ter incentivos à criação de critérios que são caros ou difíceis de se implementar, e em muitos casos, não absolutamente necessários para garantir a qualidade/segurança dos produtos.²⁹⁵ As empresas que não podem suportar os custos elevados impostos por essas normas, de alguma forma passam a ser excluídas do mercado. Em alguns casos, o custo da implementação de um *standard* pode ser muito diferente de empresa para empresa e, uma vez mais, as empresas que mais se afetam com esses custos, terão uma desvantagem competitiva e são forçadas a sair do mercado.

Vale notar que em mercados oligopolizados e com elevada homogeneidade de produtos ou serviços, a consequência da criação de normas técnicas pode ser ainda maior que em um mercado competitivo, como é o caso do cartel do cimento analisado na seção anterior.

Ainda que se possa ter a interpretação de que o aumento de qualidade é sempre positivo do ponto de vista do consumidor, *standards* também podem promover o aumento de preço conjunto entre os concorrentes e impedir o acesso ao mercado a indivíduos de baixo poder aquisitivo. Os custos adicionais de adequação dos *standards* no mercado (suportados pelas empresas) podem ser traduzidos diretamente no aumento dos preços pagos pelos consumidores, além da redução na variedade de produtos e serviços disponíveis.

Por exemplo, as normas de segurança alimentar acabam por empurrar a qualidade dos alimentos a níveis muito superiores aos níveis necessários, e podem ter o efeito de reduzir a variedade oferecida aos consumidores, além do próprio aumento de preço. Da mesma forma, as regras técnicas de construção civil são extremamente necessárias, mas o excesso de *standards* acaba por elevar consideravelmente o preço das estruturas habitacionais, negando o acesso ao mercado a muitos indivíduos de baixa renda, especialmente nos mercados oligopolizados.

Por isso, o cumprimento dos *standards* em determinadas indústrias em que estas normas técnicas são desnecessárias ou mesmo excessivas, em termos práticos, significa uma restrição à concorrência para as empresas que não possuem qualquer poder econômico e também para o bem-estar do consumidor.

²⁹⁵ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 32

Recentemente, especialmente na Europa e nos EUA, os *standards* têm sido criados muito em função da proteção de direitos de propriedade intelectual (PI) das novas tecnologias. Em relação aos direitos de propriedade intelectual, dois potenciais problemas podem ser associados com os *standards*: (i) o chamado “*royalty stacking*”, ou, em português, múltiplas obrigações de patentes e (ii) situações oportunistas também conhecidas como problemas de “*hold-up*”. No caso do *royalty stacking* (i), este acontece quando um produto contém muitas tecnologias protegidas por patentes e, por consequência, as taxas de royalties acumuladas a serem pagas por um fabricante passam a ser proibitivamente altas. Já no caso dos problemas de *hold-up* (ii), estes podem surgir a partir de um comportamento oportunista, desonesto, criado pela existência de assimetria de informações das partes no momento da negociação dos *standards*.

Em geral, o problema de *hold-up* acontece quando uma das partes faz diversos investimentos específicos em determinado negócio antes que todos os termos dos *standards* sejam acordados.²⁹⁶ Por exemplo, suponha-se que um *standard* a respeito de uma nova tecnologia seja aplicado em um mercado específico. As empresas que pretendem implementar a nova norma técnica e que já fizeram investimentos irreversíveis em suas instalações e equipamentos estão em uma posição de desvantagem em relação às empresas que já possuem a patente da nova tecnologia objeto do *standard* ou até mesmo em relação às empresas que estão no mesmo mercado, mas que ainda não fizeram qualquer investimento anterior à definição do referido *standard*.

Essas empresas - que já realizaram os investimentos - provavelmente preferem pagar a licença do uso da tecnologia ao titular da patente do que arcar com altos investimentos adicionais para mudança tecnológica (no caso do custo de implementação da nova tecnologia ser maior do que o custo da referida licença).²⁹⁷ Considerando que as negociações de licenciamento de patente entre o titular do direito e o futuro licenciado são realizadas fora das *SSOs*, as empresas titulares do direito de patentes sobre a tecnologia imposta pelo *standard* podem ter um comportamento oportunista nesta negociação, pedindo um valor pela licença maior do que o valor real da contribuição da patente para as garantias de cumprimento do *standard*.²⁹⁸

²⁹⁶ Farrell, J., J. Hayes, C. Shapiro and T. Sullivan. *Standard Setting, Patents, and Hold-Up*. 2007, No. 3, Antitrust Law Journal, 603-670. p. 1

²⁹⁷ Geradin, Damien ; Layne-Farrar, Anne. *The Logic and Limits of Ex Ante Competition in a Standard-Setting Environment*. Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, Spring 2007. p.4

²⁹⁸ Geradin, Damien; Layne-Farrar, Anne. *The Logic and Limits of Ex Ante Competition in a Standard-Setting Environment*. Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, Spring 2007. p.11

No caso de patentes essenciais, (ou, em inglês, “*standard-essential patents*” ou ainda SEPs), esse problema de *hold-up* pode ser ainda pior. Nesses casos, o titular da patente essencial está em uma posição de vantagem maior do que aquela exposta no parágrafo anterior e conseqüentemente pode impor taxas de royalties ainda mais excessivas. Por esta razão, um desentendimento em relação à essencialidade de uma patente pode gerar o aumento do comportamento oportunista no setor e, conseqüentemente, o desincentivo ao investimento e inovação.

Em outras palavras, Lundqvist²⁹⁹ observa que são três os problemas concorrenciais advindos das normatizações excessivas sendo eles: (i) colusão; (ii) eliminação da competição por tecnologia entre as empresas (por exemplo, a partir do boicote à tecnologia de determinadas empresas); e (iii) eliminação da competição por tecnologia intra empresas, que nada mais é que o desincentivo a realizar futuras inovações.

Existem algumas formas de evitar problemas de *hold-up* dentro das SSOs, como regras de transparência nas negociações dos direitos de patentes e regras específicas para os licenciamentos.³⁰⁰ Por exemplo, uma solução *ex ante*, ou seja, antes da definição da patente essencial para determinado *standard* é que, os membros das SSOs devem se comprometer a licenciar sua tecnologia em termos justos, razoáveis e não discriminatórios (também chamado na literatura econômica de “termos *FRAND*”, por fazer alusão à expressão em inglês “*fair, reasonable, and non-discriminatory terms*”), o que reduz o incentivo para o problema de *hold-up*.³⁰¹ Muitas SSOs já têm implementado políticas neste sentido.³⁰²

O componente “não-discriminatório” do termo *FRAND* impede que a detentora do direito da patente possa prejudicar a concorrência através da cobrança de royalties diferenciados a determinados concorrentes horizontais no mercado. Isso não significa, todavia, que o licenciante deve necessariamente garantir que todos os licenciados recebem termos de licença idênticos. Já os componentes “justo e razoável” do termo

²⁹⁹ Lundqvist, B. *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The rise and limits of self-regulation*. Edward Elgar Publishing Limited, 2014. p.384

³⁰⁰ Farrell, J., J. Hayes, C. Shapiro and T. Sullivan. *Standard Setting, Patents, and Hold-Up*. 2007, No. 3, Antitrust Law Journal, 603-670; p. 624.

³⁰¹ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 10

³⁰² Abbott, A. *Standard Setting, Patents, and Competition Law: Enforcement—The Need for U.S. Policy Reform*. CPI Antitrust Chronicle. March 2015. p. 9.

FRAND são imprecisos e podem ser usados de muitas maneiras diferentes, cabendo a análise caso a caso no contexto de uma disputa particular.³⁰³

Para facilitar e sintetizar o acima exposto, apresenta-se o Quadro a seguir, que resume os aspectos positivos e negativos dos *standards*, do ponto de vista concorrencial:

Quadro 1 – Efeitos dos *standards* no ambiente concorrencial

Efeitos pro competitivos dos <i>standards</i>	Efeitos Anticompetitivos dos <i>standards</i>
Criação de economias de escala	Redução da rivalidade
Redução dos custos de transação e informação entre os ofertantes e demandantes	Aumento de barreiras à entrada no mercado
Garantia e reconhecimento da qualidade do produto para os consumidores	Exclusão de concorrentes no mercado
Base técnica para saúde, segurança e legislação ambiental	Redução da variedade de produtos disponíveis aos consumidores
Aumento do valor dos produtos para os consumidores	Aumento de preços e limite no acesso aos mercados por indivíduos de baixa renda
Garantia de interoperabilidade e compatibilidade entre os produtos	Alta probabilidade de colusão
Maior facilidade no comércio entre países	Redução da competição por tecnologias intra e entre empresas
Promoção de produtos de regiões específicas	Problemas de “hold-up” e “royalty stacking”

Fonte: Elaborado pelos autores.

4. Considerações finais

Os *standards*, ou normas técnicas, definem requisitos técnicos ou de qualidade a produtos, processos de produção ou serviços que podem ou devem cumprir. Em um mercado em que os *standards* são excessivos, a livre concorrência pode ficar prejudicada, pois a iniciativa de várias empresas passa a ser censurada. As implicações concorrenciais

³⁰³ OECD. *Setting Standard*. 2010.p. 45

da normatização ganha espaço na atualidade, uma vez que aumenta a importância das padronizações para interoperabilidade nos mercados de tecnologias.

Especificamente, *standards* podem ser definidos como um conjunto de normas e especificações técnicas que visam fornecer um padrão ou *design* comum para um produto ou processo produtivo. Dentre os objetivos da normatização pode-se citar a segurança, a proteção do produto, o controle da variedade, a proteção do meio ambiente, a intercambialidade, a eliminação das barreiras técnicas e comerciais, além da facilidade na compatibilidade e comunicação entre os ofertantes e demandantes dos produtos e serviços.

Sob uma perspectiva concorrencial, os *standards* têm claramente alguns efeitos pró competitivos a serem levados em consideração quando analisada a economia como um todo, uma vez que podem ser usados para garantir uma melhor qualidade de determinados produtos no mercado, além de fornecer informações para as partes e assegurar a compatibilidade entre os produtos, aumentando assim, o valor dos mesmos para os consumidores. A existência destas eficiências econômicas vindas da estipulação de *standards* em determinados mercados não pode ser ignorada.

No entanto, os mesmos *standards* podem gerar efeitos anticompetitivos no mercado, já que podem limitar ou controlar níveis de produção, inovação e desenvolvimento técnico. Um dos mais relevantes efeitos anticompetitivos é a imposição de barreiras à entrada e/ou exclusão de concorrentes no mercado, o que significa que o grupo das empresas que geralmente definem as normas podem ter incentivos à criação de critérios que são caros ou difíceis de se implementar, e em alguns casos, não absolutamente necessários para garantir a qualidade/segurança dos produtos. Isso significa que os *standards* nem sempre maximizam o bem-estar social e, portanto, cabe à lei e às políticas de concorrência se adequarem a fim de evitar potenciais danos à concorrência causados por essa padronização nos mais diferentes tipos de indústria.

O entendimento da dinâmica das *SSOs* é essencial neste contexto uma vez que o fato de as empresas se lançarem em discussões anticoncorrenciais no âmbito da fixação de normas pode reduzir ou eliminar a concorrência em matéria de preços nos mercados em causa, facilitando assim a adoção de um comportamento colusivo no mercado.

O caso do cartel dos cimentos ou das cimenteiras, julgado pelo CADE e utilizado como referência neste artigo, teve como foco demonstrar as práticas de impedimento à entrada de novos concorrentes nos mercados de cimento e de concreto e alteração das

normas técnicas sobre cimento e concreto, a fim de elevar artificialmente as barreiras à entrada nesses mercados. Como visto, foi decidido pelo CADE que as alterações das normas não visavam à melhoria da qualidade ou segurança do produto, mas sim a criação de restrições à atuação de empresas menores. Esta estratégia exclusionária coletiva foi punida pelo CADE em 2014.

Por fim, ressalta-se a importância da transparência no processo normativo de elaboração de *standards* e o fato de que a análise dos efeitos pró competitivos e anticompetitivos dos *standards* devem ser feitas caso a caso pelas autoridades concorrenciais. Estudos vindouros para buscar critérios mais objetivos no devido processo normativo de construção de standards tenderiam a minimizar a criação de padrões ou normas exclusionários.

5. Referências

ABA Section of Antitrust Law. *Handbook on the Antitrust Aspects of Standard Setting*. American Bar Association: Chicago, 2004.

ABBOTT, A. *Standard Setting, Patents, and Competition Law: Enforcement - The Need for U.S. Policy Reform*. CPI Antitrust Chronicle. March 2015.

BHARDWAJ, R. *Standard Setting in India: Competition Law and IP Issues*. IMJ Volume 5. April-December 2013.

CADE. Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?NJILMKAUD29j6X1yj2GO_P27TZb287t6FyKxmleAun2RLsf8UiVKsmBDBt_IDV6U-Cu0jGxQv7dNel2ogQ7aNg,,

COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. 2011.

FARRELL, J., J. Hayes, C. Shapiro and T. SULLIVAN. *Standard Setting, Patents, and Hold-Up*. Antitrust Law Journal, 603-670, Nº 3, 2007.

GERADIN, Damien; LAYNE-FARRAR, Anne. *The Logic and Limits of Ex Ante Competition in a Standard-Setting Environment*. Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, Spring 2007. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=987321>

HARMS, Simon. *EU competition: industry standards and antitrust compliance*. GTM Alert: Competition and Regulatory, February 2011.

LUNDQVIST, B. *Competition Law as the Limit to Standard-Setting* (August 16, 2014). Forthcoming, Josef Drexl and Fabiana Di Porto (ed) *Competition Law as Regulation*.

Edward Elgar, 2015. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2551026> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2551026>

LUNDQVIST, B. *Standardization under EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The rise and limits of self-regulation*. Edward Elgar Publishing Limited, 2014.

OECD. *Sectors and cross-cutting issues*. 2002. p.3

OECD. *Setting Standard*. 2010.

OECD. *Intellectual Property and Standard Setting*. Background note by the Secretariat. 2014.

Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE no 03/2009.

SMITH, G..*Interaction of Public and Private Standards in the Food Chain*. OECD Food, Agriculture and Fisheries Working Papers, No. 15, OECD Publishing. 2009.

STRYSZOWSKA, M. *EU competition law vs. standard setting agreements*. 2010

SCHELLINGERHOUT, Ruben. *Standard-setting from a competition law perspective*. Competition Policy Newsletter, Number 1 — 2011.

TSAI & WRIGHT. *Standard Setting, Intellectual Property Rights, and the Role of Antitrust in Regulating Incomplete Contracts*. Hoover Institution Working Group on Intellectual Property, Innovation, and Prosperity Stanford University. Working Paper Series No. 15002. 2014.

WILKINSON & KUCERIK. *Standard-Setting and Antitrust*. The Practical Lawyer. February 2010.