

Vol. 5

Nº 2

2017 - Novembro

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 5 – novembro 2017 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, Brasília, DF.

Conselho Editorial

Ana de Oliveira Frazão

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Celso Campilongo

Edmond Schlumberger

Eduardo Frade Rodrigues

Eleanor Fox

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

Ivo Gico Junior

Laurence Idot

Paula Forgioni

Vinicius Marques de Carvalho

William Kovacic

Coordenação Editorial

Paulo Burnier da Silveira

Noemy Cabeleira de Araújo de Castro Melo

Pablo Reja Sánchez

Victor Oliveira Fernandes

Correspondência Redatorial

Revista de Defesa da Concorrência

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

CEP 70770504 – Brasília, DF

E-mail: revista@cade.gov.br

Sumário

Apresentação	iii
Inteligência artificial na competição: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro	5
Cartéis <i>Hub-and-Spoke</i> : coordenação horizontal por meio de restrições verticais	30
Teoria dos Efeitos no Direito Concorrencial Brasileiro: Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica	51
A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste	75
Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra <i>per se</i>	103
A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo <i>business</i> ?	131
A Cláusula de Não-Concorrência como Elemento Indicativo da Prática de <i>Gun Jumping</i> ...	163
Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition analysis	189
As Influências Da Teoria Da “Workable Competiton” Como Forma Mais Eficaz De Prática Da Concorrência Na Legislação Brasileira	219

Apresentação

É com enorme e prazer que apresento a segunda edição de 2017 da Revista de Defesa da Concorrência, classificada como “B1” junto à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, no âmbito do “Programa Qualis”.

A edição é composta por nove artigos que abordam em sua maioria questões relacionadas à conduta colusiva, talvez como reflexo dos esforços do CADE nos últimos anos de detecção e repressão dessa prática.

O primeiro artigo aborda o papel da Inteligência artificial na concorrência, em especial sobre os riscos da adoção de condutas anticompetitivas de forma autônoma por máquinas (ou softwares) dotadas(os) de certa autonomia na tomadas de decisões empresariais.

O segundo artigo trata dos Cartéis *Hub-and-Spoke*, no qual restrições verticais são utilizadas para camuflar uma coordenação horizontal, enquanto o terceiro artigo debate a Teoria dos Efeitos no Direito Concorrencial Brasileiro à luz das decisões do CADE.

O quarto e o quinto artigo exploram a discricionariedade da autoridade antitruste na análise de casos de cartéis. Enquanto o quarto artigo foca a análise na aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto, o quinto aborda a questão da clareza na tipificação e interpretação da norma com especial foco na efetividade da política de repressão aos cartéis. Passando para uma questão mais moderna do mesmo tema, o sexto artigo analisa a viabilidade jurídica da emergência, no Brasil, de um negócio relacionado à cessão de crédito indenizatório por dano material causado por cartel.

Os demais artigos exploram temas diferentes. O sétimo artigo analisa “A Cláusula de Não-Concorrência como elemento indicativo da prática de *Gun Jumping* enquanto o oitavo trata dos desafios dos atos de concentração envolvendo big data. Por fim, o nono artigo versa sobre As Influências da Teoria da “*Workable Competition*” na eficácia da Prática Concorrencial Brasileira.

Com essa breve apresentação, faço meus mais sinceros votos de boa leitura na esperança de que os artigos fomentem discussões importantes no âmbito do direito da concorrência.

Alexandre Barreto de Souza

Presidente do CADE

Inteligência artificial na competição: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro

João Mateus Thomé de Souza Lima¹

RESUMO

A inteligência artificial encontra-se cada vez mais sofisticada, o que lhe vem proporcionando na atualidade e, sobretudo, no futuro, uma maior ou até mesmo integral autonomia para tomar decisões que envolvam risco de comércio. E, embora se saiba que a inovação renda benefícios às empresas e também à competição, deve-se também examinar os riscos prováveis da transferência de tomadas de decisões a ela, incluindo a possibilidade de que venha a decidir autonomamente por condutas anti-competitivas. Diante de tal cenário, tanto na interface internacional, quanto na interface nacional, existe uma grave omissão de posicionamento das autoridades da concorrência quanto aos limites do uso de tecnologias complexas na competição. Contudo, tal omissão, dentro do Brasil, tem cunho muito mais interpretativo a ser dado pela autoridade da concorrência do que, propriamente, a necessidade de alteração legislativa.

Palavras-chave: competição; programas de computador de *deep-learning*; atos de concentração.

ABSTRACT

The artificial intelligence is becoming more and more sophisticated, what grant them not only a current situation, but also a future one, when a better or even an integral autonomy to make decisions involving trade risk. And if it is pointed out that innovation is beneficial for companies and also for competition, it should also be examined on the likely risks of the transference of the decision-making to it, including a possibility for an autonomous decision by conduits anti-competitive. Faced with such a scenario, both the international interface and the national interface, there is a serious omission of the authority of competition regarding the limits of the use of the complex technology for competition. However, this omission within Brazil has a much more interpretive concept to be given by the competition authority than a need for legislative amendment.

Keywords: competition; deep-learning software; acts of concentration.

Classificação JEL: L40; O30.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Assistente Jurídico de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Intercambista no 37.º Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Email: joamateuslima@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A finalidade do comércio eletrônico; 3. A disputa por clientes e o comércio eletrônico; 4. O cenário clássico de uso da tecnologia artificial no comércio eletrônico; 5. O cenário avançado de uso da tecnologia artificial no comércio eletrônico; 6. A inteligência artificial na concorrência; 7. O uso de programas de computador em condutas anti-competitivas; 7.1. O uso de programas de baixa complexidade como facilitadores da conduta anti-competitiva; 7.1.a. A responsabilidade pelo uso de programas de baixa complexidade; 7.2. O uso de programas de alta complexidade como agentes de margem decisória para condutas anti-competitivas; 7.3. Apontamentos sobre a responsabilidade pelo uso de programas de alta complexidade; 7.3.1. Análise ética; 7.3.2. Análise civil; 7.3.3. Análise penal; 7.3.4. Análise do direito de defesa da concorrência; 8. Conclusão; 9. Referências.

1. Introdução

Na modernidade, pouca coisa impressiona mais o ser humano do que a capacidade de máquinas exercerem uma inteligência artificial de forma complexa, com tomada de decisões que substituam múltiplas ações humanas.

E isso já é uma realidade cada vez mais presente no modo como as pessoas se relacionam, incluindo as relações de consumo originadas dentro do comércio, em que boas ou más decisões por parte do vendedor podem resultar em ganhos extraordinários ou perdas inestimáveis para o seu empreendimento. Assim, a inteligência artificial pode servir como um catalisador da qualidade do ato de decisão feita por um *player*.

Contudo, o que pouco se discute é que a alta performance tecnológica no comércio eletrônico pode não apenas gerar benefícios para um *player* ou um grupo restrito de *players*, ao tempo que se torna prejudicial à concorrência, especialmente quando as máquinas de inteligência complexa, por si só, decidem concentrar o mercado, ainda que não seja a vontade do seu proprietário.

Logo, o presente estudo elegeu como objeto uma abordagem sobre os avanços tecnológicos dessas máquinas de inteligência complexa bem como as vantagens, os riscos e os apontamentos legais de seu uso contra o mercado digital brasileiro.

2. A finalidade do comércio eletrônico

Seja pela atuação de grandes empresas varejistas ou até mesmo de um pequeno vendedor isolado, não é preciso ser um consumidor habitual para perceber o exponencial crescimento das compras e vendas através do comércio eletrônico – o chamado *e-commerce*.

No Brasil, a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico – ABComm divulgou dados recentes revelando que, em 2016, o meio eletrônico rendeu aproximadamente R\$ 53,4 bilhões, e já conta com a previsão de faturar R\$ 59,9 bilhões em 2017².

E não é por menos, os consumidores estão ficando acostumados e confortáveis com o comércio no meio digital, cujos impactos estão além da visibilidade de ofertas do varejo e das prestações de serviços. Outrossim, inclui um ecossistema próprio e de iniciativas em inovação na forma de pagamento – e.g. paypal e bitcoin –, em comunicação– e.g. WhatsApp e Telegram Messenger –, intermediação comercial – e.g. eBay e OLX –, mídia *streaming* – e.g. Netflix e Spotify³ (GUNASEKARAN, 2002, p. 187).

Essa modalidade de comércio tem, desse modo, uma inegável autonomia de existência e movimento; proporcionando milhões de informações, concorrência acirrada e iniciativas à pesquisa e desenvolvimento tecnológico à distância de apenas alguns cliques do consumidor.

De outra ponta, uma firma digital possui, reconhecidamente, vantagens em relação às lojas físicas, a exemplo da capacidade de ampliação geográfica de seu mercado, a venda a 24 horas por dia e sete dias por semana e, além, a redução de custos trabalhistas e tributários.

Ou seja, a movimentação comercial operante na via eletrônica por produtos e serviços, quer seja pela perspectiva do consumidor, quer seja pela perspectiva da empresa, tornou-se inevitável ao mercado. Por lógico, embora o comércio eletrônico seja uma novidade, vige também nele as leis de mercado tradicionais em que o consumidor é disputado com a diminuição de preços e o aumento da qualidade dos produtos e serviços ofertados.

Observa-se, assim, que a finalidade do comércio eletrônico não destoa do comércio físico, isto é, a capacidade de uma empresa em se ajustar às exigências do mercado para vender, o que, pela dinâmica de preços, garante a aquisição de bens de consumo a uma sociedade e, por consequência, a diminuição de sua desigualdade.

3. A disputa por clientes e o comércio eletrônico

A concorrência, indubitavelmente, leva a condições de aperfeiçoamento do mercado de acordo com a finalidade de o adequar às demandas exigidas pela sociedade. Isto é, numa economia de mercado, é o consumidor – ente mínimo social –, e não o estado, quem dita quais produtos e serviços serão comercializados (MONTI, 2007, p. 2), gerando consequentemente

²Disponível em: <<http://www.segs.com.br/veiculos/52489-e-commerce-nacional-deve-crescer-ate-12-em-2017.html>>. Acesso em: 12 de fev. de 2017.

um movimento antitético entre a escassez natural e a abundância artificial, resultando no equilíbrio do binômio “oferta vs. demanda”.

A mais, de acordo com os princípios da livre-iniciativa e livre concorrência, a relação de mercado não é estrita e direta – um vendedor para um mercado –, uma vez que envolve também outros *players* os quais atuam entre si e contra si, em estado de concorrência, com a finalidade de alcançar, cada um, a concentração de consumidores, dentro da mesma interface de “oferta vs. demanda”, resultando no equilíbrio de preços e lucros (XIAO; QI, 2006, p. 743).

Isso é a matriz principiológica da concorrência, vigente também na dimensão do comércio eletrônico, e que conduz as operações em mercados regionais ou globais, atacadistas ou varejistas, produtos ou serviços.

Assim como no comércio físico, o comércio digital repete o modelo de competição que visa atingir uma perfeição através da descentralização de tomadas de decisão por empresas que atuam de forma descoordenada. Nesse sentido, o professor Luís Martins Melo, citado por Caio Mário Neto e Paulo Casagrande, descreve que:

[...] tal modelo [de competição perfeita] conta com as seguintes hipóteses: (i) grande número de empresas, (ii) produtos homogêneos, (iii) livre entrada e saída de empresas, (iv), maximização de lucros pelas empresas, (v) livre circulação de informações e (vi) perfeita mobilidade dos fatores de produção (MELO, 2003, p. 3-14 *apud* NETO, 2016, p. 31).

Tais características, por conseqüente, levam a uma situação em que as decisões sobre a fixação dos preços das mercadorias são tomadas de forma descentralizada pelos competidores, atuando como verdadeiros *price takers*, em que testam entre si a capacidade de aumentar o preço acima do nível competitivo sem que gerem contra si a perda do lucro (LIPPMAN; RUMMELT, 1986, p. 419). O que, por conseqüente, resulta em eficiência alocativa na distribuição de bens e serviços e eficiência produtiva no menor custo possível compensando pelo aumento de oferta de bens e serviços.

A contrário, a burla à regra do livre mercado geraria, a favor dos infratores, um efeito não esperado nem desejado pelos consumidores e por outros competidores geralmente menores. Pois, dessa situação, o cenário teórico mais provável seria o poder de controle do mercado relevante por poucos, propiciando-lhes o aumento do custo marginal das produções e a perda do interesse por pesquisa e desenvolvimento tecnológico.

Por lógico, nas sociedades pós-modernas, as regras de mercado não são praticadas sem a regulação do estado. Em verdade, o temor pela colusão dos competidores a favor de um

mercado concentrado fez com que, ao longo do século XX, leis e políticas públicas fossem adotadas para defender a concorrência no interesse do desenvolvimento social.

Em que pese a existência de divergências doutrinárias acerca da opção pelo nível e grau de intervenção do estado na defesa da concorrência, o dogma adotado por este estudo consiste na acepção majoritária das nações ocidentais em fundarem instituições para acompanharem e atuarem a favor da defesa da concorrência em grau mínimo de intervenção.

Assim, tais instituições agem com a finalidade de autorizar ou bloquear controles horizontais, verticais ou condutas anti-competitivas de um *player* ou de um grupo restrito de *players*, tutelando o equilíbrio do mercado.

Nesse esteio, no Brasil, as normas não fazem distinção da origem dos produtos e serviços ofertados, isto é, independem se vêm da esfera física ou da esfera digital. Outrossim, o parágrafo quarto do artigo 173 da Constituição da República dita que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico estabelecido que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Com efeito, em via infraconstitucional, a Lei n. ° 12.529 de 2011, subsidia o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, com definições de condutas anti-competitivas, disposições de remédios para a proteção da concorrência e autoridade de fiscalização e sanção.

4. O cenário tradicional de uso da inteligência artificial no comércio eletrônico

A tecnologia no comércio eletrônico, em sua interface tradicional, caracteriza-se no uso de *softwares* como ferramentas de comunicação e transação entre o vendedor e comprador. Logo, esses programas se tornam facilitadores do comércio para a agilidade e simplificação da transação.

Não se deve ignorar que essas ferramentas não são primitivas, mas comportam o uso bem elaborado de códigos que garantem a segurança da compra e a contabilização da entrada e saída de produtos. Além, esses *softwares* são executados em automação programada, reagindo de acordo com as ações dos consumidores (AKKERMANS; GORDIN, 2003, 115).

Em outras palavras, esses programas auxiliam as empresas a melhorarem as suas performances na “dinâmica de preços”, isto é, o registro contábil da mercadoria a ser oferecido inversamente proporcional ao valor das compras fechadas (KANNAN, KOPALLE, 2015, p. 64). Desse modo, havendo poucas contratações, o empresário pode ajustar o preço para baixo. Ao contrário, muitos negócios pactuados poderão levar o empresário a decidir pelo aumento dos valores de suas mercadorias ou serviços.

Para o cenário atual da concorrência, este é modelo mais utilizado e difundido entre os competidores. Pois, sem dúvida, apesar da falta de complexidade, gera facilitação da atividade econômica desenvolvida, informando ao empreendedor quantitativamente acerca das vendas.

5. O cenário avançado de uso da inteligência artificial no comércio eletrônico

Os desenvolvimentos tecnológicos, ademais, têm proporcionado nos atuais “anos 10” um redesenho na forma como as empresas vêm aplicando a inteligência artificial para vender produtos e serviços. O novo modelo abandona a exclusividade da inteligência de reações programadas para, no lugar, estudar o comportamento dos consumidores e, desse modo, prever, planejar e tomar decisões autonomamente.

Em outras palavras, a inteligência artificial passa a dispensar a pessoa do gerente ou do diretor de venda, substituindo-o em decisões cujo espectro é inerente à experiência e intuição humana; a exemplo da escolha do melhor momento para aumentar ou baixar preços, conter ofertas ou propagandear-las, ajustar desconto, entre outros. Enfim, a inteligência artificial sofisticada se torna o agente julgador do risco comercial.

A engenharia digital para esse tipo sofisticado de inteligência tem suporte em cadeias complexas de algoritmos os quais são utilizados para monitorar *sites* de empresas concorrentes, estudar o comportamento dos consumidores na *internet* e coletar informações contidas em *Big Data*⁴.

Porém, na engenharia mais moderna e sofisticada, nada se destaca mais do que a capacidade de alguns algoritmos serem desenvolvidos com a programação “*deep-learning*”, ou, em tradução livre, “autodidatismo sofisticado”. Pelo *deep-learning*, a atuação desses sistemas de inteligência (“*bots*”) remonta a uma atividade neural típica à do neocórtex⁵, como criando virtualmente uma rede de pensamento para tomar uma decisão a partir de padrões comportamentais e reconhecimento de intenções e desejos humanos através de representações digitais de sons e imagens.

⁴ De acordo com a OCDE, *Big Data* é um termo que usualmente se refere a grade dimensão de dados disponíveis na rede mundial de computadores e que são acessados e assimilados pelo uso de computadores de grande desempenho e softwares e métodos complexos para extrair, num período razoável de tempo, algum valor informativo. Mais informação em: “Big Data: *Bringing Competition Policy to the Digital Era*”.

⁵ O neocórtex é uma região que ocupa aproximadamente 76% do volume cerebral nos seres humanos, e é responsáveis pelo processamento de percepções sensoriais, comandos motores, raciocínio espacial, pensamento e linguagem humana. A sua relevância para o ser humano se mede pelo fato de ser a região de atividades cerebral mais desenvolvida, permitindo-lhe a capacidade de raciocínio. Tal fato, por outro lado, não se repete nos outros animais, em que o neocórtex ou é inexistente ou é reduzido e formam cadeias neurais menos complexas. (Disponível em: <<https://www.sciencedaily.com/terms/neocortex.htm>> Acesso em 28 fev. 2017, 17:50; <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3840914/>> 228 fev 2017 17:53).

A mais, o avanço tecnológico não busca simplesmente reproduzir a capacidade de raciocínio humano, haja vista a falibilidade desta sob a influência de emoções, sentimentos ou memórias equívocas. Ao contrário, o avanço busca contornar os erros humanos, ampliando a capacidade dos *bots* em tomar a decisão a partir do seu próprio processo de aprendizado.

Essa engenharia digital é mais difundida do que habitualmente se tem notícia e já se encontra presente em muitas companhias do ramo tecnológico, como Apple Inc., Google Inc. e Microsoft Corporation, por exemplo, as quais são as principais investidores em *start-ups* especializadas em *deep-learning*⁶.

Empresas de inovação como Affectiva, Gridspace, Enlitic, são alguns exemplos encontrado hoje nesse setor⁷, e que tomam por vanguarda o avanço dos sistemas informatizados pelos quais prometem a leitura de emoções humanas⁸, o aprendizado do comportamento humano a partir de diálogos⁹, a conexão de marcas de produtos com fotos compartilhadas em redes sociais¹⁰, entre vários outros.

Enquanto para as Ciências da Computação e para a Economia esse setor representa um nicho de inovação e investimento. Para a competição, por outro lado, significa um avanço na forma como um competidor poderá dispor de uma inteligência artificial capaz de lhe otimizar os negócios, sobretudo, quando a possibilidade de *deep-learning* permite que a empresa programe o computador para, durante o seu autônomo processo de aprendizado, assimilar a dimensão da demanda e qualificar, por conseqüente, a decisão da oferta.

Assim, a título de ilustração, havendo pouca demanda por um determinado produto ou serviço, a empresa poderá racionalizar os seus investimentos para evitar perda de acumulação indevida de estoque, ou decidir pela necessidade de diminuir os preços. No caso de alta demanda, poderá rapidamente tomar o movimento contrário e, assim, estar preparada para maximizar as suas vendas.

Também há benefícios para o consumidor. Pois, ele passa a utilizar a *internet*, que é uma vastidão virtual, com um conteúdo mais personalizado, praticamente com um modelo *toyotista* ao modo digital¹¹. Disso resulta que economizará cliques e tempo para localizar um

⁶ Disponível em: <<http://www.nanalyze.com/2016/10/deep-learning-applications-investors/>> Acesso em 28 fev. 2017, 18:38.

⁷ Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/kevinmurnane/2016/04/01/thirteen-companies-that-use-deep-learning-to-produce-actionable-results/#1d1b6bec33b8>> Acesso em 23 fev. 2017, 23:55.

⁸ Disponível em: <<http://www.affectiva.com>> Acesso em 23 fev. 2017, 23:57.

⁹ Disponível em: <<https://www.gridspace.com>> Acesso em 23 fev. 2017, 23:58.

¹⁰ Disponível em <<http://dittolabs.io>> Acesso em 23 fev, 23:59.

¹¹ O *toyotismo* foi o modelo de produção industrial surgidos na década de 50, em que trabalhadores seriam capazes de distinguir as etapas de produção bem como os produtos estariam submetidos a uma flexibilidade da demanda, dentro de uma economia de escala. Tal ideia contraria o modelo *fordista* de produção o qual era focado na supra-

produto ou serviço desejado, podendo até mesmo ser convencido a adquirir um objeto ou a fechar um negócio após uma boa oferta.

Não é demais lembrar que boa parte desses dados fornecidos pelos consumidores ao mundo virtual obedecem a políticas de privacidade que são acordadas com as empresas de forma livre, consentida e expressa. Assim, em contrapartida a um serviço de buscas e contas, *sites* de comércio eletrônico ou empresas de intermediação, como Google e Yelp, podem usar os dados não sensíveis de seus usuários para a viabilização comercial.

Tais acordos entre usuários e empresas que atuam no mercado digital, obviamente, estão abrangidos pela legalidade. No Brasil, a legalidade é dita pelo artigo 7.º, incisos VIII, IX e X, do Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014), lei que é, aliás, uma das pioneiras em regular o uso seguro da *internet*¹².

Ainda convém ressaltar que a inteligência artificial pode monitorar e coletar dados cuja fonte é totalmente aberta, a exemplo das ofertas expostas pelo *site* do concorrente, acessíveis por qualquer usuário. Desse modo, dúvida não há da possibilidade de o *software* proceder a uma pesquisa de mercado através do movimento dos concorrentes para averiguar preços, desconto ou até mesmo a demanda pelo produto ou serviço.

Todas essas informações auxiliam empresas e consumidores a otimizarem os seus negócios e a ganharem tempo, graças ao movimento inevitável da inovação tecnológica.

6. A inteligência artificial na concorrência

A adoção de mecanismos mais sofisticados para gerenciar *sites* de vendas é uma preferência irreversível pelas empresas, pois representa não apenas uma facilitação na forma como o empresário diminui os erros humanos em seus negócios, mas também otimiza a compreensão sobre o comportamento dos consumidores para lhes individualizar a publicidade, os produtos e os preços¹³.

especialização do trabalhador e na majoração da oferta. Melhores informações em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v32n4/a02v32n4.pdf>> 4 mar. 2017, 00:04.

¹² Outros países também adotam medidas legais de segurança de dados sensíveis do usuário. A Alemanha exige o acordo de política de privacidade através das seções 4 e 4-A da Lei Federal de Proteção de Dados. Nos Estados Unidos, onde se originam boa parte dos buscadores, a regulação é exercida pelo Departamento de Comércio em conjunto com a Comissão Europeia que expedem a certificação “Privacy Shield”, após exagerem da empresa uma política de transparência e boa conduta do uso dos dados fornecidos.

¹³ Em 2016, a *Autorité de la Concurrence* (França) e *Bundeskartellamt* (Alemanha) publicaram um trabalho em conjunto no qual expuseram as possibilidades de coleta de informações que as empresas frente aos desafios legais de privacidade, havendo grande ênfase para as informações acessadas via *internet*, sob o título: *Competition Law and Data*. <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>>, acessado em 4 fev. 2017 14:02, p. 9.

A alta performance de programas mais sofisticados, por assim dizer, propicia um ambiente em que deter essa tecnologia é um instrumento para que, na concorrência, a empresa tome a dianteira.

E isso é positivo do ponto de vista do direito da concorrência, pois o fato de um competidor apresentar uma melhor tecnologia para se diferenciar dos demais, garante-lhe a capacidade de adquirir mais informações a respeito das demandas do seu próprio mercado (PORTER e MILLAR, 1985, p. 3-4), bem como lhe permite adaptar as suas próprias mercadorias às inovações criativas de *design* – e.g. a empresa optar por investir em conceitos minimalistas em seus produtos, ou ainda ampliar seus serviços na área de culinária vegana. Também, permite à empresa oferecer de forma mais ágil os seus produtos ou serviços ao perfil de um determinado consumidor – e.g. em um *site* que se vendem livros, um profissional da área de saúde encontrará com mais facilidade livros relacionados à saúde.

Assim, a tecnologia empregada na inteligência artificial sofisticada, sobretudo as de *deep-learning*, traz resultados positivos para a competição diretamente envolvido com as vendas das empresas que utilizam esses programas sofisticados, como também resulta em investimentos em inovação tecnológica. Tudo isso, por fim, tem vantagens para o consumidor.

7. O uso de programas de computador em conduta anti-competitiva

A princípio, a capacidade de programas de computador em aperfeiçoarem as vendas digitais é um fato positivo para os consumidores, logo, um sinal positivo para a competição. Há, todavia, situações em que o seu uso não atinge uma finalidade saudável para o mercado. E, em razão disso, deve atrair a atenção das autoridades da concorrência.

Isto é, esses programas podem ser utilizados como instrumentos para a prática de concentração do mercado, podendo ocorrer sob dois aspectos, um como facilitador da conduta irregular do empresário e o outro como o próprio autor da conduta irregular.

O primeiro deriva do uso de programas essencialmente autômatos e cuja engenharia digital possui baixa complexidade. Servem apenas como facilitadores da vontade de seus operadores para a prática de condutas anti-competitivas.

O segundo, é um grupo de programas dotados de algoritmos complexos, em que, em vez da automação, agem no ecossistema digital com uma margem parcial ou até mesmo integral de autonomia decisória.

Estudar esses dois aspectos e diferenciações de programas implica em conclusões distintas para a aferição da vontade delitativa do operador do programa e de sua responsabilidade perante à autoridade da concorrência.

Com efeito, a partir deste tópico 7, inicia-se a análise teórica dos prejuízos resultantes da inteligência artificial aplicada contra a competição no Brasil, com o apoio da Lei Antitruste brasileira, das teorias sobre a responsabilidade e do estudo dos professores Ariel Ezrachi e Maurice E. Stucke, os primeiros a pesquisarem e definirem parâmetro nesse tema, em 2015.

7.1 O uso de programas de baixa complexidades como facilitadores da conduta anti-competitiva

No primeiro, por via de um modelo de pouca sofisticação, cuja característica é a automação, e não a autonomia, a prática de conduta contra a concorrência por programas de computador possui uma resposta legal bem definida. Pois, posto que tais programas são instrumentos da conduta, são considerados como mero facilitadores de exercício da intenção dos seus operadores em delinquir.

Tome-se por exemplo o caso de as empresas *A*, *B* e *C* acordarem um método para a troca de informações sobre as suas vendas, usando *e-mails* ou outra forma semelhante de comunicação virtual. Assim, elas teriam a capacidade de acordarem e definiriam os preços bem como dividiriam entre si a demanda. Aqui, notadamente, há a prática da coordenação do mercado.

Pois essa foi justamente a situação que ocorreu no caso que ficou conhecido como o caso das Companhias Aéreas Americanas, nos anos 90, em que pela primeira vez a justiça americana condenou empresas por usarem meios digitais de troca de informações confidenciais sobre o volume de suas vendas e ajuste concertado de preços¹⁴.

Ou ainda, em uma segunda situação, utilizando-se de um método digital mais elaborado, as empresas concorrentes *A*, *B* e *C*, em vez de trocarem entre si informações, adotam em conjunto um mesmo programa de computador, de mesmo algoritmo, para coordenarem o reajuste de preço. Desse modo, quando *A* aumentasse o seu preço, automaticamente, *B* e *C* também aumentariam.

Pois essa situação ocorreu no caso Topkins ou também conhecido como o caso do Cartel Digital dos Pôsteres, em 2015, nos Estados Unidos. E, muito embora uma condenação não haja sido proferida, em função da homologação de um acordo entre o Departamento de Justiça dos

¹⁴ United States v. Airline Tariff Publishing Co., 836 F. Supp. 9, 12 (D.D.C. 1993);

Estados Unidos e o empresário David Topkins, o caso judicial foi pioneiro para o estudo desse método de uso de um programa de computador.

7.1.a. A responsabilidade pelo uso de programas de baixa complexidade

Neste ponto, para programas de baixa complexidade, cujo uso é instrumental e de facilitação da vontade delitiva do agente econômico, as evidências apresentam alta carga probatória de antijuridicidade da conduta.

Como nos exemplos anteriormente citados, a comunicação e a constatação de que as empresas concorrentes *A*, *B* e *C* deliberadamente acordaram por uma comunicação ou uso do mesmo programa para cartelizar são elementos no qual o exercício da autoridade da concorrência para atribuir culpa depende da interpretação imediata do artigo 36 Lei da Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011).

Art. 36 [...]

§ 3.º [...]

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; -

Cumprindo ainda destacar que, para os professores Maurice E. Stucke e Ariel Ezrachi, autores referenciados, a constatação da antijuridicidade na hipótese de programas como facilitadores, subdividem-se em duas subcategorias, o que seria importante para a depreensão da culpabilidade dos agentes infratores.

Na primeira, o programa utilizado para a troca indevida de informações seria classificado como *messenger*, e consistiria no uso de *softwares* como ferramenta para a comunicação da vontade anti-competitiva, bem como para o monitoramento dos concorrentes entre si.

Nesta subcategoria, apenas coletar as informações indevidas e a comunicação de acordo contra o mercado já seriam suficientes para a autoridade da concorrência concluir pela existência de irregularidade.

Na segunda subcategoria, os professores definiram o uso do programa de computador que usa o mesmo algoritmo como um *hub and spoke* digital, isto é, agentes econômicos se

utilizando de um mesmo programa provido por um único fornecedor para reajustarem entre si o preço.

E já para esta subcategoria, a autoridade da concorrência deveria dispensar maior diligência sobre a apreensão probatória, uma vez que um mesmo fornecedor de um programa para vários concorrentes não implicaria por si só a conduta antijurídica.

Mas, antes, seria necessário que a autoridade aferir se houve uma intenção do uso de um mesmo programa para atingir o fim de preços coordenados, na qualidade perene e monitorada (STUCKE; EZRACHI, 2015, p.10-15).

De todo modo, para ambas as subcategorias, em que *softwares* são instrumentos facilitadores da vontade do agente econômico, os elementos de provas se apresentam como de fácil constatação da ilicitude da conduta. E, ante a isso, não há dúvidas sobre a pronta aplicação da Lei Antitruste brasileira.

7.2 O uso de programas de alta complexidades como agentes de margem decisória para condutas anti-competitivas

Conforme anteriormente explanado, o uso da inteligência artificial complexa, o que pode incluir a capacidade de *deep-learning*, resulta em melhor otimização das vendas para um *player*. Contudo, essa mesma inteligência pode resultar em riscos ao cenário da concorrência, a depender do que autonomamente ela decide.

Assim, programas avançados, de cadeia sofisticadas de algoritmos, não seriam mero facilitadores para o empresário, mas sim o próprio autor das decisões de concentração do mercado.

Primeiramente, cumpre ressaltar que tais programas possuem um ponto de partida muito bem definido: apresentar uma maior lucratividade possível para a empresa. No entanto, não possuem um ponto de chegada muito claro, isto é, não se sabe o que a inteligência artificial complexa concluirá e decidirá no seu processo de *deep-learning*. Havendo, assim, o risco de optarem por exercer a ilegalidade contra o mercado.

A característica central desse tipo de programa é o fato de o seu uso ser unilateral e de propriedade exclusiva de um *player*. Assim, ao contrário do que foi visto no tópico anterior, neste atual, não há um prévio acordo de compartilhamento da propriedade intelectual da inteligência do programa entre os concorrentes.

Isso ocorreria porque o objetivo da empresa operadora seria usar o *software* para coletar e processar dados disponíveis em *sites* das empresas rivais assim como dados difundidos em *Big Data*, ou seja, de acordo com fins legítimos e autorizados pelo Marco Civil da internet.

O programa de computador, desse modo, teria o objetivo de coletar essa soma de dados, processá-los e tomar uma decisão de otimização dos lucros. Logo, o programa não seria a princípio o autor de atividades contra a concorrência, embora pudesse ser o autor de decisões de mercado para a empresa.

Ocorre que, deve-se considerar que, no atual e progressivo estágio da modernidade da informática, não é apenas um único *player* o provável detentor desse tipo sofisticado de inteligência. Ou seja, mais e mais empresas terão programas semelhantes de vigilância constante dos preços e vendas virtuais. O que pode vir a ser um problema.

A título de ilustração, se o programa da empresa *B* resolve aumentar o preço de sua mercadoria, o programa da empresa *A* poderá detectar em questões de segundos a modificação e também aumentar o preço de sua mercadoria. Até aqui, não se verifica nenhum ato lesivo à concorrência, sendo apenas um mero ato de competitividade do *player*.

Mas, ainda nessa ilustração, a empresa *B* também monitora as movimentações da empresa *A*. Logo, tanto *A* quanto *B* passam tacitamente a mudarem o seu preço em conjunto, podendo ambas equalizarem os seus preços e reajustá-los sempre igualmente, qualificando uma perenidade e mútuo monitoramento. Caso isso ocorra, num cenário onde *A* e *B* são as únicas competidores ou mesmo detenham uma parcela relevante de mercado, tais ações dos *softwares* podem acarretar uma coordenação de preços.

Pois bem, a partir disso surgem dois pontos sobre o uso da tecnologia na concorrência que merecem uma análise detida.

O primeiro diz respeito do direito de um *player* a desenvolver para si um programa sofisticado de monitoramento dos rivais.

Para solucionar essa controvérsia, é necessário observar que, em boa parte dos casos, as movimentações de usuários e de empresas concorrentes se encontram em códigos abertos, isto é, não sigilosos. Logo, ao criar um programa inteligente que otimize as vendas, a inteligência artificial coletará informações fornecidas aberta e transparentemente por *players* rivais, a exemplo de ofertas e descontos.

Ademais, rechaçar um desenvolvimento tecnológica poderia ser danoso para a inovação, conseqüentemente para a competição. E, além de atacar erradamente o problema, uma vez que a finalidade do *player* não foi a cartelização, mas sim o processamento de milhares de dados disponíveis em código aberto para otimizar as vendas; a conduta de monitoramento de informações abertas não apresenta qualquer ilicitude para as leis brasileiras.

Já no exame de um segundo ponto e, desta vez, de questão mais aprofundada, cumpre observar que foi a própria inteligência artificial autonomamente que, na busca por otimização

dos preços, terminou por entrar em colusão com o programa do *player* rival, por entenderem ambos os programas de inteligência artificial que essa seria a melhor forma de majorar o lucro para ambos.

Decorre disso o questionamento se o programa estaria praticando ato de concentração com outras máquinas, sem que para isso os *players* houvessem assentido.

O estudo dos professores Maurice E. Stucke e Ariel Ezrachi¹⁵, em 2015, além de categorizarem as duas primeiras formas não complexas de uso da tecnologia para colidir, apresentou também outras duas formas, dessa vez complexa, de como a inteligência artificial poderiam praticar a concentração horizontal do mercado¹⁶. O estudo concluiu também pela existência de uma lacuna legislativa e jurisprudencial tanto nos Estados Unidos, como também no cenário da competição internacional.

De lá para cá, o silêncio de normas especiais e precedentes ainda perdura. E, no Brasil, não é diferente. Porém, conforme em tópico que será abordado posteriormente neste estudo, uma definição brasileira mais depende de um exercício interpretativo a ser exercido pela autoridade concorrencial brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a partir de um caso concreto do que, necessariamente, de uma alteração legislativa; haja vista a plausível suficiência normativa conferida pelas Lei n.º 12.529 de 2011 e Lei n.º 12.965 de 2014, bem pelas teorias gerais da antijuridicidade criminal.

Por hora, neste tópico, e dentro do contexto global, o que se verifica é a escassez de diretrizes hábeis a situarem a “conduta” autônoma de *softwares* em relação a atos de concentração. E ante tais riscos, em 30 de novembro de 2016, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE emitiu nota de Secretariado acerca da necessidade de implementação de uma política de defesa da competição para o ecossistema digital¹⁷.

¹⁵ Esse estudo se encontra sob o título, em inglês, “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”, e pode ser acessado em: <<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclpl40.pdf>> Acesso em 28 fev. 2017, 23:33. E, à conclusão dos dois pesquisadores, ainda seria incerta a forma de aferir a responsabilidade dos programadores por máquinas que autonomamente descobrem no cartel uma forma maximizar os lucros. Para ele, a autoridade da concorrência deveria superar barreiras éticas entre a vontade não-humana de colidir, caso a autoridade entendesse pela responsabilização. Ao mesmo tempo, seria difícil delimitar o que seria prática legítima de otimização das vendas pela inovação e o que seria de fato intenção de concentrar o mercado.

¹⁶ Em seu estudo, os professores Maurice E. Stucke e Ariel Ezrachi concluíram que programas de computadores poderiam gerar cartel, ou facilitá-lo, e que poderiam ser divididos em quatro categorias a depender do grau de sofisticação do *software*, do grau de evidência do conluio, do grau de evidência do intuito delitivo e a clareza da responsabilidade. Assim, categorizaram em: (1) “messenger”, (2) “hub and spoke”, (3) “predictable agent” e (4) “autonomous machine”. Os pontos (1) e (2) abordam cadeias não complexas de algoritmo e, em razão disso, se aplicam ao tópico 6.1 deste estudo, segundo o qual tais *softwares* são usados como facilitadores pelo empresário para coordenarem a concentração de mercado.

¹⁷ Esse estudo se encontra sob o título, em inglês, “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era”, e pode ser acessado em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)> Acesso em 28 fev. 2017, 23:45;

A vista dessa escassez, o estudo dos professores referenciados realizou uma categorização da extensão da “vontade” da máquina em relação ao assentimento de seu sistema usado, os quais poderiam ser divididos de acordo com o grau parcial ou total de autonomia em relação ao *player*. Muito embora, ao final, o estudo não haja chegado a uma solução definitiva da responsabilidade à ordem da concorrência.

Na primeira categoria, denominada de “*predictable agents*”, estariam englobados as máquinas de inteligência artificial cuja programação teria uma finalidade e um *modus operandi* bem definido: o monitoramento da movimentação das empresas rivais e a adoção de uma solução que aperfeiçoasse o seu próprio preço, sem prejuízo de seu próprio lucro.

Aqui, haveria uma certa previsibilidade pelo operador da máquina sobre a forma como ela se desenvolveria ao longo de seu processo de aprendizado e tomada de decisões – *deep-learning*. Logo, posto que os objetivos do programa estariam previamente definidos, mesmo que não houvesse a intenção do *player* pela colusão, ainda assim ele teria uma relativa margem decisória a partir do momento que poderia prever as múltiplas opções da máquina ao longo do seu aprendizado programado para otimizar lucros.

Na segunda categoria, por outro lado, denominada pelos professores como “*autonomous machine*”, os programadores desenvolveriam a inteligência artificial com uma capacidade total de auto-aprendizado, garantindo-lhe independência no processo de gerenciamento de vendas e preços. Em virtude disso, o seu *modus operandi* no mercado não seria definido pelo *player*.

Nessa situação, há uma maior margem de atuação da inteligência artificial sobre os elementos da empresa, dispensando a figura do tomador de decisões de risco. Nessa situação, a vontade manifesta dos programadores em desenvolverem a inteligência artificial foi uma só e legítima – gerenciar o empreendimento autonomamente.

Destarte, para o ser humano proprietário da empresa, inexistiria o conhecimento prévio do que o *software* aprenderia com os padrões comportamentais apresentados pelos consumidores, com as informações oferecidas pelos concorrentes, com a contabilidade do estoque, entre outros que envolveriam fatores que não permitiriam ao melhor dos empresários a previsibilidade do ponto ao qual chegaria a inteligência artificial por ele empregada.

7.3 Apontamentos sobre a responsabilidade pelo uso de programas de alta complexidade

Muito embora o presente estudo tenha o intuito de apresentar apenas uma abordagem inicial da presença de inteligência artificial na competição e riscos ao seu equilíbrio, faz-se

alguns apontamentos sobre a interface ética e jurídica (civil, penal e de defesa da concorrência) existente no Brasil.

7.3.1 Análise ética

Antes de tudo, é necessário considerar que as máquinas executam um raciocínio prático, em que não há uma síntese axiológica como ocorre na ética humana, pois tomam como base a execução de uma decisão autônoma sem a existência de uma intervenção do seu programador.

Isso quer dizer que a tomada de decisão pela máquina de *deep-learning* adota as razões que justificam a própria máquina, pois considera elementos isoladamente aprendidos para a sua vantagem.

Por outro lado, é sabido que somente ao ser humano cabe o pensamento crítico que avalie o juízo moral de certo ou errado perante uma norma jurídica posta, uma vez que é o ser dotado de raciocínio crítico que se utiliza da ética como premissa para a manutenção da ordem da sociedade. Assim, mesmo que uma conduta *a priori* seja vantajosa para o indivíduo isoladamente, ela pode ser considerada antijurídica pela ordem pública.

Logo, por um juízo deôntico, positivo ou negativo, somente o ser humano é capaz de decidir por uma obrigação de fazer ou de se abster diante de determinadas situações normatizadas (PERELMAN, 1999, p. 288).

Nesse sentido, impossível a exigência de ética numa máquina de *deep-learning*, se o juízo dela, por mais intelectualmente avançado que seja, é incapaz de assimilar valores sociais que justificam a normatização da defesa da concorrência.

No entanto, se máquinas não podem exercer juízo ético por si perante as leis, não significa, para o plano jurídico, necessariamente a ausência de responsabilidade legal.

7.3.2 Análise civil

Dentro da doutrina puramente civil brasileira, máquinas são coisas, logo, não detêm direitos nem obrigações. Por outro lado, por sua qualidade de coisa, uma máquina não responde por si, mesmo que haja sido ela o agente tomador da decisão pela conduta lesiva.

Outrossim, é necessário que incida um exame da doutrina da propriedade, que leva à justificação de uma teoria da responsabilidade. Caso assim não seja, incorre-se no risco de existência de falta de tutela jurídica sobre máquinas sofisticadas, uma vez que não seriam consideradas nem sujeitos nem coisas.

No entanto, tomando-se como premissa de que são coisas, tem-se três formas de amoldar a responsabilização causada de uma máquina sofisticada por um dano, quais sejam, a (i) responsabilidade objetiva do proprietário por fato da coisa, (ii) a responsabilidade subjetiva do proprietário por culpa *in vigilando* e (iii) a responsabilidade do proprietário por caso fortuito interno.

No primeiro, o proprietário, o qual se constitui como guardião presuntivo da coisa, responde objetivamente pelo fato do produto, de modo que, uma vez ocorrido um dano contra o patrimônio jurídico de outrem, o proprietário da máquina é legalmente responsável por repará-lo.

No entanto, há críticas à aplicação de tal tese, pois se ignora a qualidade de autonomia da máquina, o que de certo modo contraria a característica da objetividade da responsabilização. Isso porque, para a objetividade de uma responsabilidade sobre uma coisa, requer-se que exista a presunção de que o guardião possua o poder de comando ou de direção intelectual sobre o bem, o que pode não ser o caso de uma máquina extremamente complexa. (GAGLIANO e FILHO, 2004, p. 190).

De todo modo, essa ainda é a resposta civil mais plausível para a questão, haja vista o proveito econômico que o proprietário obtém pelos riscos do uso da máquina, sobretudo, quando é ele mesmo o único detentor do simples poder de desligá-la. Tal poder, aliás, pode até parecer simples, porém as implicações de exercê-lo são nodais tanto para o aumento de seu proveito econômico, como também para a elisão de riscos.

Na segunda análise, o proprietário é subjetivamente responsável, logo é necessário que haja a conclusiva aferição da culpa do agente econômico a partir de atos ilícitos praticados pela máquina contra o patrimônio jurídico de outrem. Adicionalmente, a culpa nesses casos somente ocorrerá pela prova da falha de vigilância do proprietário sobre os atos da coisa (culpa *in vigilando*).

Não escapa de críticas, pois tanto pode impor ao acusar o ônus por uma prova difícil ou impossível de produzir (prova diabólica), como também ignora a característica de autonomia decisória da máquina, que dispensa o agente econômico para funcionar, logo dispensa até mesmo o ato de vigilância. Ao contrário da primeira, certamente, não é a preferível, por ser uma corrente inversa ao que as novas leis, como o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet, que amplamente reconhecem a objetivação da responsabilidade, buscam tutelar.

No terceiro, não se pode evitar a plausibilidade de que danos decorrentes das condutas autônomas das máquinas, que operam de modo a dispensar a presença de um operador humano, possam ser vistas também como um caso fortuito.

Entretanto, cumpre salientar que, mesmo nessa hipótese de caso fortuito, existe a atração da responsabilidade contra o proprietário pelo “fortuito interno”. Isto é, aquele em que o proprietário da máquina se responsabiliza por todos os acontecimentos incertos que a máquinas possam causar a patrimônio jurídico alheio.

De todo modo, quando se analise a questão puramente civil, o que melhor se depreende das situações é que o proprietário é, invariavelmente, responsável por danos causados por sua máquina. Do contrário, seria eximir a máquina autônoma da qualidade de coisa e elevá-la a sujeito de direitos, o que não nos parece ser o parâmetro ético.

7.3.3 Análise penal

No direito penal, o julgamento por responsabilidade é considerado mais complexas em relação à aferição cível, uma vez que é a pessoa física, e não a jurídica, que sofre sanção criminal, bem como se leva apenas em conta a visão da máquina sofisticada como um instrumento para o delito, e não ela propriamente uma autora de delito.

A concentração como crime possui disciplina nos incisos I e II do artigo 4.º da Lei n.º 8.137 de 1990, que aborda os crimes contra à ordem econômica.

Assim, partindo o direito penal de que a máquina é sempre um instrumento para o ato delitivo de uma pessoa física, a análise que melhor vem ao caso resulta no levantamento de questões concernentes à omissão do agente através da doutrina da cegueira deliberada das ações tomadas sobre instrumento que estava em seu poder (JESUS, 2011, p. 279).

Adicionalmente, deve-se observar a teoria da culpabilidade consciente da pessoa que, numa situação de máquina de *deep-learning*, consentiu com a sua “atuação através do instrumento”, muito embora não desejasse a colusão.

E, por fim, ainda há de analisar a potencial consciência da antijuridicidade pelo agente, uma vez que não foi propriamente a pessoa física que projetou, tentou ou realizou o ato antijurídico, mas sim a máquina sofisticada.

Todas essas são questões de grande abrangência no Direito Criminal e que, de forma aprofundada, não integra o objeto do presente estudo.

7.3.4 Análise no direito da defesa da concorrência

Por outro lado, para o direito da defesa da concorrência especificamente, o qual possui regras e análises autônomas, é necessário a demonstração definitiva de que a conduta desempenhada haja inobservado a Lei Antitruste brasileira. Pois, somente assim haveria a responsabilização do agente econômico que delega para a inteligência artificial o poder decisório de concentração do mercado.

Inicialmente, não se pode deixar de render atenção ao princípio da livre iniciativa como base prudencial exigido na atuação da autoridade da concorrência, sobretudo, quando se analisa um caso com vertente de investimento em tecnologia, sob o grave risco de que uma equívoca intervenção pela autoridade da concorrência resulte em inibição à inovação e pesquisa.

Por outro lado, uma postura permissiva da autoridade pode incorrer numa indevida manifestação no sentido de ser lícito a colusão de condutas e preços, desde que sejam operadas por máquinas extremamente sofisticadas. O que, de certo modo, desnatura os princípios da função social da propriedade bem como o da defesa dos consumidores, consubstanciados na finalidade de uma política nacional de defesa da concorrência.

Para deslinde dessa controvérsia, a autoridade deve se voltar para as balizas encontradas na própria Lei Antitruste e, depois, para a regra da razão.

Inicialmente, o artigo 36 da Lei n.º 12.526 de 2011 taxa um rol de condutas que tenham como objeto ou como resultados efeitos anti-competitivos cuja primeira característica é a inexigibilidade da aferição de culpa; e, em segunda característica, a indefinição da forma como a conduta anti-competitiva é praticada.

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos sob **qualquer forma manifestados**, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] (grifo não constante no original)

A vista da Lei da Defesa da Concorrência, portanto, o Brasil adotou expressamente uma teoria objetiva da responsabilidade, podendo ela ainda ocorrer tanto num ecossistema físico quanto num ecossistema digital.

Avançando, especificamente aos atos de colusão, a lei optou pela ilicitude por objeto, e não por efeitos, de forma que havendo uma projeção do efeito líquido negativo da coordenação, dispensa-se a constatação factual de que a coordenação haja apresentado prejuízos à livre concorrência, à livre iniciativa e ao equilíbrio de mercado (CASAGRANDE; NETO, 2016, p. 91).

Além do mais, o parágrafo terceiro do artigo 36 disciplina especificamente os atos de coordenação sobre os quais existem a convergência de vontades para acordar, combinar,

manipular ou ajustar com os concorrentes que independem da aferição de culpa, da forma e de resultado da coordenação:

Art. 36: [...]

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

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;
- (grifo não constante no original)

Conforme se observa, o acordo sob qualquer forma não exige uma institucionalização perene do cartel ou adoções de mecanismos eficazes de monitoramento e sanção, isto é, cartéis não necessariamente somente ocorrem em sua modalidade clássica (*hardcore cartels*), como já concluiu o CADE quando julgou pela existência de irregular paralelismo de preços e condutas no Cartel das Britas (processo administrativo n.º 08012.002127/2002-14):

Este último [cartel difuso] é um ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do Cartel Clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Este é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preço, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas.

Nesse sentido, a atuação de inteligência artificial complexa, num cenário mais provável, tenderia a ocorrer em caráter difuso e não clássico de cartel, uma vez que, dentro de sua autonomia, a máquina dispensaria a finalidade, ou ainda o intuito, em institucionalizar um acordo de vontade perene, de definir regras de colusão com a fixação de preço referencial (*trigger price*) e de monitoramento de outras máquinas de inteligência artificial para fazer respeitada a colusão (impedir o *free riding*).

Logo, em verdade, é bem mais plausível que um programa de *deep-learning* venha a adotar um paralelismo de preços para otimizar, em conjunto com outras, os lucros num momento eventual e sem que, para isso, houvesse uma natural vontade de manter uma institucionalização *hard-core* de tal prática.

Contudo, obviamente, o mero paralelismo de preços no meio digital não é elemento de prova suficiente para indicar uma prática de coordenação entre programas sofisticados.

Outrossim, para a atribuição de responsabilidade em caso de cartel difuso por inteligência artificial, exige-se o levantamento de outros elementos emprestados e adaptados da doutrina clássica dos cartéis, como a inequívoca demonstração da existência de acordo de vontade (*meeting of minds*) para um objetivo ou resultado em comum¹⁸, ainda que exercido pela “vontade” autônoma do programa e, ainda, a geração de prejuízos razoavelmente projetáveis à dinâmica da competição e ao poder de opção do consumidor. Ou seja, há a necessidade de elementos que estão além do mero paralelismo de preço, isto é, a constatação do paralelismo mais ou paralelismo *plus*¹⁹.

A vista disso, portanto, a lei da defesa da concorrência traz em si as bases para uma interpretação favorável à responsabilização do agente econômico que é beneficiado pela conduta coordenada de programas de inteligência artificial complexa, ainda que de modo não difuso.

De todo modo, deve-se levar em conta que, caso a autoridade da concorrência julgue pela condenação, há um evidente risco de ela interpretar equivocada e desfavoravelmente ao uso da inteligência artificial avançada no mercado. Isso porque, conforme mencionado no tópico 6 deste estudo, a conduta humana não foi sob o propósito de projeção da máquina programada para o conluio, mas sim para gerenciar positivamente uma empresa, havendo, portanto, o intuito humano em consonância com a legalidade.

Assim, o emprego de tecnologia avançada no comércio eletrônico não pode ser alvo de censura ou desestímulo, em nome de uma probabilidade de colusão das máquinas de *deep-learning*; sobretudo, quando elas trazem efeitos benéficos ao mercado e à pressão da concorrência, conforme também estudado no tópico 6.

Nesse sentido, diante da hipótese de responsabilização objetiva por ato de concentração, é possível até mesmo arguir a ocorrência de exclusão de responsabilidade do *player* em função da alegação de caso fortuito decorrido uma inteligência sofisticada de *deep-learning*, imprevisível ao ser humano empresário.

No entanto, é discutível ainda, dentro da teoria do caso fortuito, a diferença entre o fortuito interno e o fortuito externo para dimensionar os limites da responsabilidade do *player*.

¹⁸ OCDE. *Policy roundtables: prosecuting cartels without direct evidence*. Paris, 2006, p.19

¹⁹ A exigência de levantamento de indícios que possam ir além do mero paralelismo de preços é o que as autoridades da concorrência e a doutrina especializada chama de paralelismo mais (ou paralelismo plus). Tal aferição ocorreu pela primeira vez no Brasil através do Cartel das Britas julgado pela Cade em 2005. No entanto, o seu conceito foi utilizado pela primeira vez no *American Tobacco Co.*, de 1946, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que os indícios encontrados, ainda que não apontassem para uma conspiração estruturalmente organizada de reuniões e sanções, indicavam atos de coordenação de condutas e preços.

No primeiro, havendo; no segundo, não; conforme já melhor explanado no tópico sobre a responsabilidade civil.

Por outro lado, deve-se ressaltar que a *regra da razão* incide inevitavelmente para solucionar esse aparente conflito entre o uso da tecnologia para a inovação de mercado e o uso da tecnologia para eximir de responsabilidade o agente beneficiado pelo cartel (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 96). Pois, é somente através de tal regra “parajurídica” que a autoridade da concorrência é capaz de julgar, definitivamente, os demarcar os limites da responsabilidade do *player* em relação aos prejuízo contra o mercado²⁰.

Portanto, a autoridade necessita valorar que as práticas desenvolvidas pela inteligência artificial prejudicam irrazoavelmente a economia pública, com inegável restrição da livre concorrência. E, somente assim, poderá a autoridade da concorrência atribuir uma responsabilidade àquele que se substitui de programas sofisticados para gerir a empresa.

8. Conclusão

Como visto, a modernidade motiva o aperfeiçoamento da discussão sobre os limites da responsabilização por atos de concentração não apenas na esfera do comércio físico, mas também na esfera do comércio eletrônico. E, embora possam guardar muitas semelhanças, é somente no comércio eletrônico que emerge uma situação cada vez mais grave e para a qual ainda não existe uma resposta definitiva: a responsabilidade em caso de conduta praticada por inteligência artificial complexa.

Certamente, não é uma discussão que se encerra no presente estudo. Contudo, foi possível apresentar apontamentos necessários para discussão de tal situação à vista da Lei 12.529 de 2011. Nesse sentido, constatou que existe sim a possibilidade de atribuição de responsabilidade não à máquina de inteligência artificial em si, porém ao seu agente econômico que lhe tira proveito em contrapartida a um prejuízo irrazoável à dinâmica da competição e ao poder de opção dos consumidores.

A vista disso, cumpre à autoridade da concorrência brasileira exercer um juízo interpretativo o qual, muito embora não se espera ser fácil, espera ser necessário para definir os limites da programação de *deep-learning* a fim de não desguarnecer a defesa da concorrência no comércio eletrônico.

²⁰ De forma pioneira, a Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que a simples aplicação *per se* da Lei *Sherman* (*Sherman Act*) seria irrazoável se as condutas concertadas não fossem suficientes para causar prejuízos razoáveis à livre iniciativa, deixando de resultar num efeito líquido negativo ao interesse do mercado competitivo.

9. Referências

AFFECTIVA. *Homepage*. Disponível em: <<http://www.affectiva.com>> Acesso em 23 fev. 2017, 23:57

AKKERMANS, J.M.; GORDIJN, Jaap. *Value-based requirements engineering: exploring innovative e-commerce ideas*. Springer-Verlag London Limited, 2003, p. 115. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1007/s00766-003-0169-x>> Acesso em 4 mar. 2017, 23:44

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. [online] Disponível em <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>>, acesso em 4 mar. 2017 14:02; p. 9;

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo n.º 08012.002127/2002-14. Disponível em:<www.cade.gov.br>. Acesso em: 3 fev. 2017;

CASAGRANDE, Paulo Leonardo; NETO, Caio Mário da Silva. *Direito Concorrencial*. Doutrina, jurisprudência e legislação. Saraiva: São Paulo. 2016, p. 31 e 91;

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo. 2016, p. 96;

DITTOLABS. *Homepage*. Disponível em <<http://dittolabs.io>> Acesso em 23 fev., 23:59;

EZRACHI, Ariel; Maurice E. Stuck. Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition (2015) [online]. Disponível em: <<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cc1p140.pdf>> Acesso em 21 fev. 2017, 14:23. p. 10-15;

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito Civil*. Responsabilidade Civil, vol. 3. 2ª ed. rev. atual. Saraiva: São Paulo. 2004, p. 190;

GRIDSPACE. *Homepage*. Disponível em: <<https://www.gridspace.com>> Acesso em 23 fev. 2017, 23:58;

GUNASEKARAN, A; MARRI, H.B., MCGAUGHEY, R.E.;, et al. *E-commerce and its impact on operations management*. In: International journal of production economics. [online] <https://www.umassd.edu/media/umassdartmouth/businessinnovationresearchcenter/publications/ec_om.pdf>, Elsevier. 2002, p. 187;

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Parte Geral. 32^a ed. Saraiva: São Paulo. 2011, p. 279;

LIPPMAN, S.A.; RUMELT, R.P. *Uncertain imitability: na analysis of interfirm differencens in efficiency under competition*. In: The Bell Journal of Economics, Vol. 13, No. 2, pp. 418-438 [online] < http://www.jstor.org/stable/3003464?seq=1#page_scan_tab_contents>. RAND Corporation. 1986, p. 419.

KANNAN, P.K.; KOPALLE, Praveen. *Dynamic Pricing on the Internet: Importance and Implications for Consumer Behavior*. In: International Journal of Electronic Commerce, 2014, p. 64 [online]. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10864415.2001.11044211>> Acesso em 26 fev. 2017, 23:48;

MONTI, Giorgi. *EC Competition Law*. Cambridge University Press: Cambridge, 2007, p. 2;

MELO, Luís Martins. Modelos tradicionais de concorrência. In: KUPPER, David; Hansen-Clever, Lia (Org.). *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 3-14;

MURNANE, Kevin. *Thirteen Companies That Use Deep Learning to Produce Actionable Results*. Forbes. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/kevinmurnane/2016/04/01/thirteen-companies-that-use-deep-learning-to-produce-actionable-results/#58bbbed0b33b8>> Acesso em 23 fev. 2017, 23:55;

NANALIZE. *10 Deep Learning Applications for Investors to Watch* [online]. Disponível em: <<http://www.nanalyze.com/2016/10/deep-learning-applications-investors/>> Acesso em: 28 fev. 2017, 18:38;

OCDE. *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)> Acesso em 28 fev 2017 23:45;

_____. *Policy roundtables: prosecuting cartels without direct evidence*. Paris, 2006, p.19;

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Martins Fontes: São Paulo, 1999, p. 288;

PORTER, Michael E.; MILLAR, Victor E. *How information gives you competitive advantage*. (1985) [online]. In: Harvard Business Review. Harvard College, 1985, p. 3;

PRIVACY SHIELD. Disponível em: <<https://www.privacyshield.gov/Program-Overview>> Acesso em: 1 mar 2017 21:59;

QI, Xiangtong; XIAO, TiaoJun. *Price competition, cost and demand disruptions and coordination of a supply chain with one manufacturer and two competing retailers*. In: Science Direct [online] <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305048306000260>> Elsevier. 2006, p. 743;

USA JUSTICE. United States v. Airline Tariff Publishing Co., 836 F. Supp. 9, 12 (D.D.C. 1993); [online] Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-american-airlines-2004>> Acesso em 4 mar. 2017 00:16;

[24] WOOD Jr., Thomas. *Fordismo, Toyotismo e Volvismo: Os caminhos da indústria em busca do tempo perdido*. [online]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v32n4/a02v32n4.pdf>> 4 mar. 2017, 00:04.

Cartéis *Hub-and-Spoke*: coordenação horizontal por meio de restrições verticais

Elisa Santos Coelho Sarto²¹

RESUMO

O presente artigo analisa o uso de restrições verticais que têm o intuito de influenciar e camuflar um acordo horizontal entre concorrentes. Esta prática é conhecida na jurisprudência antitruste internacional como cartel *hub-and-spoke*, troca de informações A-B-C ou cartel misto. Para melhor entender este conceito, este artigo é dividido em três seções. A primeira seção se destina a entender as diferenças de análise que existem entre os acordos verticais e os acordos horizontais. Na segunda, é apresentado o conceito de cartel *hub-and-spoke*, bem como suas classificações, racionalidade econômica e padrão de prova. Na terceira, por fim, são expostos os casos mais importantes da jurisprudência internacional sobre este tipo de cartel, bem como alguns casos brasileiros.

Palavras-chave: cartel *hub-and-spoke*; restrições verticais; concorrência.

ABSTRACT

This article analyzes the use of vertical restraints that are intended to influence and camouflage a horizontal agreement between competitors. This practice is well known in international antitrust jurisprudence as a *hub-and-spoke* cartel, A-B-C information exchange or mixed cartel. To better understand this concept, this article is divided into three sections. The first section aims at understanding the differences of analysis between vertical agreements and horizontal agreements. In the second, the concept of the *hub-and-spoke* cartel is presented, as well as its classifications, economic rationality and standard of proof. In the third, the most important cases of the international jurisprudence on this type of cartel are presented, as well as some Brazilian cases.

Key-words: *Hub-and-spoke* conspiracies; vertical restraints; competition.

Classificação JEL: L4

²¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduada em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Intercambista do 37º Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PINCADÉ – 2017). E-mail: elisasarto@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Uso de Restrições Verticais x Coordenação Horizontal; 3. O Cartel *Hub-and-Spoke*; 3.1. Classificações; 3.2. Racionalidade Econômica; 3.3. Troca de Informações e Padrão de Prova; 4. Casos Emblemáticos na Jurisprudência Estrangeira e Brasileira; 4.1. Federal Trade Commission x Toys “R” Us; 4.2. Casos julgados no Reino Unido; 4.3. Casos brasileiros; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

Cartel é um acordo entre as empresas, que passam a atuar conjuntamente, com o objetivo de neutralizar a concorrência. O consequente resultado de um mercado cartelizado é o aumento de preços, queda da qualidade dos produtos e elevação das margens de lucro das empresas. Segundo Forgioni (2015)²², esse acordo reproduz artificialmente um ambiente de monopólio.

Economicamente, de acordo com Pindyck e Rubinfeld (2013)²³, o monopólio permite a apropriação de parte do excedente do consumidor pelo produtor, gerando um peso morto. Este cenário é altamente desejável pelas empresas, uma vez que é possível ter lucros maiores do que aqueles alcançados em situações de concorrência.

Empresas dispostas a fazer combinação de preços, de quantidades e divisão de mercados são plenamente cientes de seu ilícito, principalmente grandes empresas como do setor de cimento ou gases industriais. Por isso, fazem as trocas de informações de maneira estrategicamente escondida, não deixam tantos rastros de sua atividade coordenada, afetando diretamente o custo da prova do ilícito para as autoridades antitruste. (AZEVEDO, 2014)²⁴.

No entanto, as autoridades antitruste, principalmente aquelas de jurisdições mais consolidadas, passaram a ter melhores ferramentas para a detecção de cartéis e sua consequente punição. Isto afetou diretamente o comportamento dos agentes propensos a serem membros de cartéis. A coordenação entre os concorrentes deixou de ser algo simples e, muitas vezes, possível em alguns setores.

Para fugir desta vigilância das autoridades, as empresas passaram a sofisticar suas ações. A troca de informações sensíveis ao mercado passou a se dar de modo indireto, utilizando-se, muitas vezes, de uma terceira parte. A este modo de troca de informações recebeu o nome de cartel *hub-and-spoke*.

²² FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 8 ed. rev., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²³ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L... Microeconomia. 8 ed. p. 369. Madrid: Pearson, 2013.

²⁴ AZEVEDO, Paulo Furquim. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Apesar de não ser muito recente, ainda não está definida pelas legislações antitruste. No entanto, esta prática vem ganhando cada vez mais destaque e importância na defesa da concorrência, uma vez que diversos tribunais estão aplicando este conceito e condenando empresas por este tipo de cartel.

Este artigo irá, primeiramente, fazer uma distinção entre restrições verticais e coordenação horizontal, essencial para a compreensão do cartel *hub-and-spoke*, por este ser considerado um “cartel misto”, no qual se encontram tanto relações verticais quanto horizontais. Após esta diferenciação, se passará à definição do conceito de cartel *hub-and-spoke* e de suas possíveis facetas. Por fim, serão apresentados os casos mais emblemáticos que envolvem essa prática.

2. Uso de Restrições Verticais x Coordenação Horizontal

Uma empresa necessita comprar matéria-prima para sua produção, através de um fornecedor, e também precisa vender seus produtos a um agente que os levará até o consumidor final. Estes, basicamente, são os níveis da cadeia produtiva: fornecimento da matéria-prima, produção da mercadoria e a distribuição do produto ao consumidor. Uma mesma empresa pode atuar em mais de um nível da cadeia, mas, tendo em vista o contexto econômico em que está inserida, a empresa pode optar por atuar em somente um nível. Com isso, ela deverá comprar insumos e depender de distribuidores, sendo que estas relações são chamadas de verticais. (FORGIONI, 2007)²⁵.

As relações verticais são, de acordo com Azevedo (2010)²⁶, aquelas que envolvem processos produtivos complementares, enquanto as relações horizontais englobam processos substitutos.

Estas relações verticais são formalizadas, em sua maioria, por contratos e nestes contratos podem ser colocadas cláusulas restritivas, chamadas de restrição vertical. Os exemplos mais comuns são:

- (i) *exclusividade*, mediante a qual uma parte (ou ambas) obriga-se a não contratar com terceiros o mesmo objeto do negócio que mantém com a outra;
- (ii) *divisão territorial*, de forma a garantir que cada um dos distribuidores seja o único a comercializar bens da mesma marca em determinada região ou com determinados clientes;
- (iii) *restrições sobre preços de revenda*, ou seja, cláusulas que visam a proporcionar ao fabricante certo controle sobre os preços praticados pelos distribuidores; e

²⁵ FORGIONI, Paula A. Direito Concorrencial e Restrições Verticais. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²⁶ AZEVEDO, Paulo Furquim. Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira. Textos para Discussão 264. Escola de Economia de São Paulo. Jul., 2010.

(iv) vendas casadas, i.e., estipulações que obrigam os distribuidores a adquirir bens e serviços de forma vinculada. (FORGIONI, 2007, p. 26)²⁷.

Ainda segundo Forgioni (2007)²⁸, os contratos envolvem custos de transação, principalmente custos de coordenação, de achar um parceiro, realizar o acordo e estabelecer todas as suas condições. Para minimizar os custos e aumentar a eficiência, é que existem as cláusulas restritivas, como as mencionadas acima.

Estes acordos são analisados pelas autoridades antitruste por meio da regra da razão. De acordo com esta regra, não basta apenas o acordo ter ocorrido, deve ser comprovado que houve prejuízos concorrenciais.

Na União Europeia, segundo a Comissão Europeia (2010)²⁹, as restrições verticais são presumidamente lícitas, desde que elas cumpram os seguintes requisitos: 1- deem origem a vantagens econômicas, com ganhos de eficiência entre as partes; 2- sejam vistas como único modo para obter estes ganhos, sendo aceitas somente se forem consideradas indispensáveis para se chegar ao resultado eficiente; 3- não podem gerar a possibilidade de se eliminar a concorrência em relação a uma parte essencial dos produtos envolvidos no contrato. 4- uma parte equitativa dos ganhos gerados pelas restrições deve ser repassada aos consumidores;

Por isso, é considerado que as restrições verticais são analisadas de maneira mais branda, tendo como base os efeitos causados. Se a restrição causa mais efeitos anticoncorrenciais do que eficiências, ela é condenada. Se causar mais eficiências, pode ser considerada lícita.

Já a coordenação horizontal é a troca de informações entre agentes de um mesmo elo da cadeia. De acordo com a Comissão Europeia (2011)³⁰, o acordo horizontal se dá quando os participantes que cooperam entre si são concorrentes efetivos ou potenciais. Além disso, estão consideradas também nesta categoria as cooperações existentes entre não concorrentes potenciais, que, apesar de estarem no mesmo mercado em relação ao produto, não estão no mesmo mercado geográfico.

Este tipo de acordo pode gerar eficiências econômicas, como economias de escala, compartilhamento de riscos e investimentos. No entanto, pode também criar sérios riscos concorrenciais. Como bem destaca a Comissão Europeia:

²⁷ FORGIONI, Paula A. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ COMISSÃO EUROPEIA. Orientações relativas às restrições verticais (Texto relevante para efeitos do EEE). *Jornal Oficial da União Europeia*. 19 maio 2010.

³⁰ COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. *Jornal Oficial da União Europeia*. 14 jan. 2011.

É o que acontece, por exemplo, quando as partes acordam em fixar os preços ou o nível da produção ou em partilhar mercados ou ainda se a cooperação permitir às partes manterem, conquistarem ou aumentarem seu poder de mercado, sendo desta forma susceptíveis de ter efeitos negativos no mercado no que se refere aos preços, à produção, à diversidade e qualidade dos produtos ou à inovação. (COMISSÃO EUROPEIA, 2011, p. 4)³¹.

Estes acordos horizontais podem levar à troca de informação sensível entre os concorrentes e uma conduta concertada no sentido de neutralizar a concorrência existente entre eles, de acordo com Forgioni (2015)³². Eles passam a regular a força concorrencial uns dos outros, conseguindo reproduzir uma situação de monopólio, quando deveria existir a independência e a livre concorrência. Ao envolverem questões relativas a preços e quantidades, estes acordos são considerados cartéis.

Por serem considerados mais prejudiciais, a análise destas condutas são realizadas sob a regra *per se*, ou por objeto. Isto significa que basta que o acordo seja realizado para que seja considerado ilícito. Mesmo que possa eventualmente gerar alguma eficiência, o que não é muito provável, isto não é capaz de absolver os agentes envolvidos. Por isso, se houve troca de informações sensíveis entre agentes de um mesmo elo da cadeia produtiva, é considerado que esta causa uma restrição da concorrência, por sua própria natureza. (COMISSÃO EUROPEIA, 2011)³³.

Tendo em vista estes dois tipos acordos e suas respectivas análises, a análise *per se* a regra da razão, é possível entender melhor o chamado cartel *hub-and-spoke*, apresentado no próximo tópico.

3. O Cartel *Hub-and-Spoke*

O cartel *hub-and-spoke* pode ser definido, segundo Vereecken (2014, p.4)³⁴, como “[...] troca de informações sensíveis entre competidores por meio de uma terceira parte, que facilita o comportamento cartelista dos concorrentes envolvidos” (tradução livre)³⁵.

Este fenômeno também pode ser chamado de “troca de informação A-B-C” ou “coordenação A para B para C”, no qual a informação sobre preços é passada entre dois ou

³¹ Ibid, p. 4.

³² FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 8 ed. rev., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

³³ COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. Jornal Oficial da União Europeia. 14 jan. 2011.

³⁴ VEREECKEN, Bram. Hub and Spoke Cartels in EU Competition Law. LLM Paper. Faculty of Law, Universiteit Gent, 2014.

³⁵ Texto no idioma original: “[...] as the exchange of sensitive information between competitors through a third party that facilitates the cartelistic behaviour of the competitors involved”.

mais operadores de um mesmo nível da cadeia de produção através de um terceiro operador, que faz parte de outro nível dessa mesma cadeia de produção. (ODUDU, 2011)³⁶.

Segundo Bolecki (2011)³⁷, o elemento essencial do cartel *hub-and-spoke* é o fato de não haver contato direto entre os concorrentes, mas o uso de um terceiro para repassar as informações. Este terceiro utilizado é, normalmente, um fornecedor comum.

É possível resumir que este tipo de cartel consiste no uso das restrições verticais com um fornecedor ou distribuidor em comum, com o intuito de camuflar a coordenação horizontal entre os concorrentes.

Segundo Orbach (2016)³⁸, os membros de cartéis podem, por exemplo, substituir um acordo horizontal de divisão de mercado, por vários acordos verticais com um distribuidor comum de restrições geográficas. O efeito ainda seria o mesmo, mas com menos riscos e uma coordenação centralizada mais eficiente. Outro exemplo que se pode dar é a substituição de um acordo horizontal de fixação de preços por vários acordos verticais de manutenção do preço de revenda.

Por utilizar mais de uma etapa da cadeia de produção, este cartel pode também ser chamado de “cartel misto”. De acordo com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE),

Em contraposição aos cartéis “simples”, formados por empresas que atuam no mesmo mercado, cartéis mistos envolvem mais de uma etapa da cadeia produtiva, o que confere à prática concertada tanto elementos horizontais (entre concorrentes no mesmo mercado), quanto verticais (entre empresas atuantes em diferentes níveis da cadeia). (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2016)³⁹.

Para entender melhor o funcionamento do cartel *hub-and-spoke* e suas categorias, é preciso entender a analogia de seu nome. Ele é comparado a uma roda. O “*hub*” é o cubo da roda, o seu centro. Dele, partem os raios, que são os “*spokes*” e o aro liga toda a estrutura.

Usa-se como exemplo um cartel entre um distribuidor comum, no mercado a jusante, que possui acordos verticais independentes com vários fabricantes, no mercado a montante. O “*hub*” será o distribuidor, enquanto os “*spokes*” são os acordos verticais. Na ponta destes raios, estão os fabricantes. (FALLS; SARAVIA, 2015)⁴⁰.

³⁶ ODUDU, Okeoghene. Indirect Information Exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion. *European Competition Journal*. Ago. 2011.

³⁷ BOLECKI, Antoni. Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies. *Yearbook for Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 4, No. 5, 2011.

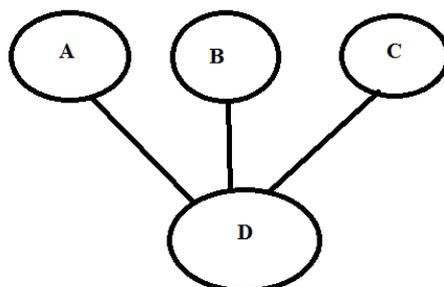
³⁸ ORBACH, Barak. Hub-and-Spoke Conspiracies. *The antitrust Source*, n.3, abr. 2016.

³⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 68/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo 08012.006043/2008-37. 19 set. 2016.

⁴⁰ FALLS, Craig G.; SARAVIA, Celeste C. Analyzing Incentives and Liability in “Hub-and-Spoke” Conspiracies. *ABA Section of Antitrust Law*, abr. 2015.

No desenho abaixo, o distribuidor é o D, enquanto os fabricantes são A, B e C.

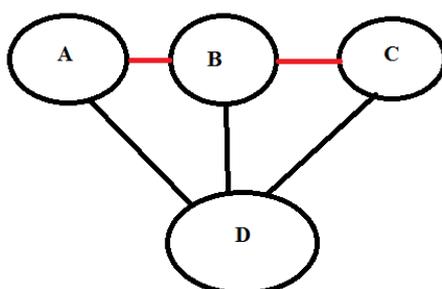
Figura 1 – Distribuidor D e acordos verticais com Fabricantes A, B e C



Fonte: Elaboração própria.

No entanto, a figura 1 não representa ainda um cartel *hub-and-spoke*. Um de seus elementos essenciais é a existência do aro. O aro é a ligação entre os agentes do mesmo nível da cadeia produtiva. Essa ligação representa o acordo horizontal que surge por meio da troca, ainda que indireta, de informações. Para a caracterização do cartel, é preciso que haja a conduta coordenada horizontal. Caso contrário, como representado na Figura 1, seriam apenas vários acordos verticais com identidade de uma das partes. (FALLS; SARAVIA, 2015)⁴¹.

Figura 2 – Cartel *Hub-and-spoke*



Fonte: Elaboração própria.

Percebe-se que os praticantes do cartel *hub-and-spoke* atuam na tentativa de esconder a troca de informações entre eles e de enquadrar suas condutas como restrições verticais, para serem submetidas à análise da regra da razão ao invés de serem condenados por uma conduta *per se*.

⁴¹ Ibid.

A metáfora em si pode, por vezes, não ser perfeita ao caso concreto, mas seu uso ajudou a desenvolver a lei de defesa da concorrência, permitindo que os tribunais identificassem essa prática específica como cartel, devido às suas características específicas e únicas. Assim, foi possível desenvolver um padrão adequado para detecção destas práticas. (ORBACH, 2016)⁴².

3.1 Classificações

Este cartel pode se dar de duas maneiras, basicamente: o distribuidor atuando como o “*hub*”, o centro do cartel, enquanto os fornecedores são os “*spokes*”, assim como representado na figura 2. O fornecedor A pode divulgar para o distribuidor qual preço de venda ele pretende colocar em um futuro próximo e, ao mesmo tempo, fazer com que o distribuidor obtenha esta mesma informação dos outros fornecedores, B e C. Assim, A consegue saber o preço que cada concorrente seu pretende cobrar, sem ter havido qualquer contato direto entre eles. (BOLECKI, 2011)⁴³.

Segundo Bolecki (2011)⁴⁴, segundo tipo que pode ocorrer é quando o “*hub*” se encontra no mercado a montante, sendo ele um fabricante. Neste caso, os “*spokes*” serão acordos verticais realizados com distribuidores. A informação repassada neste tipo de cartel é sobre os preços de varejo que cada um dos distribuidores pretende cobrar. Um distribuidor repassa informação para o fabricante e este repassa a informação a todos os outros distribuidores. Da mesma maneira, há troca indireta de informação sensível, capaz de coordenar um cartel entre os distribuidores.

Falls e Saravia (2015)⁴⁵ propõem outra divisão dos cartéis *hub-and-spoke*, relacionada aos efeitos anticompetitivos criados por estes. Há a separação em três classes, de acordo com o nível de mercado em que se dá o prejuízo. A Classe Um compreende os cartéis que aumentam o poder de mercado e reduzem concorrência no mercado em que está o participante vertical. Aproveitando o exemplo da Figura 1, isso quer dizer que o prejuízo anticoncorrencial se daria no mercado do distribuidor D. Os acordos verticais envolvendo os participantes geralmente são sobre fechamento de mercado em relação a outros distribuidores, como discriminação de preços, recusa de venda.

O incentivo de D é bastante claro neste caso, por ele ser o maior beneficiário. No entanto, os incentivos dos fabricantes A, B e C podem ser confusos. De acordo com Falls e

⁴² ORBACH, op. cit.

⁴³ BOLECKI, op. cit.

⁴⁴ BOLECKI, op. cit.

⁴⁵ FALLS, op. cit.

Saravia (2015)⁴⁶, os fabricantes entram neste acordo ou para evitar alguma punição de D, como uma retaliação por não participar da conduta, ou porque há uma proposta de divisão dos lucros obtidos.

A Classe Dois consiste em cartéis que aumentam o poder de mercado e reduzem a concorrência no mercado dos participantes horizontais, que seriam A, B e C. Estes se envolvem para fixar preço, enquanto o participante vertical é compelido de alguma forma a ajudá-los nesta tarefa. Neste caso, o incentivo dos fabricantes é bastante óbvio, uma vez que vão implementar um cartel em seu mercado. Já o incentivo do distribuidor não é tão cristalino. Este deve receber algo em troca e, novamente, este benefício se resume a evitar alguma punição ou divisão de lucros obtidos. (FALLS; SARAIVIA, 2015)⁴⁷.

Por fim, a Classe Três aumenta o poder de mercado e reduz a concorrência nos dois níveis da cadeia produtiva. Os incentivos neste caso são bem mais claros, pois todas as partes saem ganhando, de acordo com Falls e Saravia (2015)⁴⁸.

Ressalta-se somente o fato de que o participante vertical não pode ser um monopolista em seu mercado, uma vez que não é possível obter maiores lucros do que os já obtidos pelo monopólio, retirando, assim, o incentivo que este agente teria para participar do cartel. De uma mesma demanda final, segundo Azevedo (2010)⁴⁹, não é possível extrair dois lucros de monopólio, ou até mesmo qualquer quantia acima de um lucro de monopólio.

3.2 Racionalidade Econômica

As empresas que querem formar um cartel enfrentam grandes problemas, pois este é marcado por grande instabilidade, não se tem segurança de que os preços combinados serão realmente praticados. Por isso, um cartel envolve custos de organização muito grandes. A atuação *hub-and-spoke* é capaz de facilitar, e muito, a manutenção do cartel, pois reduz a necessidade de coordenação ao centralizar algumas funções no “*hub*”. (ORBACH, 2016)⁵⁰.

De acordo com Orbach (2016)⁵¹, existem três problemas-chave que envolvem programação e manutenção de cartéis em geral. Estes são: dificuldade em selecionar as estratégias e coordená-las, visto que nem sempre os participantes do cartel estão de acordo sobre

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ FALLS; SARAIVIA, op. cit.

⁴⁹ AZEVEDO, Paulo Furquim. Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira. Textos para Discussão 264. Escola de Economia de São Paulo. Jul., 2010.

⁵⁰ ORBACH, op. cit.

⁵¹ Ibid.

o que poderia trazer mais lucros; monitorar os membros e sancioná-los, pois nem sempre um agente do acordo horizontal tem poder de mercado suficiente para detectar e punir os outros participantes; prevenir entrada ou expansão de concorrentes não-membros do cartel, para que eles não ameacem a conduta coordenada em questão.

O que ocorre é uma substituição do acordo horizontal realizado por concorrentes, que se arriscariam muito mais, por vários acordos verticais com um terceiro em comum, capaz de coordená-los. O cartel *hub-and-spoke* é considerado mais sutil e, por vezes, mais efetivo. Como bem assevera Vereecken (2014)⁵², p.6, “Portanto, esta é a solução perfeita para cartelistas que querem aumentar seus preços, mas que não querem sujar suas mãos” (tradução livre)⁵³.

3.3 Troca de Informações e Padrão de Prova

Como visto anteriormente, o cartel *hub-and-spoke* tem como elementos essenciais a existência de acordos verticais e horizontais. Os acordos verticais são os mais fáceis de provar, porque eles, muitas vezes, são explícitos, escritos. Como não são ilícitos *per se*, as empresas não têm problemas em formalizá-los.

A parte realmente difícil da caracterização do cartel *hub-and-spoke* é a comprovação da existência do acordo horizontal. Como este é ilícito, as empresas atuam com muita cautela, para não deixarem indícios e não levantarem suspeitas, dificultando as provas do cartel. Como destaca Falls e Saravia (2015)⁵⁴, não existe aparentemente a prova concreta, a chamada “smoking gun”.

Como este cartel se dá basicamente com a troca indireta de informações, o seu padrão de prova deve ser capaz de identificar o acordo horizontal. De acordo com a OCDE,

[...] provar o conhecimento das partes e o contexto de troca de informações é crucial. Deve ser demonstrado para o requerido padrão de prova que quando o varejista (A) divulga para seu fornecedor (B) suas futuras intenções de precificação, as circunstâncias desta divulgação são tais que A deve ser levado a pretender que B usaria/usará essa informação para influenciar as condições de mercado, ou que de fato previu que B passaria as informações para os outros varejistas (C). B deve também mostrar que realmente passou a informação para C e que essa divulgação foi em circunstâncias em que C foi levado a saber as circunstâncias em que A passou as informações para B ou que C de fato apreciou que as informações lhe foram passadas com o consentimento de A (i.e. para influenciar condições de mercado). Deve ser demonstrado também que C, de fato, usa a informação recebida para determinar suas próprias intenções futuras de precificação.

⁵² VEREECKEN, op. cit.

⁵³ Texto no idioma original Therefore it is the perfect solution for cartelists that want to increase their prices, but do not want to get their hands dirty”.

⁵⁴ FALLS; SARAVIA, op. cit.

(ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2010, p. 286). (Tradução livre)⁵⁵.

Percebe-se que, segundo a OCDE (2010)⁵⁶, é necessário comprovar que os demais varejistas que receberam a informação sobre os preços realmente usaram-na para influenciar suas próprias precificações.

No entanto, este requisito foi rebatido pelo Office of Fair Trading, que era o órgão responsável por proteger os interesses dos consumidores no Reino Unido. Segundo Odudu (2011)⁵⁷, este órgão afirmava que a divulgação unilateral das informações já era suficiente para satisfazer o elemento de prática coordenada horizontal entre os agentes. Dessa mesma maneira também se posicionou a Comissão Europeia:

É irrelevante saber se é apenas uma empresa, unilateralmente, que informa as suas concorrentes sobre o comportamento no mercado que tenciona adoptar ou se todas as empresas participantes trocam informações recíprocas sobre as suas considerações e intenções. A partir do momento em que uma empresa divulga informações confidenciais sobre a sua política comercial futura aos seus concorrentes, diminui para todos os participantes a insegurança estratégica sobre o comportamento futuro no mercado e aumenta o risco de se verificar uma diminuição da concorrência e de ser adoptado um comportamento oclusivo. (COMISSÃO EUROPEIA, 2011, p. 14)⁵⁸.

Ressalta-se ainda que a Comissão Europeia (2011)⁵⁹ estabelece que a troca de informações entre concorrentes pode ser realizada de maneira direta ou indireta, por meio de um fornecedor, distribuidor ou associação. Mesmo que indireta, as informações repassadas são capazes de violar a obrigação de comportamento independente e autônomo das empresas. Assim, esta divulgação unilateral também pode ser elemento para caracterizar o acordo horizontal nos cartéis *hub-and-spoke*.

⁵⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. Policy Roundtables. 2010.

Texto no idioma original: proving the knowledge of the parties and the context of the exchange is crucial. It must be demonstrated to the required standard of proof that where a retailer (A) discloses to their supplier (B) their future pricing intentions, the circumstances of this disclosure are such that A may be taken to have intended that B will/would make use of that information to influence market conditions, or did in fact foresee this, by passing that information on to other retailers (C). B must also be shown to have actually passed that information to C and that they disclosed this in circumstances where C may be taken to have known the circumstances in which the information was disclosed by A to B or that C in fact appreciated that the information was passed to it with A's concurrence (i.e. to influence market conditions). It must also be demonstrated that C does, in fact, use the information in determining its own future pricing intentions.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ ODUDU, op. cit.

⁵⁸ COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. Jornal Oficial da União Europeia. 14 jan. 2011.

⁵⁹ Ibid.

Segundo Orbach (2016)⁶⁰, existem teorias que admitem a condenação ao cartel *hub-and-spoke* mesmo sem a existência de um acordo horizontal entre as empresas de um nível da cadeia produtiva. Elas seriam chamadas de “*Rimless Wheel Theories*”, ou Teorias da Roda sem Aro. Relembrando, o nome “*hub-and-spoke*” é uma analogia a uma roda e o aro seria o acordo horizontal. No entanto, estas teorias vêm sendo rejeitadas pelos tribunais por justamente omitir a existência da coordenação horizontal. Por mais difícil que seja comprovar os acordos horizontais, estes são presumidos, muitas vezes, por evidências circunstanciais ou os chamados “*plus factors*”.

O aro/acordo horizontal pode ser presumido quando uma empresa deixa de agir de acordo com seus interesses individuais, que demonstra que ela não está atuando no mercado de maneira independente. Ainda, se uma firma concorda com um acordo vertical com uma terceira parte somente sob a condição de que os seus concorrentes também aceitem o mesmo acordo, isto pode comprovar que os termos deste acordo não são benéficos para os interesses individuais. Este fato pode ser suficiente para se inferir que houve conduta coordenada entre concorrentes e que existiu o aro que os ligava. (BRASS; HIGNEY, 2016)⁶¹.

Conforme Orbach (2016)⁶² explicita, os tribunais vêm construindo standards que permitem algumas inferências de existência de acordos horizontais e a condenação por cartel *hub-and-spoke*. Todavia, estes *standards* ainda são confusos e vagos, trazendo insegurança para as empresas. Elas ficam com maior receio ao realizarem acordos verticais que poderiam gerar eficiências, por não saberem, caso a outra parte também faça acordos com seus concorrentes, se isso poderia ser inferido como um cartel.

4. Casos Emblemáticos na Jurisprudência Estrangeira e Brasileira

Os cartéis *hub-and-spoke* têm chamado cada vez mais a atenção das autoridades de defesa da concorrência no mundo. Apesar de estas práticas já existirem a muitos anos, seu padrão só começou a ser estudado mais recentemente.

Em 1939, houve uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos⁶³, vista como precedente importante para as decisões atuais. Este caso se chama *Interstate Circuit v. United States*. Apesar de não denominar a prática como “*hub-and-spoke*”, a Suprema Corte entendeu

⁶⁰ ORBACH, op. cit.

⁶¹ BRASS, Rachel S.; HIGNEY, Caeli A.. Practical Advice for Avoiding Hub-and-Spoke Liability. The Antitrust Source. Out. 2016.

⁶² ORBACH, op. cit.

⁶³ SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Interstate Circuit, Inc. v. United States*. 306 U.S. 208, 1930.

que houve um cartel horizontal executado por meio de vários acordos verticais. Este caso continha três aspectos centrais.

Primeiramente, uma cadeia de cinemas, que ocupava posição de monopólio na exibição de filmes, enviou uma carta para oito distribuidores de filmes, de maneira simultânea, para acertar um preço mínimo dos bilhetes e proibir a chamada “*double features*”, que é o oferecimento de dois filmes pelo preço de um. Além disso, o intuito era de estabelecer condições em relação aos cinemas nos quais estes distribuidores iriam lançar seus filmes, para dificultar o sucesso dos concorrentes da cadeia de cinemas. O segundo aspecto central foi que, como a carta enviada aos distribuidores continha o nome dos outros sete, cada um sabia que os outros concorrentes também tinham sido comunicados e que aceitaram o acordo. Como terceiro aspecto, tem-se que a Suprema Corte julgou que a aceitação desta prática era um acordo horizontal, proibido pela Seção 1 do Sherman Act. (ORBACH, 2016)⁶⁴.

O acordo entre os distribuidores de filmes foi inferido, uma vez que não houve evidências diretas de que eles entraram em um acordo. O fato de que um distribuidor sabia que todos os outros também tinham aceitado realizar aquela prática e que a cadeia de cinemas atuou como facilitador para convencer os distribuidores a entrarem nesta colusão foi suficiente para que a Suprema Corte os condenasse.

4.1 Federal Trade Commission x Toys “R” Us

A primeira vez que se utilizou o termo “*hub-and-spoke*” para identificar uma prática antitruste foi em 1998, no julgamento do caso *Federal Trade Commission v. Toys “R” Us*. Toys “R” Us era o maior varejista de brinquedos dos Estados Unidos, vendia 20% de todos os brinquedos do país, chegando até a 50% em algumas regiões metropolitanas, nos anos 1980. (BONA, 2016)⁶⁵.

Nesta mesma época, começaram a surgir grandes supermercados atacadistas com foco em clubes de descontos, com uma política agressiva de preços baixos, como Price-Costco, Sam’s Club, etc.. Sentindo-se ameaçada, pois estes clubes começaram a vender também brinquedos a preços mais baixos, a Toys “R” Us começou a negociar acordos verticais com fabricantes de brinquedos, como Mattel, Hasbro, Fisher-Price. Os acordos pressionavam os fabricantes a não venderem ou a venderem com condições desfavoráveis aos clubes de descontos. (ORBACH, 2016)⁶⁶.

⁶⁴ ORBACH, op.cit.

⁶⁵ BONA, Jarod. Hub-and-Spoke Antitrust Conspiracies and the Classic Case of Toys “R” Us v. FTC. Mar, 2016.

⁶⁶ ORBACH, op. cit.

Apesar de a Toys “R” Us possuir um grande poder de mercado, os fabricantes, ao aceitarem os acordos verticais, individualmente, ainda perderiam. Caso um fabricante não aceitasse entrar neste acordo, ganharia muito mais podendo vender grandes quantidades aos clubes de desconto. Para convencê-los, foi preciso demonstrar e assegurar que todos os outros concorrentes também entrariam no negócio.

A Federal Trade Commission julgou que houve uma conduta anticoncorrencial do tipo *hub-and-spoke*. No parecer do Comissário Orson Swindle, este, apesar de ser dissidente, explica o voto da maioria, dizendo que seus colegas:

[...] retratam TRU como o raio comunicador da colusão envolvendo múltiplos fabricantes. Estes fabricantes supostamente usaram TRU para sinalizar uns para os outros suas visões e intenções sobre se – e sob quais condições – eles venderiam para os clubes de descontos. A maioria inferiu pelo histórico que os fabricantes usaram sua comunicação individual direta com a TRU como mecanismo para chegarem em um plano comum para boicotar os clubes de descontos. De acordo com este suposto esquema, TRU levou os medos e as preocupações dos fabricantes, em um vai e vem, até surgir um consenso horizontal.⁶⁷
(FEDERAL TRADE COMMISSION, 1998)⁶⁸. (Tradução livre).

O caso foi julgado também pelo Sétimo Circuito da Suprema Corte dos Estados Unidos. Nesta instância, não foi citado o nome “*hub-and-spoke*”, mas foi afirmado que o caso era de uma conduta ilícita *per se* e que em muito se parecia com o caso *Interstate Circuit*, chamando-o até de uma versão moderna do antigo julgamento. (ORBACH, 2016)⁶⁹.

De acordo com a classificação dos cartéis *hub-and-spoke* proposta por Falls e Saravia (2015)⁷⁰ citada anteriormente, o caso Toys “R” Us se enquadraria como um caso de Classe Um, em que o prejuízo concorrencial se dá no nível do participante vertical. O acordo realizado tinha como objetivo principal proteger o poder de mercado da Toys “R” Us. Já os fabricantes, membros do acordo horizontal, tinham muito pouco a ganhar. Eles, na verdade, chegaram a perder, pois abriram mão da oportunidade de aumentar suas vendas. O acordo horizontal, neste caso, serviu para mitigar as perdas. O único grande incentivo que tinham para entrar no acordo era não perder a Toys “R” Us como sua cliente, já que esta representava uma parte importante dos negócios.

⁶⁷ Texto original: portray TRU as the communications hub of a conspiracy involving multiple manufacturers. These manufacturers purportedly used TRU to signal to one another their views and intentions about whether -- and under what conditions -- they would sell to the clubs. The majority infers from the record that the manufacturers used their direct individual communications with TRU as a mechanism to reach a common plan to boycott the clubs. Pursuant to this supposed scheme, TRU shuttled the manufacturers' fears and concerns back and forth until a horizontal consensus emerged.

⁶⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION. Opinion of Commissioner Orson Swindle, Concurring in Part and Dissenting in Part In the Matter of TOYS "R" US, INC. Docket No. 9278, 1998.

⁶⁹ ORBACH, op. cit.

⁷⁰ FALLS; SARAIVIA, op. cit.

4.2 Casos julgados no Reino Unido

A primeira decisão que condenou um cartel *hub-and-spoke* no Reino Unido foi sobre o caso Replica Kit, em agosto de 2003, pelo Office of Fair Trading, OFT. Os distribuidores de roupas e artigos esportivos entraram em um acordo para fixação de preços em relação a kits de réplicas de artigos de futebol. Eles fixaram o preço da camiseta réplica mais vendida, produzida pela Umbro Holdings, da seleção da Inglaterra e dos times Manchester United, Chelsea, Glasgow Celtic e Nottingham Forest e o cartel ocorreu durante o campeonato Euro 2000. (VERECKEN, 2014)⁷¹.

Em novembro de 2003, o OFT também julgou o caso Hasbro UK Ltd., Argos Ltd. e Littlewoods Ltd. A Hasbro percebeu que a margem de seus distribuidores estava pequena demais e ficou apreensiva que isto pudesse causar uma queda nos preços. Para impedir que isso ocorresse, ela entrou em contato com dois de seus distribuidores, a Argos e a Littlewoods, para estabelecer uma política de recomendação de preços de revenda. A Argos é o principal distribuidor dos produtos da Hasbro, enquanto a Littlewoods é o principal concorrente da Argos. Para que a Argos concordasse com a restrição vertical, era essencial que a Littlewoods participasse também, para evitar possíveis prejuízos. A Hasbro conseguiu coordenar as duas empresas e convencê-las de que a outra concorrente tinha concordado em participar. O cartel *hub-and-spoke*, condenado pelo OFT, era composto de dois acordos bilaterais entre as partes e um acordo trilateral. (VERECKEN, 2014)⁷².

4.3 Casos brasileiros

Atualmente, estão em investigação no CADE três supostos cartéis que envolvem a prática de conduta *hub-and-spoke*.

O primeiro deles é o Processo Administrativo 08012.006043/2008-37, em que a representante é a Secretaria de Direito Econômico, *ex officio* e os representados são Sindicato das Empresas Transportadoras e Revendedoras Varejistas de Gás Liquefeito de Petróleo do Distrito Federal – Sindvargas/DF, empresas distribuidoras de gás liquefeito de petróleo, GLP, e outras pessoas físicas envolvidas na conduta.

⁷¹ VERECKEN, op. cit.

⁷² Ibid.

A Nota Técnica nº 68/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE⁷³, de 16 de setembro de 2016, destaca o fato de que existem indícios de realização de cartel clássico entre distribuidoras de GLP, uma vez que estas acordaram preços e fixaram a divisão de mercados de distribuição e de revenda entre si.

Como a etapa final da cadeia de comercialização do GLP é extremamente complexa, envolvendo dezenas de milhares de revendedores, os envolvidos no cartel criaram um sistema de monitoramento e retaliação de revendedores que desrespeitassem os preços ou os mercados fixados.

As empresas envolvidas também utilizaram práticas restritivas verticais para auxiliar a troca de informações entre os participantes. Era comum a realização de reuniões e contatos entre os funcionários das distribuidoras, regulando artificialmente o mercado de revenda.

Não bastasse o conluio no mercado de distribuição, ainda, segundo a referida Nota Técnica, funcionários de distribuidoras intermediavam acordos horizontais também entre os revendedores, com troca de informação sensível, monitoramento e pressão sobre revendedores que se desviavam dos preços.

Dessa maneira, é possível caracterizar este conluio como um cartel *hub-and-spoke*, mais especificamente de Classe Três, na qual ocorre a colusão horizontal em ambos os mercados envolvidos. Este caso se encontra ainda em processo de instrução na Superintendência-Geral do CADE.

Outro cartel em investigação compõe o Processo Administrativo nº 08700.008098/2014-71, que possui como representante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e como representados agentes do mercado de equipamentos e material de informática, principalmente a empresa Positivo Informática S.A.. Esta empresa tinha uma política de mapeamento e reserva de oportunidades em concorrências, tanto privadas quanto públicas, para aquisição de equipamentos de informática, de acordo com a Nota Técnica nº 61/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE⁷⁴.

A Positivo, supostamente, teria

[...] passado a centralizar e repassar informações comerciais sensíveis entre revendedores – influenciando a adoção de condutas uniformes entre concorrentes – e a conferir uma “autorização” para determinado revendedor participar de uma licitação e mesmo a impedir que revendedores não autorizados participassem de licitações mapeadas a outros revendedores, o que, se não cumprido, implicaria na recusa de

⁷³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 68/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo 08012.006043/2008-37. 19 set. 2016.

⁷⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 61/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08700.008098/2014-71. 22 jul. 2015.

fornecimento de produtos ou na aplicação de outras penalidades. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2015).

A Positivo estaria, assim, funcionando como um centro do cartel *hub-and-spoke*, centralizando e repassando informações entre os seus revendedores, de modo a influenciar adoção de condutas uniformes entre concorrentes.

Este caso também se encontra na Superintendência-Geral do CADE para instrução, defesa das partes e oitiva de testemunhas.

O terceiro caso que se encontra no CADE sobre cartel misto é o Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64, no qual figura como representante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e, como representados, o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Santa Catarina, Ipiranga Produtos de Petróleo S/A e outros. Este processo também está em fase de instrução perante a Superintendência-Geral.

Segundo a Nota Técnica nº 86/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE⁷⁵, as distribuidoras Ale, Rejaile e Ipiranga se aproveitaram de sua condição de fornecedoras de combustível e de seu acesso a uma grande rede de contatos para coordenar uma ação colusiva entre postos de combustíveis concorrentes, repassando informações sensíveis como preços. Tudo isto tinha como objeto evitar uma guerra de preços no mercado de revenda, para que as distribuidoras não fossem pressionadas a diminuir seus preços.

A suposta prática teria começado em meados de 2013, quando ocorreu uma guerra de preços entre revendedores de combustíveis da cidade de Joinville, na qual alguns postos, de acordo com os representados, estariam vendendo o produto abaixo do preço de custo praticado pelas distribuidoras. De acordo com a Nota Técnica⁷⁶,

Diante dessa suposta crise, teria cabido a um grupo de representados tomar a iniciativa para, de um lado, estabilizar os preços por meio de acordos ou influência de conduta uniforme entre concorrentes e, de outro lado, eliminar do mercado o concorrente cujos preços alegavam adotar práticas ilícitas. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2015).

Para monitorarem o cumprimento do acordo, foram realizados diversos contatos e reuniões, inclusive no sindicato. Além disso, foram divulgados códigos de ética a serem cumpridos pelos revendedores, foram realizadas campanhas publicitárias e denúncias a órgãos públicos contra concorrentes. Aqueles revendedores que insistiam em não cumprir os preços

⁷⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 86/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64. 01 out. 2015.

⁷⁶ Ibidem.

estabelecidos pelas distribuidoras eram ameaçados com elevação de preços de distribuição e despejo do imóvel onde estavam instalados os postos.

Percebe-se, portanto, que as três práticas em investigação atualmente apresentam fortes indícios de conduta colusiva por meio de cartéis *hub-and-spoke*.

5. Conclusão

Como se pode perceber, o estudo do cartel hub-and-spoke se mostra bastante atual, uma vez que ainda não há definição legal para esta prática, apenas uma construção doutrinária e jurisprudencial.

O termo foi utilizado pela primeira vez em matéria de defesa da concorrência somente em 1998. Assim, ainda existe um longo caminho até consolidar seus elementos principais e, principalmente, seu padrão de prova em relação às colusões horizontais. É preciso estabelecer os termos de maneira concreta para não gerar insegurança para as firmas que utilizam acordos verticais com restrições em suas atividades empresariais.

Dessa forma, percebe-se que esta prática é, de fato, relevante e está sendo aplicada em todos os tribunais importantes de defesa da concorrência do mundo, como os da União Europeia e dos Estados Unidos.

Conclui-se, portanto, que são necessários ainda mais estudos sobre este tipo de cartel, para facilitar sua detecção, coibição e punição, uma vez que, apesar de ser uma prática mais recente, é capaz de prejudicar enormemente a concorrência.

6. Referências

AZEVEDO, Paulo Furquim. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

AZEVEDO, Paulo Furquim. Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira. Textos para Discussão 264. Escola de Economia de São Paulo. Jul., 2010.

Disponível em: <

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%20-%20Paulo%20Furquim%20de%20Azevedo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

Acesso em: 15 fev. 2017.

BOLECKI, Antoni. Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies. Yearbook for Antitrust and Regulatory Studies, Vol. 4, No. 5, 2011. Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2042709 >. Acesso em: 20 fev. 2017.

BONA, Jarod. Hub-and-Spoke Antitrust Conspiracies and the Classic Case of Toys “R” Us v. FTC. Mar, 2016. Disponível em:< <https://www.theantitrustattorney.com/2016/03/01/hub-spoke-antitrust-conspiracies-classic-case-toys-r-us-v-ftc/>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

BRASS, Rachel S.; HIGNEY, Caeli A.. Practical Advice for Avoiding Hub-and-Spoke Liability. The Antitrust Source. Out. 2016. Disponível em:<

<https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/brass-higney-practical-advice-for-avoiding-hub-and-spoke-liability-the-antitrust-source-oct-2016.pdf> >. Acesso em: 13 fev. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Orientações relativas às restrições verticais (Texto relevante para efeitos do EEE). Jornal Oficial da União Europeia. 19 maio 2010. Disponível em: <

http://www.concurrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Orientacoes_restricoes_verticais_2010.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2017

COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. Jornal Oficial da União Europeia. 14 jan. 2011. Disponível em:< [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 61/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08700.008098/2014-71. 22 jul. 2015. Disponível em: <

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?yCUYW2WPh6-

[VWVWANm7H25_WV1NCNXDYJTCoXVObsQlwVxIkbcCaKXo_cERnn3R7VraLF5hDs nq57WGnUNknLw,,>](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?yCUYW2WPh6-VWVWANm7H25_WV1NCNXDYJTCoXVObsQlwVxIkbcCaKXo_cERnn3R7VraLF5hDs nq57WGnUNknLw,,>). Acesso em: 13 fev. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº

68/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08012.006043/2008-37. 19

set. 2016. Disponível em: <

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?v-A0nHAEokCiceCcoRmeSiVdYwAJ2aO1WWCbjkdoFzpdQjdASdn1S-TQlpvYgkzfAsieBJxaLMehPQioUrzEQ,,> Acesso em: 20 fev. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 86/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64. 01 out. 2015. Disponível em: <

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?ueiL6weC5eAMxNhpmJI77om36wgYFHx7TTYXsrjLECERIVLPnzir06RMnmgoJc-lg7bpc-FOQbG1yLmOvoUB5g,,>. Acesso em: 13 fev. 2017.

FALLS, Craig G.; SARAVIA, Celeste C. Analyzing Incentives and Liability in “Hub-and-Spoke” Conspiracies. ABA Section of Antitrust Law, abr. 2015. Disponível em:<https://www.dechert.com/Analyzing_Incentives_and_Liability_in_Hub-and-Spoke_Conspiracies_04-06-2015/>. Acesso em: 14 fev. 2017.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Opinion of Commissioner Orson Swindle, Concurring in Part and Dissenting in Part In the Matter of TOYS "R" US, INC. Docket No. 9278, 1998. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/toys_r_us_inc_-_orson_swindle_concurring_in_part_and_dissenting_in_part.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

FORGIONI, Paula A. Direito Concorrencial e Restrições Verticais. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 8 ed. rev., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ODUDU, Okeoghene. Indirect Information Exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion. European Competition Journal. Ago. 2011. Disponível em:<<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.5235/174410511797248324>>. Acesso em 10 fev. 2017.

ORBACH, Barak. Hub-and-Spoke Conspiracies. *The antitrust Source*, n.3, abr. 2016. Disponível em:< https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2765476>. Acesso em: 6 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. Policy Roundtables*. 2010. Disponível em:< <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L... *Microeconomia*. 8 ed. p. 369. Madrid: Pearson, 2013.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Interstate Circuit, Inc. v. United States*. 306 U.S. 208, 1930. Disponível em:< <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/306/208/case.html>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

VERECKEN, Bram. *Hub and Spoke Cartels in EU Competition Law. LLM Paper*. Faculty of Law, Universiteit Gent, 2014. Disponível em: < http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/213/684/RUG01-002213684_2015_0001_AC.pdf>. Acesso em 10 fev. 2017.

Teoria dos Efeitos no Direito Concorrencial Brasileiro: Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Mariana Sebalhos Jorge⁷⁷

RESUMO

O presente trabalho examina a aplicação da teoria dos efeitos no direito brasileiro pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nos atos de concentração econômica. Inicia sua análise pelo direito internacional da concorrência e o surgimento da teoria dos efeitos nos Estados Unidos da América. Para então realizar uma análise do direito concorrencial brasileiro, da previsão legal da teoria dos efeitos e a sua aplicação em decisões do CADE, com o objetivo de determinar como esta teoria é utilizada no Brasil. São analisados casos julgados pelo CADE em que fica clara a incidência da teoria dos efeitos. O desenvolvimento do direito da concorrência acompanha a globalização mundial com o crescimento do comércio internacional e a redução das fronteiras territoriais. Para a pesquisa foi utilizado o método dedutivo, partindo de premissas gerais do direito internacional da concorrência até especificar na aplicação da teoria dos efeitos pela entidade brasileira.

Palavras-Chave: Direito internacional da concorrência – defesa da concorrência – teoria dos efeitos.

ABSTRACT

This paper examines the application of the effects doctrine in Brazilian law by the Administrative Council for Economic Defense – CADE in acts of economic concentration. Begins its analysis by international competition law and the emergence of the effects doctrine in the United States. Then performs an analysis of the Brazilian competition law, the legal provisions of the effects doctrine and its application in the CADE decisions, in order to determine how this theory is used in Brazil. Cases judged by CADE are analyzed in which it is clear the incidence of the effects doctrine. The development of the competition law follows the globalization with the growth of international trade and the reduction of territorial boundaries. For the research it is used the deductive method, from general premises of international competition law to specify the application of the effects doctrine by the Brazilian entity.

Key-words: International competition law – defense of competition – effects doctrine.

⁷⁷ Mestranda junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), na linha de pesquisa Fundamentos da Integração Jurídica. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito Internacional da Concorrência” (UFRGS/CNPQ). Bolsista da CAPES/UFRGS. Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). E-mail: msebalhos@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A Teoria dos Efeitos no Direito Internacional da Concorrência 2.1. O Direito Internacional da Concorrência 2.2. A teoria dos efeitos no Direito Internacional da Concorrência 3. A Aplicação da Teoria dos efeitos pelo Conselho Administrativo De Defesa Econômica 3.1. A teoria dos efeitos no direito concorrencial brasileiro 3.2. As decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE 4. Considerações Finais 5. Referências Bibliográficas

1. Introdução

A globalização, associada ao desenvolvimento tecnológico, com o aprimoramento das comunicações e dos transportes, foi fundamental para a liberalização do comércio e consequente aumento do fluxo comercial internacional. Os países, empresas, cidadãos, passaram a ter contato direto com aqueles situados no exterior, as fronteiras foram reduzidas ou praticamente eliminadas. Com o surgimento do Direito Internacional, se observou a internacionalização de Direitos como o Econômico, e o respectivo surgimento do Direito Internacional Concorrencial.

Dessa forma, os atos comerciais passaram a envolver mais de um país, transformando-se em multijurisdicionais. Para a regulação destes atos, o ideal seria a existência de normas multilaterais que fossem aplicadas por uma entidade supranacional com imparcialidade e que se responsabilizasse em fiscalizar e regular o Direito Internacional Concorrencial. Diante das dificuldades que a existência de uma norma multilateral possui, outras alternativas foram utilizadas pelos países a fim de que a liberdade de concorrência fosse garantida, e seus mercados nacionais fossem protegidos.

Surgiu assim, a chamada teoria dos efeitos. Segundo esta, é permitido que um país aplique a sua legislação concorrencial a uma operação ocorrida integralmente no exterior, sempre que os efeitos desta forem sentidos no mercado nacional, fornecendo uma nova dimensão à territorialidade do direito. Esta teoria foi conhecidamente utilizada pelos Estados Unidos da América, e é prevista em diversas legislações no mundo, inclusive na brasileira.

A questão que o presente estudo se propõe a solucionar é de que forma a teoria dos efeitos é recepcionada nas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na prática brasileira, especificamente nos atos de concentração econômica?

Para encontrar esta resposta, deverá ser analisado o direito internacional da concorrência em si, ressaltando o surgimento da teoria dos efeitos. Em um segundo momento será analisado esta teoria na legislação brasileira, para que seja possível a análise das decisões

de atos de concentrações proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que a tenham utilizado. Para a pesquisa o método utilizado foi o dedutivo, partindo da análise geral do direito internacional da concorrência, para então analisar a teoria dos efeitos e sua aplicação nos atos de concentração do direito concorrencial brasileiro a partir da atuação do CADE.

A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica se intensifica a cada dia e constitui um processo lento e gradual que contempla o reconhecimento internacional da entidade, bem como a sua consagração com a importância que lhe é devida, motivo no qual o presente estudo almeja apresentar a evolução histórica do posicionamento da entidade, e não o posicionamento definitivo.

2. A Teoria dos Efeitos no Direito Internacional da Concorrência

2.1. O Direito Internacional da Concorrência

Os Estados Unidos da América foi um dos países responsáveis pelas primeiras legislações que visavam garantir a livre concorrência, o que ocorreu com a promulgação em 1890 do *Sherman Act* que visava reagir “contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos”, disciplinando a fim de garantir a livre concorrência⁷⁸. Este, porém, se mostrou insuficiente para a garantia da liberdade concorrencial, não garantindo eficientemente a segurança e a previsibilidade que era desejada pelos agentes econômicos⁷⁹. A sua pouca efetividade é relacionada a sua rigidez e a sua generalidade conceitual⁸⁰.

Assim, em 1914 surgiu o *Clayton Act*, destinado “à repressão de preços discriminatórios, vendas casadas e outras práticas relacionadas, introduzindo alguns conceitos e aumentando as punições existentes”⁸¹, eliminando certas lacunas contidas na legislação anterior. No mesmo ano ocorreu a criação do *Federal Trade Commission* que possuía “gerais

⁷⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 65.

⁷⁹ FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 73

⁸⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 70.

⁸¹ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 71. O autor afirma ainda: “A rigidez da lei, que determinava a ilegalidade de todo e qualquer contrato, angariava críticas no plano político e jurídico. O resultado do debate que se formou foi a modificação da interpretação da lei inicialmente estabelecida pelas cortes norte-americanas. A interpretação literal deu lugar a uma interpretação baseada em uma regra da razão (*rule of reason*), entendida como um mecanismo de relativização da caracterização dos atos ilícitos concorrenciais previstos no *Sherman Act*, que reduzia a sua rigidez”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 70.

funções de vigilância e aplicação das leis antitruste”⁸², criando o *Federal Trade Commission* (Comissão Federal de Comércio), órgão administrativo responsável por “obstar a consecução de atos anticoncorrenciais”⁸³.

Estes diplomas legais forneceram aos Estados Unidos a base de fundamentação para a criação da teoria dos efeitos. Se observou que cada vez mais o comércio passava ao âmbito internacional, ultrapassando fronteiras e envolvendo um elevado número de países. O envolvimento de diferentes países dificultava a plena proteção à livre concorrência, uma vez que destes eram pouquíssimos os que possuíam uma legislação destinada ao tema⁸⁴.

Com o término da 2ª Guerra Mundial, o Direito Internacional adquiriu importância no cenário internacional, marcado pela internacionalização dos direitos humanos e dos direitos econômicos. Se demonstrou uma intensa “política internacional de liberalização mercadológica”⁸⁵ com o surgimento de um Direito Internacional Econômico, e ainda a consagração do Direito Internacional Concorrencial.

O fenômeno da globalização proporcionou um novo cenário internacional, tanto econômico como político. Pode-se afirmar que o desenvolvimento tecnológico fez parte deste processo, com as constantes descobertas e avanços, e com um sistema capitalista que alterou o modo de produção e modificou substancialmente a estrutura social. O capital passou a circular livremente, ignorando as fronteiras geográficas, fenômeno chamado de “mundialização do capitalismo”⁸⁶.

Assim, evidente a importância do livre-comércio⁸⁷ para o fenômeno, uma vez que este passou a ser a ideia propagada pelos adeptos do capitalismo. Aliado a este novo modo de

⁸² FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 74

⁸³ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 71.

⁸⁴ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 166.

⁸⁵ SILVINO, Ângelo Menezes. Para onde vai o direito internacional concorrencial: das políticas alfandegárias à cooperação. *Revista de Defesa da Concorrência. Brasília: CADE*, v. 2, n. 1, maio 2014. p. 131.

⁸⁶ Octavio Ianni afirma ainda: “É claro que o capitalismo continua a ter bases nacionais, mas estas já não são determinantes. A dinâmica do capital, sob todas suas formas, rompe ou ultrapassa fronteiras geográficas, regimes políticos, culturas e civilizações. Está em curso um novo surto de mundialização do capitalismo como modo de produção, em que se destacam a dinâmica e a versatilidade do capital como força produtiva”. IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 48.

⁸⁷ Roberto Di Sena Junior define em sua obra: “O ponto inicial para qualquer discussão sobre o sistema econômico internacional reside na compreensão da noção de “livre-comércio”, que consiste na minimização da interferência estatal do fluxo comercial através das fronteiras nacionais. A promoção do livre-comércio é balizada sempre pela ideia de que a livre circulação de bens e serviços promove a divisão mutuamente lucrativa do trabalho, amplia consideravelmente a produção interna real de todos os países envolvidos e torna possível a elevação do padrão de vida ao redor do planeta”. DI SENA JUNIOR, Roberto. *Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 49.

produção, Joseph Stiglitz afirma que a globalização reduziu o isolamento que muitas nações sentiam, oferecendo acesso a um conhecimento que antes não era possível⁸⁸.

Surge, assim, a necessidade de se proibir práticas anticoncorrenciais como uma forma de proteger aos demais concorrentes e também aos consumidores. Para Augusto Jaeger Junior, uma das consequências diretas da globalização foi a concentração de empresas, afetando o comércio internacional a partir do reagrupamento de empresas que antes se distanciavam em seus mercados puramente nacionais⁸⁹. A base da argumentação é de que se a fronteira não é mais um empecilho para as trocas comerciais, esta não pode ser um empecilho para a plena proteção da livre concorrência⁹⁰. O direito nacional “não mais responde satisfatoriamente às situações que ultrapassam as fronteiras e projetam-se globalmente”⁹¹, o que exige dos Estados uma postura quanto à proteção dos seus mercados nacionais.

Esta proteção à liberdade concorrencial pode acontecer ao se aplicar o ordenamento jurídico de um único país a atos que envolvam países terceiros, conhecida como a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, utilizada pela primeira vez pelos Estados Unidos da América e evidenciada na chamada teoria dos efeitos⁹².

O Direito Internacional da Concorrência pode também ser protegido através da cooperação internacional entre os Estados, que pode ocorrer de modo bilateral, regional ou multilateral⁹³. Pode ocorrer bilateralmente, através dos acordos de cooperação firmados entre dois ou mais Estados; pode ser regional, a partir da formação de blocos econômicos e a

⁸⁸ Segundo Joseph Stiglitz: “A globalização reduziu a sensação de isolamento que muitas das nações em desenvolvimento sentiam um século atrás, e deu acesso a um conhecimento que estava além do alcance de muitas pessoas nesses países – até mesmo dos mais ricos em qualquer país”. STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. Tradução: Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2002. p. 30.

⁸⁹ Segundo Augusto Jaeger Junior: “a multiplicação considerável das operações de concentrações de empresas é uma das consequências mais sensíveis da globalização. A abertura dos mercados nacionais gerou uma explosão de reagrupamentos empresariais em todos os setores da economia”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 150.

⁹⁰ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 151.

⁹¹ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 153.

⁹² “Com este conjunto legislativo, os Estados Unidos da América não tiveram dificuldades em ampliar os limites de sua jurisdição em direito da concorrência. Eles foram, como visto, os primeiros a aplicar extraterritorialmente as suas leis nacionais de forma ativa, impondo-as fora da jurisdição territorial, ampliando a sua soberania”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 71.

⁹³ Marianne Mendes Webber afirma: “O Direito Internacional da Concorrência aponta a cooperação jurídica internacional como solução disponível aos variados Estados para mitigar as dificuldades encontradas. A cooperação entre os países, pode, em tese, ocorrer em três dimensões: multilateral, regional ou bilateral”. WEBBER, Marianne Mendes. *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 71.

consequente uniformização das legislações entre os países membros; ou ainda multilateral, com a consagração de um Direito Internacional da Concorrência em si, único a todos os países⁹⁴.

A uniformização das legislações nacionais a nível internacional seria o objetivo principal, uma vez que uniformizaria as decisões de controle e possuiria a característica de imparcialidade, não favorecendo um Estado sobre outro a partir da criação de uma entidade supranacional. Assim, poderia ser colocado em prática uma proteção efetiva contra as práticas anticoncorrenciais a nível internacional, uma vez que a simples proteção nacional de cada Estado tem se demonstrado insuficiente⁹⁵.

As dificuldades práticas, no entanto, atuam como uma barreira à consagração de um Direito Internacional da Concorrência unificado. Pode-se dizer que o fato de o tema ainda ser incipiente provoca que muitos países ainda não possuam um ordenamento nacional próprio referente ao Direito Concorrencial, ao mesmo tempo em que, quanto mais ordenamentos nacionais diferentes existam, mais difícil é que estes sejam uniformizados em apenas um conjunto legal⁹⁶.

Este fato acarretaria em outras questões. Para existir de fato uma norma comum, esta deveria possuir regras mínimas, para que fosse melhor aceita. E assim, os próprios Estados acabariam tendo que abrir mão de direitos já adquiridos e consagrados internamente em prol de existir uma regra comum, ainda que mais branda⁹⁷.

O que se pode perceber é que, diante da falta de sucesso das demais perspectivas, a aplicação unilateral extraterritorial foi utilizada pelos países de modo que fortaleceu a chamada

⁹⁴ A divisão nestas quatro perspectivas (unilateral, bilateral, regional e multilateral) foi feita por Augusto Jaeger Junior no livro *“Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais”*, publicado pela editora Juruá em 2008.

⁹⁵ Augusto Jaeger Junior dispõe: “Em paralelo ao poder privado econômico das empresas, o mundo conheceu a fragilidade dos Estados. Eles passam a perder o monopólio sobre a produção e sobre a aplicação do direito. Os Estados possuem limites geográficos, nos quais terminam as suas jurisdições, em uma análise tradicional. Esses limites impõem a eles a consequência de que as legislações em geral e as legislações de direito da concorrência em particular valham apenas dentro desses limites e se mostrem insuficientes para o tratamento de questões que assumam amplitude internacional”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 150-151.

⁹⁶ Augusto Jaeger Junior afirma: “Apenas aproximadamente cem Estados, entre os cerca de duzentos que existem, dispõem de legislações de defesa da concorrência, e essas divergem entre si em aspectos salientes”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 166.

⁹⁷ Conforme Augusto Jaeger Junior, as perspectivas possuíam problemas quando observadas na prática: “Naquele momento, foi visto que as soluções unilaterais impõem a aplicação extraterritorial das legislações nacionais de defesa de concorrência e que essa prática vem colhendo repúdio internacional; que as soluções bilaterais privilegiam a definição e implementação de mecanismos flexíveis de cooperação entre os órgãos nacionais, sem, contudo, resolver de forma uniforme a questão; e que as soluções regionais são aplicadas dentro de seus respectivos mercados, apenas.” JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 233.

teoria dos efeitos. Sempre que o efeito de uma operação fosse sentido no país em questão, este poderia aplicar a sua legislação nacional para a proteção dos seus interesses, ainda que a integralidade da operação ocorresse no exterior, contrariando o princípio da territorialidade estrita⁹⁸. Assim, a teoria dos efeitos prevê a aplicação extraterritorial de uma lei nacional, de forma unilateral.

2.2. A teoria dos efeitos no Direito Internacional da Concorrência

Na falta de uma legislação comum aos países, estes viram na teoria dos efeitos uma possibilidade de defender seus interesses, ainda que isto significasse atingir uma relação ocorrida inteiramente no exterior, tendo em vista que “pouco interessa, para a aplicação da legislação de defesa da concorrência, o local onde a prática foi provocada”⁹⁹. Esta teoria teve o seu início marcado pelo caso *Alcoa*¹⁰⁰, julgado pelos Estados Unidos da América, ocorrido entre o *United States* e a *Aluminium Co. of America*, em 1945.

Pode ser observada na jurisprudência americana um número elevado de casos que foram julgados de forma a aplicar a lei nacional extraterritorialmente, através da chamada teoria dos efeitos. Esta aplicação foi considerada em certos momentos agressiva, excessiva, e contrária aos princípios do direito internacional¹⁰¹. O que é preciso ressaltar, no entanto, é que esta teoria se expandiu pelo mundo, tendo sido adotada em outros países, como na Alemanha, na Suíça, na Argentina e no Brasil, como será disposto a seguir¹⁰².

Segundo Augusto Jaeger Junior, a aplicação unilateral pode gerar diversas soluções para uma mesma operação¹⁰³ de modo que esta acaba sendo muito questionada pela doutrina,

⁹⁸ Importante ressaltar que a territorialidade da norma é adotada no direito possuindo as legislações nacionais vigência para agir dentro dos limites territoriais do Estado. Conforme Marianne Mendes Webber “segundo o princípio da territorialidade estrita, a legislação de defesa da concorrência de determinado país será aplicada às práticas ocorridas no correspondente território e que nele façam surtir seus efeitos”. Conforme a autora ainda “o princípio da territorialidade está em conformidade com os princípios do Direito Internacional, uma vez que o Estado, enquanto membro de uma comunidade internacional, exerce a sua autoridade dentro do seu próprio território”. WEBBER, *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*, p. 46.

⁹⁹ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 65.

¹⁰⁰ Caso *United States v. Aluminium Corp. of America* (Alcoa), 148 F. 2d 416 (2nd Cir. 1945).

¹⁰¹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 103.

¹⁰² JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 65-66.

¹⁰³ Augusto Jaeger Junior afirma: “O exercício de controles de maneira unilateral pode, por fim, gerar apreciações diferenciadas e soluções contraditórias sobre uma mesma operação”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 155.

uma vez que sua incidência pode ocorrer de modo extraterritorial, ferindo inúmeros princípios bases do Direito Internacional¹⁰⁴.

Diante da reação internacional à aplicação da teoria dos efeitos¹⁰⁵, e por ser a mesma considerada contrária ao cenário de globalização existente, esta sofreu modificações ao longo dos anos, sendo conciliada com o chamado “princípio da ponderação”, estritamente “vinculado à doutrina da cortesia internacional”¹⁰⁶. Isto tendo em vista que “a teoria dos efeitos sofreu muitas críticas, sendo este o principal motivo do desenvolvimento do princípio da ponderação, o qual foi concebido como meio de mitigar os problemas identificados” de modo que o princípio da ponderação “constitui um desdobramento da teoria dos efeitos, pelo qual se procura conciliar os interesses dos Estados envolvidos”¹⁰⁷.

A incidência deste princípio pode ser evidenciada no julgamento pelos Estados Unidos da América do caso ocorrido entre *Timberlane Lumber Co. e Bank of America*, em 1976¹⁰⁸, tentando conciliar a aplicação da teoria dos efeitos com os anseios dos países estrangeiros¹⁰⁹, de modo que a aplicação extraterritorial fosse mais aceita.

O princípio da ponderação pode ser visto ainda no *Foreign Trade Antitrust Improvement Act*, emitida pelo Congresso norte-americano como outra tentativa “para reduzir os conflitos e pacificar o assunto”¹¹⁰. Este regulamentou que para a aplicação da lei americana a atos ocorridos fora dos limites territoriais, era necessário que a conduta tivesse possuído “efeito direto, substancial e razoavelmente previsível”¹¹¹ no cenário nacional.

¹⁰⁴ “O exercício da jurisdição extraterritorial em direito da concorrência por parte de uns Estados, unilateralmente, confrontou a ordem interna de diversos outros Estados. Ele teria confrontado, também, a própria ordem internacional. A aplicação extraterritorial unilateral do direito da concorrência com base na teoria dos efeitos colhe críticas por violação dos princípios do direito internacional e por quebra do equilíbrio das relações internacionais”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 256.

¹⁰⁵ Os países estrangeiros sentiram a sua soberania atingida com a aplicação da teoria dos efeitos, o que resultou em protestos e reclamações diplomáticas, e ainda no surgimento das chamadas leis de bloqueios. Ver mais em JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 134-142.

¹⁰⁶ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 67.

¹⁰⁷ WEBBER, *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*, p. 53.

¹⁰⁸ Caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976). Ver mais em JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 78.

¹⁰⁹ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 78.

¹¹⁰ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 79.

¹¹¹ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 79.

Uma iniciativa mais recente pode ser observada com o advento do *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, em 1995, emitido pelo Departamento de Justiça e pela Comissão Federal de Comércio norte-americano, mas que foi criticado pela doutrina, que considerou que “este diploma institui a primazia da teoria dos efeitos em detrimento de princípios tradicionalmente estabelecidos em direito internacional para a determinação da jurisdição”¹¹².

A análise do desenvolvimento da teoria dos efeitos se demonstra importante, uma vez que o Brasil optou por acolher esta e aplica a mesma sob forte influência da aplicação norte-americana¹¹³. De acordo com Marianne Mendes Webber “a influência da teoria dos efeitos norte-americana é claramente percebida no dispositivo do art. 2º da Lei da Concorrência e seu âmbito de aplicação resta inequívoco na interpretação da legislação em confronto com a Constituição Federal¹¹⁴”.

Dessa forma, para a compreensão do entendimento adotado pela entidade brasileira administrativa responsável pela análise de práticas que possam ferir a livre concorrência, foi necessária uma breve introdução ao surgimento da teoria dos efeitos e a sua evolução no cenário internacional, bem como o surgimento desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro em si, como se passa a analisar.

3. A Aplicação da Teoria dos Efeitos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica

É necessário entender a influência norte-americana na norma brasileira, como demonstrado acima, para compreender o desenvolvimento legislativo ocorrido no território nacional para a defesa da livre concorrência. O desenvolvimento da necessidade de defesa do direito da concorrência foi tardio no Brasil e nos países da América Latina, considerando que “os países do Mercosul não têm grande tradição no incentivo à concorrência”¹¹⁵.

A “primeira lei antitrust brasileira” surgiu em 1962, ficou conhecida como Lei Agamenom Magalhães¹¹⁶ e criou no artigo 8º o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A consagração da liberdade concorrencial no cenário brasileiro, no entanto, foi

¹¹² SILVA, *Direito antitruste: aspectos internacionais*, p. 175.

¹¹³ Conforme Paula Forgioni: “O fácil acesso a precedentes norte-americanos, sobretudo pela internet, tem feito com que muitas decisões do CADE venham embasadas em decisões estrangeiras que nos são estranhas”. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 523.

¹¹⁴ WEBBER, *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*, p. 59.

¹¹⁵ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 114.

¹¹⁶ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 118.

observada com o advento da Constituição Federal de 1988¹¹⁷, que destacou a “livre concorrência” como um dos princípios gerais da atividade econômica, no artigo 170, inciso IV¹¹⁸. Em sua sequência, se observou no § 4º do artigo 173¹¹⁹ a proibição expressa do abuso de mercado, tendo a lei como objetivo a manutenção da liberdade concorrencial.

O órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil, como visto, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE¹²⁰, que atua administrativamente na proteção do mercado nacional. Entre as suas competências se observa a preventiva, atuando como um órgão fiscalizador das fusões e incorporações das empresas, de modo a proteger o mercado de possíveis atos de concentração que coloquem em risco a livre concorrência. A competência repressiva, observada nos atos que já prejudicaram o mercado, como a formação de possíveis cartéis. E a competência educativa, responsável pela ampla divulgação do tema, das práticas e da própria atuação do órgão para a sociedade em geral¹²¹.

Dessa forma, surgiu a Lei nº 8.884 em 1994, responsável por dispor sobre “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”¹²², como um complemento ao artigo constitucional acima mencionado. Esta lei introduziu expressamente ao ordenamento jurídico brasileiro a teoria dos efeitos.

3.1. A teoria dos efeitos no direito concorrencial brasileiro

É possível observar que o Brasil é um dos países adeptos da teoria dos efeitos, possuindo previsão explícita em sua legislação de que a norma brasileira deve ser aplicada

¹¹⁷ “O atual sistema constitucional brasileiro, instaurado pela Constituição Federal de 1988, inicia uma modificação drástica no quadro legislativo anterior. Ela consubstancia e garante a existência de um direito constitucional econômico fundado no trabalho humano, na livre-iniciativa e na liberdade de concorrência, na função social da propriedade, na defesa do consumidor e na redução das desigualdades regionais sociais”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 118.

¹¹⁸ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência;”. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

¹¹⁹ “Art. 173, § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

¹²⁰ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é uma autarquia federal que exerce as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/11: “O Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>

¹²¹ As competências do CADE são dispostas atualmente na Lei nº 12.529, e são complementadas pelo Regimento Interno do Cade – RiCade. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>

¹²² BRASIL, Lei nº 8.884 de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>

quando os atos produzirem efeitos no país. Para a análise das decisões do CADE, necessário se faz a observância dos artigos contemplados na Lei nº 8.884/94¹²³.

Esta foi a lei responsável por conceder autonomia ao CADE¹²⁴, ao transformar o mesmo em autarquia, ratificar a importância da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Fazenda (SDE) e ainda da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)¹²⁵.

É preciso destacar a previsão do artigo 2º como a responsável por referir na Lei nº 8.884/94 que a legislação brasileira seria aplicada quando os efeitos da operação fossem sentidos no país¹²⁶. A partir deste artigo o Brasil reconheceu oficialmente ser um adepto à teoria dos efeitos, reconhecendo explicitamente em sua legislação, a previsão de aplicação extraterritorial da lei nacional, uma vez que “basta que possam surgir efeitos no território nacional para que se aplique a lei brasileira”¹²⁷.

Outro artigo amplamente utilizado pelo CADE em seus julgados, como será analisado no ponto seguinte e que deve ser aqui mencionado, é o artigo 54, *caput* e § 3º da Lei nº 8.884/94¹²⁸. Segundo este dispositivo deveriam ser notificados ao CADE os atos passíveis de limitar ou prejudicar a livre concorrência, e os atos passíveis de resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

No § 3º do referido dispositivo, poderia se observar o texto compreendido atualmente no artigo 88 da Lei nº 12.529/11, quanto ao requisito do valor de R\$ 400.000.000,00

¹²³ Atualmente esta lei foi substituída pela Lei nº 12.529 de 2011, como será visto a seguir.

¹²⁴ “O *status* de entidade autônoma determinado ao CADE foi uma inovação da lei brasileira. Tal posição tinha como objetivo provê-lo de independência. A ele cabe decidir pela existência, ou não, de ilícitos contra a concorrência, aplicar multas ordenar a cessação das infrações, entre outras competências. Também nas questões relativas à concentração econômica, o órgão desempenha papel de julgador, aprovando ou rejeitando os atos”. JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 120.

¹²⁵ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 120.

¹²⁶ O artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.884/94 previa: “Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”. BRASIL, Lei nº 8.884/94. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>

¹²⁷ JAEGER JUNIOR, *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 123.

¹²⁸ O artigo 54, *caput* e § 3º, da Lei nº 8.884/94 continha a previsão que atualmente consta no artigo 88 da Lei nº 12.529/11: “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. § 3º Incluem-se nos atos de que trata o **caput** aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).” BRASIL, Lei nº 8.884/94. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>

(quatrocentos milhões de reais) no faturamento de pelo menos um dos grupos envolvidos no ano anterior à operação, e ainda a previsão de que o ato de concentração implique a participação de empresas que resultem em 20% de um mercado relevante. O *caput* deste artigo mencionava explicitamente que estas operações deveriam ser submetidas à apreciação da entidade brasileira sempre que estas condições estivessem preenchidas.

Quanto ao valor do faturamento, o CADE alterou o seu entendimento no decorrer dos anos, a respeito do fato do valor a ser considerado ser o faturamento mundial das empresas envolvidas ou o faturamento no território nacional apenas, como será visto em um segundo momento¹²⁹. Esta controvérsia foi amplamente discutida entre os Conselheiros do órgão, uma vez que ao se mensurar o valor a partir do faturamento mundial das empresas envolvidas, estariam submetidos à jurisdição brasileira casos com pouca relevância ao mercado brasileiro¹³⁰.

Marianne Mendes Webber destaca que “o dispositivo do art. 2º contempla o acolhimento do princípio da territorialidade estrita e da teoria dos efeitos, podendo, portanto, haver a aplicação extraterritorial e unilateral do direito nacional, o que pode acarretar, em última instância, conflitos em matéria de jurisdição estatal”¹³¹.

Em 2011, uma nova lei foi promulgada, a Lei nº 12.529, responsável atualmente pelo direito da concorrência brasileiro, estruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e substituindo a lei anterior. O artigo 2º da Lei nº 12.529/11 prevê expressamente a teoria dos efeitos no direito brasileiro, de modo que valida a aplicação extraterritorial unilateral da lei brasileira, mantendo o texto legal encontrado no ordenamento anterior¹³². Na prática, no

¹²⁹ É importante destacar que antes de 2005, prevalecia o entendimento de que deveria ser considerado o faturamento mundial, uma vez que com a globalização, ainda que a operação ocorra no exterior, e o faturamento em si seja significativo no exterior, ao se tratar de grandes empresas os efeitos destas operações serão sentidos no plano interno do país. Em decisão inédita proferida pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer em 2005, o entendimento passou a ser de que deveria ser considerado o faturamento das empresas no território nacional, agradando parte da doutrina. Tratava-se de uma questão de interpretação, uma vez que a norma brasileira não deixava claro. Em 2005, no entanto, após o voto do Conselheiro Pfeiffer, o CADE sumulou e alterou definitivamente o entendimento adotado. Destaca-se, no entanto, que países como a Argentina, a Suécia, a Suíça, a Holanda, a Dinamarca, a Finlândia, a Polônia, a Áustria, o Canadá, entre outros, consideram o faturamento global das empresas como critério para notificação de operações. Ver mais em: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 88.

¹³⁰ Valéria Guimarães de Lima e Silva afirma que “não é, portanto, justificável submeter um ato de concentração à jurisdição brasileira, ainda que ele envolva grandes multinacionais cujo faturamento bruto mundial é significativo, se a atuação dessas no território nacional, mensurada por seu faturamento bruto local, é insignificante”. SILVA, *Direito antitruste: aspectos internacionais*, p. 368.

¹³¹ WEBBER, *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*, p. 59.

¹³² A redação do artigo 2º deixa explícito que a lei brasileira será aplicada quando os efeitos da ação forem sentidos no país: “Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”.

entanto, o Brasil não se consagrou como um país conhecido internacionalmente por exercer a extraterritorialidade da lei concorrencial de modo agressivo.

Outro dispositivo importante que se manteve da legislação anterior, encontrado nas decisões do CADE, é o artigo 88 da Lei nº 12.529/11. Este prevê que o ato de concentração deverá ser submetido ao CADE quando pelo menos um dos grupos envolvidos tiver registrado no seu faturamento o equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), no ano anterior à operação¹³³. A controvérsia que permeia este dispositivo será demonstrada a seguir.

Conforme as decisões, é possível observar que ainda que a operação ocorra inteiramente no exterior, sendo o efeito sentido no plano interno conforme a previsão do artigo 2º, o ato de concentração deve ser submetido à apreciação do órgão brasileiro. Deve-se observar que a Lei nº 12.529/11 substituiu a Lei nº 8.884/94, que antes se destinava à proteção da concorrência no Brasil. Importante salientar que a principal alteração é que conforme a lei anterior, o CADE deveria ser notificado após a celebração do ato de concentração¹³⁴. Com a nova lei, a atuação passou a ter caráter preventivo, de modo que se faz necessária a notificação ao CADE antes da celebração do ato¹³⁵.

Assim, é possível observar que a lei brasileira prevê a incidência da teoria dos efeitos, ou seja, sempre que o efeito de uma operação for sentido no país, ainda que a operação tenha ocorrido integralmente no exterior, esta operação deve ser submetida à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ainda que a atuação brasileira quanto à aplicação extraterritorial de sua lei seja tímida perante os demais países, é possível observar inúmeros casos submetidos ao CADE que envolvem a teoria dos efeitos, de modo que esta análise se demonstra de extrema relevância para o Direito Internacional da Concorrência em si.

BRASIL, *Lei nº 12.529*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>

¹³³ O artigo 88, *caput*, inciso I, destaca: “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais);”. Brasil, *Lei nº 12.529/11*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>

¹³⁴ Fabiana Mesquita Bacchi e Mario Gomes Schapiro afirmam que: “O sistema de análise prévia dos atos de concentração é a inovação mais importante da Lei nº 12.529/2011. Como visto, esse sistema não é só adotado nas jurisdições norte-americana e comunitária europeia, como também é o mais utilizado entre os países-membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico”. Os autores concluem ainda que “a adoção da análise prévia pela Lei n. 12.529/2011 e o critério de notificação exclusivamente econômico (faturamento) alinham, portanto, o Brasil às boas práticas internacionais no que tange ao controle dos atos de concentração”. BACCHI, Fabiana Mesquita; SCHAPIRO, Mario Gomes. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE. In: CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; SCHAPIRO, Mario Gomes (Coordenadores). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82.

¹³⁵ Ver mais em: <<http://www.cade.gov.br/>>

3.2. As decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

É possível encontrar entre as decisões proferidas pelo CADE, aquelas que se destinam a análise de operações que ocorreram integralmente no exterior. O que é preciso, no entanto, é reconhecer que a análise destas operações à luz da lei brasileira de defesa da concorrência corresponde a uma consequência da teoria dos efeitos.

Uma operação ocorrida integralmente no exterior que é submetida à apreciação do CADE, é um reflexo direto da aplicação da lei brasileira extraterritorialmente. Para isto, o CADE utiliza como critério objetivo o valor que o grupo tenha faturado no ano anterior ao ato. Se este valor ultrapassar a previsão legal contida no artigo 88, da Lei nº 12.529/11 (antes previsto no artigo 54, *caput*, § 3º, da Lei nº 8.884/94), este ato deve ser submetido à apreciação do CADE, com fundamento no artigo 2º da referida lei.

Ainda que o Brasil não tenha utilizado a teoria dos efeitos de modo substancial e agressivo, se envolvendo de forma direta nas relações externas que envolviam apenas países terceiros, é possível encontrar nas decisões do CADE elementos que refletem diretamente aspectos desta teoria¹³⁶. Para a análise das decisões deve-se observar as previsões contidas na Lei nº 8.884/94 (substituída pela atual Lei nº 12.529/11) já que as mesmas foram julgadas na vigência da lei anterior.

A primeira decisão do CADE que referenciou a previsão da teoria dos efeitos ocorreu em 19 de junho de 1996, pelo ex-Conselheiro Rodrigues Chaves, no ato de concentração 28/95¹³⁷, que envolvia as empresas *Nalco Chemical Company* e *Exxon Energy Chemicals*. No voto do ex-Conselheiro, este destaca o princípio da ubiquidade presente na legislação brasileira, uma vez que esta prevê a sua incidência em casos que produzam efeito no território nacional, ainda que a operação em si ocorra no exterior¹³⁸. Ao comparar a situação com o direito penal, o ex-Conselheiro deixa explícito que o Direito da Concorrência ao possuir atos praticados no

¹³⁶ Conforme Marianne Mendes Webber: “O número de casos analisados pelo CADE que envolveram a aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência é expressivo, sendo que, em vista da recente aprovação da Lei da Concorrência, as suas decisões abrangem principalmente o período de vigência da Lei nº 8.884/1994”. WEBBER, *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*, p. 61.

¹³⁷ AC 28/95 (*Nalco Chemical Company*, e *Exxon Energy Chemicals*) de relatoria do Conselheiro Rodrigues Chaves. 1996.

¹³⁸ Trecho proferido pelo ex-Conselheiro Rodrigues Chaves: “A lei antitruste brasileira – Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 – fixa, para sua aplicação, o princípio da territorialidade, ressalvadas apenas as exceções decorrentes de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, na medida em que reprime os atos contrários à ordem econômica, praticados no todo ou em parte do território nacional. Aplica, ainda, o princípio da ubiquidade, na medida em que se considera competente para punir as infrações cometidas no Exterior, que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional”. AC 28/95 (*Nalco Chemical Company*, e *Exxon Energy Chemicals*) de relatoria do Conselheiro Rodrigues Chaves. 1996.

exterior que apresentem consequências diretas no plano interno, são tratados como se aqui tivessem sido praticados¹³⁹.

O voto foi de extrema importância para a consagração do artigo 2º da lei brasileira, e foi amplamente utilizado posteriormente nas demais decisões do CADE, como modelo a ser seguido. Ao analisar as decisões já existentes, é possível observar que o artigo 2º é utilizado a fim de determinar a necessidade de notificação da entidade sobre atos de concentração ocorridos no exterior.

Este voto também foi o primeiro a apresentar o entendimento de que o valor arbitrado no artigo 54, § 3º da Lei nº 8.884/94, deveria corresponder ao faturamento mundial das empresas envolvidas, sendo este o entendimento que predominou até 2005 e que foi criticado por parte da doutrina. A crítica baseava-se no fato de que a ausência do faturamento no plano nacional tornava as operações insignificativas no país, não devendo este incidir a sua legislação¹⁴⁰.

Outro importante julgado foi o ato de concentração nº 08012.005447/00-56¹⁴¹, envolvendo a *Davide Campari – Milano S.p.A.* (Campari), a *Selviac Nederland BV* (Selviac) e o *Grupo Diageo*, julgado pelo Conselheiro relator Celso Fernandes Campilongo.

A empresa *Campari* possuía sede na Itália, a *Selviac* tratava-se de uma empresa holandesa e o *Grupo Diageo* de um grupo britânico, tendo sido referido no relatório do ato de concentração a justificativa para o caso ter sido submetido ao CADE: “As requerentes esclarecem que a presente submissão é feita com base: no artigo 2º da Lei 8884/94, na medida em que, não obstante, referida operação tenha sido integralmente formalizada no exterior, esta apresentou, efeitos no Brasil”¹⁴². Fica evidente o reconhecimento internacional do CADE como entidade autônoma e responsável pela defesa concorrencial no Brasil.

¹³⁹ O voto assim refere: “há certos atos, no Direito da Concorrência, que embora praticados no estrangeiro afetam de tal forma o mercado interno que é como se fossem praticados no próprio território nacional: são as chamadas práticas à distância. Para estas, a lei brasileira adota, concomitantemente, a teoria da ubiquidade, em que são combinadas a teoria da atividade e a teoria do efeito. Aplica-se, em consequência, a lei brasileira, não somente aos atos praticados no todo ou em parte do território nacional, mas àqueles que nele produzam ou possam produzir efeitos. Se configurarem esses atos infrações contra a ordem econômica brasileira, seus responsáveis deverão ser punidos de acordo com a lei brasileira, independentemente do fato de já terem sido punidos ou, eventualmente, absolvidos no Exterior”. AC 28/95 (*Nalco Chemical Company*, e *Exxon Energy Chemicals*) de relatoria do Conselheiro Rodrigues Chaves. 1996.

¹⁴⁰ SILVA, *Direito antitruste: aspectos internacionais*, p. 368.

¹⁴¹ AC 08012.005447/00-56 (*Davide Campari – Milano S.p.A.*; *Selviac Nederland BV* e *Grupo Diageo*) de relatoria do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. 2000.

¹⁴² Trecho do relatório proferido pelo Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, presente no AC 08012.005447/00-56. 2000.

Outra decisão significativa é referente ao ato de concentração nº 08012.008380/2002-73¹⁴³, no voto-vista proferido pelo Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, proferido em 2003, referente à aquisição pela *Barry-Wehmiller Companies, Inc.* (Barry), de 100% das ações da *Ward Holding Company, Inc.* (Ward). Nesta decisão é possível observar novamente a aplicação da lei brasileira a uma operação realizada no exterior. Isto porque tanto a *Ward* como a *Barry* são empresas norte-americanas, tendo esta sede em Missouri, nos Estados Unidos da América.

No voto-vista do Conselheiro é possível encontrar partes em que o mesmo destaca o motivo pelo qual a operação foi notificada ao CADE, uma vez que ainda que tenha ocorrido no exterior, os efeitos da mesma poderiam vir a ser sentidos no Brasil, tendo sido considerado como requisito o faturamento mundial¹⁴⁴.

Nesta decisão não houve impedimento alegado pelos Conselheiros para que a aquisição se realizasse, porém, foi constatada a intempestividade da notificação ao CADE, motivo pelo qual foi consenso a aplicação de multa no montante de R\$ 109.653,87 (cento e nove milhões, seiscientos e cinquenta e três reais com oitenta e sete centavos). Isto porque as empresas assinaram o *Agreement and Plan of Merger* (contrato e plano de fusão) em 19 de abril de 2002, e o apresentaram ao SBDC apenas em 20 de novembro de 2002. Conforme visto, as empresas discordavam da necessidade de notificação à entidade brasileira, motivo no qual pode ser encontrado no voto-vista forte argumentação envolvendo os efeitos sentidos na economia brasileira.

Outro ato de concentração importante é o de nº 08012.000216/2001-37¹⁴⁵, que envolveu a compra da *The Seagram Company Ltda* da *Vivendi Universal SA*, pela *Diageo PLC* e pela *Pernod-Ricard SA*. A *Diageo PLC* é um grupo britânico com sede em Londres, possuindo em seu portfólio marcas de bebidas e comidas como *Smirnoff*, *Johnnie Walker*, *Guinness*, *Burger*

¹⁴³ AC 08012.008380/2002-73 (*Barry-Wehmiller Companies, Inc.*, e *Ward Holding Company, Inc.*) de relatoria do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques. 2003.

¹⁴⁴ É possível observar o trecho do voto em que o Conselheiro destaca a utilização do artigo 2º, responsável pelo reconhecimento da teoria dos efeitos no direito concorrencial brasileiro: “De acordo com o art. 2º, a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira aplica-se às práticas cometidas não só em todo ou em parte no território nacional, mas também àquelas práticas que nele produzam ou possam produzir efeitos. Trata-se do princípio da territorialidade, segundo o qual, determinada prática, ainda que realizada em outra jurisdição, deve ser apresentada ao SBDC para análise quando, ainda que em potencial, puder produzir efeitos sobre a concorrência no mercado brasileiro. Aplicando esse dispositivo aos casos de concentração, pode-se concluir que, embora os grupos econômicos envolvidos em uma determinada operação tenham faturamento bruto igual ou superior a R\$400 milhões no mundo, somente deverão ser apresentados - ausente qualquer concentração horizontal ou vertical - quando a operação puder, ainda que em potencial, produzir efeitos no Brasil”. AC 08012.008380/2002-73 (*Barry-Wehmiller Companies, Inc.*, e *Ward Holding Company, Inc.*) de relatoria do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, julgado em 13 de agosto de 2003.

¹⁴⁵ AC 08012.000216/2001-37 (*Diageo Plc*; *Pernod Ricard S/A* e *Vivendi Universal S/A*) de relatoria do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Junior. 2001.

King. A *Pernod-Ricard SA* é uma sociedade com sede em Paris, na França, que atua no mercado de bebidas destiladas e vinhos, operando em 45 países. A *Vivendi Universal SA* possui sede também em Paris, na França.

Na decisão há estudos quanto ao mercado relevante, tanto do produto, como geográfico, e da parcela de mercado das empresas envolvidas na operação. Estudos estes que se fazem necessários, uma vez que se trata de uma operação envolvendo empresas de tamanho significativo. O posicionamento do CADE foi no sentido de que não haveria controle do mercado por alguma das partes de modo substancial, a partir do *Framework Implementation Agreement* apresentado, deixando evidente, no entanto, que qualquer modificação que ocorresse no mesmo, o SBDC deveria ser notificado.

Este caso é importante por ratificar a atuação do CADE perante transações ocorridas puramente no exterior, passíveis de gerar efeitos no mercado nacional brasileiro. Estes julgados apresentados devem ser analisados como uma consequência do artigo 2º da lei brasileira, ainda que nem todos refiram explicitamente no voto a incidência do referido artigo.

O entendimento do CADE até então era de que o montante previsto no artigo 54, § 3º, da Lei 8.884/94, deveria ser considerado a partir do faturamento mundial das empresas envolvidas, em função de que em um ambiente globalizado com a liberdade de capitais, o mercado nacional poderia ser afetado ainda que estes capitais transitassem em sua maioria no exterior.

Foi com o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer que o entendimento sobre o faturamento a ser considerado se alterou, no ato de concentração 08012.002992/2004-14¹⁴⁶ em 2004. No voto, o Conselheiro relator expôs que o faturamento no montante previsto no artigo 54, §3º, da Lei nº 8.884/94, deveria se verificar pelo faturamento bruto anual das partes ou de seus grupos econômicos ocorridos dentro do território brasileiro¹⁴⁷.

Este julgado foi o responsável pela alteração no entendimento do CADE, que até então majoritariamente considerava o valor do faturamento mundial, ainda que este valor fosse

¹⁴⁶ AC 08012.002992/2004-14 (*ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding, Inc.*) de relatoria do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

¹⁴⁷ No voto: “Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupos de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”. AC 08012.002992/2004-14 (*ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding, Inc.*) de relatoria do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

insignificativo ao mercado interno brasileiro, conforme a crítica de Valéria Guimarães de Lima e Silva¹⁴⁸.

O ato de concentração que contestou o voto acima, no entanto, deve ser apresentado. O mesmo contém uma análise importante a ser apresentada aqui e corresponde ao ato de concentração número 08012.009381/2004-05¹⁴⁹, julgada em março de 2005, que envolveu a associação entre a empresa *Navigant International, Inc* e a empresa *TQ3 Travel Solutions Management*.

A análise feita pelo Conselheiro relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe foi contrária ao entendimento proferido pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e procurou defender que o valor arbitrado no § 3º do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, atualmente presente no artigo 88 da nova lei, deveria corresponder ao faturamento mundial das empresas envolvidas. Para justificar o seu ponto de vista, o Conselheiro relator utilizou os argumentos da teoria dos efeitos, bem como da aplicação extraterritorial do direito da concorrência, utilizada pelos Estados Unidos da América e prevista atualmente em diversos ordenamentos nacionais ao redor do mundo.

Segundo o Conselheiro relator, a não observância do faturamento mundial significaria um desprezo ao poder econômico que estes possuem e sua influência, ainda que regional¹⁵⁰. A globalização, assim, ao permitir que os capitais das empresas circulem mundialmente de modo livre, deveria permitir que os Estados possuíssem certo controle sobre os efeitos que estas operações venham a causar no seu país¹⁵¹. Ana Maria de Oliveira Nusdeo também apresenta

¹⁴⁸ Esta afirma que: “Na aplicação do critério estabelecido no artigo 54, § 3º, da Lei 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro”. SILVA, *Direito antitruste: aspectos internacionais*, p. 368.

¹⁴⁹ AC 08012.009381/2004-05 (*Navigant International, Inc*; e *TQ3 Travel Solutions Management*) de relatoria do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

¹⁵⁰ Trecho do voto do Conselheiro relator: “À vista dessas considerações, há de se entender que ignorar o faturamento mundial do grupo significa desprezar o poder econômico que os grandes conglomerados exercem, ainda que regionalmente. Isso representaria, a bem da verdade, uma camuflagem à regular análise antitruste, o que nos leva, por fim, ao quarto ponto, de cunho estritamente econômico”. AC 08012.009381/2004-05 (*Navigant International, Inc*; e *TQ3 Travel Solutions Management*) de relatoria do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

¹⁵¹ No voto é possível ainda observar: “Sabemos que o ambiente internacional caracteriza-se pela liberalização crescente de fluxos de comércio e de capital que se estimulam pela desregulamentação financeira, o que possibilita o exercício do poder financeiro do agente econômico em escala mundial, permitido pelo poder econômico figurado no faturamento global. O peso desse faturamento global facilita a captação da dinâmica do fluxo de ativos ou de negócios que lhe seja mais favorável, tornando exequível – ou crível – que a participação da empresa no mercado interno seja realizada pela transferência global de ativos. Tudo isso em um ambiente onde boa parte do comércio internacional se realiza no interior das corporações, o que potencializa a possibilidade acima mencionada. Em outras palavras, faz sentido a verificação pelo Estado desses movimentos concentracionistas em escala mundial, razão pela qual muitos países assim o fazem”. AC 08012.009381/2004-05 (*Navigant International, Inc*; e *TQ3 Travel Solutions Management*) de relatoria do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

este raciocínio ao tratar sobre a extraterritorialidade da lei de concorrência, referindo a liberdade do Estado de agir quando um ato ocorrido no exterior atinja o seu mercado interno¹⁵².

Cabe salientar que no referido voto, o Conselheiro relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe reconhece que deixa de pertencer à maioria: “em face dessa novíssima situação, que me leva da posição de pertencer a maioria a estar vencido e solitário, creio que devo começar a explicitar as razões pelas quais me oponho a tal entendimento”¹⁵³.

O que se observou na prática, porém, foi a predominância da posição adotada pelo Conselheiro Pfeiffer, sendo o faturamento no montante de R\$ 400.000.000,00 no território nacional um requisito objetivo obrigatório para a submissão do ato de concentração ao CADE.

O órgão, assim, emitiu a Súmula nº 1¹⁵⁴, publicada em 18 de outubro de 2005, consagrando a regra legislativa e encerrando com a controvérsia existente entre os seus Conselheiros¹⁵⁵. Conforme Fabiana Mesquita Bacchi e Mario Gomes Schapiro “essa Súmula calibrou o filtro do critério de faturamento, que antes era entendido como relativo a um faturamento no mundo todo, o que tornava o critério de notificação muito estreito”¹⁵⁶.

Gabriel Valente dos Reis, por exemplo, afirma que “a autocontenção do Cade, expressa na Súmula 1, é salutar”. Segundo o autor, respeitaria de um lado “as demais jurisdições quando a transação em questão não produz efeitos relevantes no mercado brasileiro”, ao mesmo tempo em que “proporciona uma economia de recursos públicos, na medida em que evita que tais transações cheguem à apreciação do Cade”¹⁵⁷.

¹⁵² Ana Maria de Oliveira Nusdeo assim refere: “a medida que as práticas restritivas ou atos de concentração envolvendo agentes estabelecidos em outros mercados afetem as condições de concorrência em mercados relevantes internos, faz sentido a iniciativa do Estado em disciplinar tais condutas, obviamente no limite dos efeitos sobre o próprio mercado”. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malherios, 2002. p. 162.

¹⁵³ AC 08012.009381/2004-05 (*Navigant International, Inc*; e *TQ3 Travel Solutions Management*) de relatoria do Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

¹⁵⁴ Súmula 1, CADE: “Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3o, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”. BRASIL, Súmula 1 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/sumulas-do-cade>>

¹⁵⁵ Conforme Fabiana Mesquita Bacchi e Mario Gomes Schapiro “a Súmula n. 1 firmou o entendimento acerca do espaço geográfico em que deveria ser considerado o faturamento bruto anual, para fins de notificação. Desde então, o valor passou a se referir ao faturamento registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”. BACCHI; SCHAPIRO, *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE*, p. 89.

¹⁵⁶ BACCHI; SCHAPIRO, *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE*, p. 89.

¹⁵⁷ REIS, Gabriel Valente dos. Direito concorrencial internacionalizado – Entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 18, nº 73. São Paulo, 2010. p. 314.

Os votos nos atos de concentração que se seguiram respeitaram o entendimento sumulado, como por exemplo o ato de número 08012.005510/2005-69¹⁵⁸ julgado pelo Conselheiro relator Ricardo Villas Bôas Cueva, e o ato de número 08012.000347/2005-48¹⁵⁹ julgado pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em que este apenas refere o seu voto anterior para fins de justificação na utilização do faturamento em território brasileiro.

O que se observou foi o afastamento da teoria dos efeitos à aplicação prática, uma vez que esta passou a ter limitações significativas a sua incidência pelo órgão brasileiro. Antes, a previsão legal contida no artigo 2º da lei de concorrência brasileira era suficiente para que um ato de concentração fosse submetido à análise do CADE, ainda que o mesmo ocorresse integralmente no exterior, como visto nos julgados anteriores à Súmula 1, sempre que o valor do faturamento fosse observado a nível mundial. Os requisitos contidos no artigo 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, atualmente artigo 88 da Lei nº 12.529/11, baseavam-se no faturamento mundial segundo elementos da globalização e da livre circulação dos capitais em âmbito internacional.

Com a alteração no entendimento, a simples incidência de efeitos no território nacional não se torna suficiente para que o ato de concentração que envolva grandes empresas internacionais seja apreciado pelo órgão brasileiro. Para que o ato seja submetido à lei brasileira é necessário a presença dos requisitos objetivos acima mencionados, com a predominância normativa do princípio da territorialidade¹⁶⁰.

Em 2012 foi elaborada a Portaria Interministerial nº 994, pelo Ministro de Estado da Justiça e pelo Ministro de Estado da Fazenda, referindo regras referente ao § 1º do artigo 88, da Lei nº 12.529/2011. Esta portaria alterou os valores previstos no artigo 88, definindo que deveriam ser considerados aqueles valores ali especificados para a submissão obrigatória dos

¹⁵⁸ “EMENTA: Ato de Concentração. Operação de aquisição de totalidade de capital acionário de 12 empresas. Operação em âmbito mundial. Operação não subsumida em decorrência do faturamento das Requerentes bem como dos seus respectivos grupos, no Brasil, ter sido inferior a R\$ 400.000.000,00, no último exercício, e da participação de mercado decorrente da operação estar abaixo dos 20% previstos. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Operação não conhecida. Manutenção da taxa recolhida”. AC 08012.005510/2005-69 (Actaris Metering Systems II e Actaris Metering Systems S/A) de relatoria do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva.

¹⁵⁹ Parte do voto: “Tendo em vista: (i) O art. 54, § 3º c/c art. 2º da Lei 8.884/94; (ii) O faturamento da Editora Elsevier Ltda. que, no exercício fiscal de 2003, foi inferior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e participação de mercado inferior a 20%; (iii) O faturamento da Editora Impetus Ltda. que, no ano de 2003, foi inferior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e participação de mercado não superior a 20%; (iv) Os termos do meu voto no Ato de Concentração nº 08012.002992/2004-14, onde figuravam como requerentes ADC Telecomunicações, Inc. e Krone International Holding Inc.; Não conheço da presente operação, por não estar subsumida às hipóteses previstas pelo art. 54, § 3º, julgando-o extinto sem julgamento do mérito”. AC 08012.000347/2005-48 (Elsevier Editora Ltda. e Editora Impetus Ltda.) de relatoria do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

¹⁶⁰ Pode-se afirmar que a lei passa a ter um caráter mais territorial do que se esperava, uma vez que se limita ainda mais as situações alcançadas puramente pelo artigo 2º, ou seja, pela teoria dos efeitos em si.

atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Dessa forma ficou estabelecido que “os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser” de “R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011” e de “R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011”¹⁶¹.

Esta previsão que elevou os valores previstos no artigo 88 da Lei nº 12.529 de 2011, poderá ser observado em julgados recentes do CADE, que forem julgados após esta portaria.

De acordo com Gabriel Valente dos Reis “a aplicação extraterritorial é uma tentativa, por parte dos Estados, de se protegerem contra condutas anticoncorrenciais estrangeiras”¹⁶², de forma que diante da falta de uma norma multilateral, é preciso que cada Estado procure medidas para a proteção do seu mercado nacional. No entanto, conforme o autor “as medidas adotadas devem adstringir-se aos objetivos da aplicação extraterritorial: a proteção da concorrência no mercado nacional”¹⁶³.

Conforme Gabriel Valente dos Reis esta aplicação extraterritorial “deve ser compreendida dentro do contexto maior de internacionalização da economia”¹⁶⁴ a partir da perspectiva de que grandes grupos econômicos podem se aproveitar da inexistência de uma proteção antitruste concorrencial no âmbito internacional. Este ambiente globalizado facilita a circulação de capitais, de bens e de pessoas no mundo, refletindo em um direito internacional da concorrência com ações estrangeiras capazes de gerar efeitos em um mercado nacional mesmo que todas as transações tenham ocorrido no estrangeiro.

É possível, assim, encontrar nas decisões já proferidas pelo CADE a aplicação da lei brasileira a operações ocorridas integralmente no exterior, fundamentadas pela teoria dos efeitos. Ao mesmo tempo, se observa que o trabalho realizado pelo CADE mudou seu posicionamento ao longo dos anos afastando ainda mais a incidência da teoria dos efeitos prevista no artigo 2º da lei de concorrência brasileira¹⁶⁵. Conforme Fabiana Mesquita Bacchi e

¹⁶¹ Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.

¹⁶² REIS, *Direito concorrencial internacionalizado – Entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria*, p. 320.

¹⁶³ REIS, *Direito concorrencial internacionalizado – Entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria*, p. 320.

¹⁶⁴ REIS, *Direito concorrencial internacionalizado – Entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria*, p. 320.

¹⁶⁵ Fabiana Mesquita Bacchi e Mario Gomes Schapiro afirmam: “No que tange à análise dos atos de concentração, as principais mudanças são o critério de notificação, que passou a ser baseado apenas em dados objetivos de faturamento, e a introdução de análise prévia das operações. Ambas as mudanças estão alinhadas com as legislações das duas mais importantes jurisdições concorrenciais – a norte-americana e a europeia – bem como com as boas práticas internacionais, sugeridas pela OCDE e pela ICN”. BACCHI; SCHAPIRO, *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE*, p. 91.

Mario Gomes Scapiro “tais mudanças refletem uma trajetória de aprendizado da autoridade antitruste brasileira”, e ainda “o passo incremental com que essa reforma foi construída sugere um processo de *scanning globally, but reforming locally*” motivo pelo qual “tende a ter mais consistência e efetividade”¹⁶⁶.

Dessa forma, o que resta evidente é que a teoria dos efeitos é sim aplicada pelo CADE de modo administrativo através da análise de operações internacionais com base na legislação brasileira, ficando afastada, no entanto, aquela aplicação extraterritorial unilateral agressiva. Se observa, na prática, o respeito das empresas à entidade brasileira, uma vez que estas submetem os seus atos de concentração para a aprovação desta, ainda que estes tenham ocorrido integralmente no exterior.

4. Considerações Finais

O desenvolvimento do Direito Internacional da Concorrência sofreu alterações significativas no decorrer do tempo. O seu início foi marcado pela atuação dos Estados Unidos da América, com o advento de normas que visavam proteger a livre concorrência. A globalização transformou as relações sociais e comerciais propiciando significativa facilidade à circulação de pessoas e de mercadorias pelo mundo.

O presente estudo se propôs a responder como a entidade brasileira, responsável pela proteção do direito concorrencial, utilizou a teoria dos efeitos, prevista no artigo 2º da legislação nacional, nos atos de concentração econômica que julgou. Assim, em um primeiro momento se analisou o Direito Internacional da Concorrência em si, como disciplina jurídica e o surgimento da teoria dos efeitos, pelos Estados Unidos da América, uma vez que estes influenciaram fortemente a norma brasileira e o posicionamento adotado pela entidade nacional. De modo que em um segundo momento, fosse possível a análise do direito concorrencial brasileiro especificamente com a incidência da teoria dos efeitos nos atos de concentração econômica julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Com a observância destes julgados é que foi constatado como ocorreu o desenvolvimento da teoria dos efeitos pela entidade brasileira, na prática – especificamente nos atos de concentração.

Com base no artigo 2º da Lei nº 8.884/94 (atualmente art. 2º da Lei 12.529/11) quando uma operação gerar efeitos no território brasileiro, a lei nacional possui a sua incidência

¹⁶⁶ BACCHI; SCHAPIRO, *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE*, p. 91-92.

ratificada ainda que esta operação tenha ocorrido integralmente no exterior. Até 2005, a submissão ao CADE deveria ocorrer sempre que o faturamento das empresas previsto no artigo 54, § 3º da Lei nº 8.884/94 alcançasse o montante estipulado mundialmente no ano anterior ao ato de concentração. A partir de 2005, com a alteração no entendimento decisório do CADE e a criação da Súmula 1, o valor previsto legalmente adquiriu a necessidade de corresponder ao faturamento das empresas “no território nacional”, e não mais mundial.

Como visto, a alteração pode ser considerada significativa, uma vez que atos de concentração que antes eram submetidos ao CADE, passaram a não ter mais a obrigatoriedade de aprovação da entidade brasileira. Como demonstrado, a teoria dos efeitos é por vezes contrária aos princípios de direito internacional, a partir do momento em que um Estado interfere em uma relação não ocorrida em seu território, e sim em território de terceiro de modo unilateral. Não se visualiza, no entanto, a aplicação radical da teoria dos efeitos no cenário brasileiro.

Com a alteração ocorrida em 2005, a análise dos atos de concentração acontecidos integralmente no exterior se distanciou da necessidade de aprovação do CADE, uma vez que uma característica territorial foi adicionada a um dos requisitos para a submissão à entidade brasileira. Ocorreu uma limitação da teoria dos efeitos através da inserção da territorialidade em um requisito objetivo quantitativo utilizado como medidor dos efeitos passíveis de serem sentidos no mercado brasileiro.

Deve-se observar o posicionamento futuro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica quanto à aplicação da teoria dos efeitos em suas decisões, considerando o fato de que este tem atuado cada vez mais através de cooperação com entidades de outros Estados. O direito da concorrência ainda é um tema incipiente no Brasil, e nos últimos anos o seu desenvolvimento se demonstrou significativo a partir da forte atuação dos órgãos administrativos, bem como do aprimoramento normativo demonstrado.

5. Referências Bibliográficas

BACCHI, Fabiana Mesquita; SCHAPIRO, Mario Gomes. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do CADE. In: CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; SCHAPIRO, Mario Gomes (Coordenadores). Direito econômico concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI SENA JUNIOR, Roberto. Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC. Curitiba: Juruá, 2003.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

IANNI, Octavio. Teorias da globalização. 5ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais. Curitiba: Juruá, 2008.

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

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REIS, Gabriel Valente dos. Direito concorrencial internacionalizado – Entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, nº 73. São Paulo, 2010. p. 303-329.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. Direito antitruste: aspectos internacionais. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVINO, Ângelo Menezes. Para onde vai o direito internacional concorrencial: das políticas alfandegárias à cooperação. Revista de Defesa da Concorrência. Brasília: CADE, v. 2, n. 1, maio 2014. p. 130-153.

STIGLITZ, Joseph E. A globalização e seus malefícios. Tradução: Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2002.

WEBBER, Marianne Mendes. Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste

Fernando Amorim¹⁶⁷

RESUMO

O presente artigo busca verificar os limites da atuação do Tribunal do CADE no processo administrativo sancionador no tocante à aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto. Partiu-se da hipótese de que a aplicação da teoria no processo administrativo sancionador antitruste no Brasil *antes* de consolidar o ambiente institucional poderia gerar uma ruptura capaz de gerar insegurança jurídica. Diante disso, o tema foi explorado inicialmente por meio da análise das particularidades de dois modelos tradicionais da análise antitruste: regra da razão e *per se*. Após o esclarecimento desses fundamentos, passou-se a analisar recente experiência judicante do Tribunal do CADE sobre a ilicitude pelo objeto. Por fim, concluiu-se que a *função educativa da defesa da concorrência deverá ser antecipada à tarefa repressiva da autoridade antitruste, sob pena de lesão ao ambiente institucional protegido pelo Cade*.

Palavras-chave: política da concorrência; regra da razão; regra *per se*; ilicitude pelo objeto; segurança jurídica.

ABSTRACT

The article aims to verify the limits of the sanctioning antitrust regarding the application of restrictions of competition “by the object”. The hypothesis was that the application of the theory in Brazil before consolidating the institutional environment could harm legal uncertainty. We analyzed the two traditional models of antitrust ruling (rule of reason and *per se*), then scrutinized the recent experience regarding on restraints “by the object” in Cade’s experience. Conclusively, we found that the educational function of the defense of competition should be evaluated in advance of the repressive burden of the antitrust authority.

Keywords: antitrust policy; restrictions of competition "by object"; rule of reason and *per se*; legal certainty.

Classificação JEL: K21; K42

¹⁶⁷ Mestre (2017) em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel (2012) em Direito pela FDRP/USP, com bolsa do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da USP (PIBIC/USP). Atualmente é Servidor do Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade/SG). O autor agradece a Jessica Ishida pela leitura atenta e valiosas sugestões sobre o trabalho. As presentes reflexões podem ser encontradas com maior detalhamento na dissertação de Mestrado do autor, intitulada “*Fixação de Preços de Revenda no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: análise do direito sancionador antitruste à luz da segurança jurídica*”, defendida em fevereiro de 2017 na FDRP/USP. E-mail: fernandoamorism@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Regime dos padrões de prova no *enforcement* das condutas anticompetitivas: elementos da regra *per se* e regra da razão; 3. Condutas anticoncorrenciais no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e no direito sancionador na Lei 12.529/2011 3.1 A estrutura do ilícito antitruste no TFUE 3.2 A estrutura do ilícito no processo administrativo sancionador na Lei 12.529 3.3 Comparação no contexto da ilicitude pelo objeto; 4. A ilicitude do objeto na experiência do Tribunal do CADE; 5. Síntese: o alcance da discricionariedade administrativa no contexto institucional da ilicitude pelo objeto no processo sancionador antitruste; 6. Conclusões; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo central do artigo é analisar uma faceta particular da regra da razão: a ilicitude pelo objeto (ou ilegalidade pelo objeto). Sinteticamente, a ilicitude pelo objeto pode ser compreendida como um regime relativamente rigoroso em relação a outros modelos relativo aos padrões de prova na persecução por condutas anticompetitivas.¹⁶⁸

Cinco anos após a vigência da Lei 12.529/2011, reconhece-se que, em que pesem as reformas institucionais visando a uma maior efetividade nas atividades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)¹⁶⁹, o regime positivo das infrações contra a ordem econômica não se alterou substancialmente – marco teórico institucional a partir do qual se inicia.

Ao se falar em instituições, são abrangidas, preliminarmente, as instituições em sua faceta formal¹⁷⁰, vinculantes no limite de suas delimitações – a Lei Antitruste é um exemplo. Outro lado da moeda são as instituições informais, compreendidas como noções gerais que, em alguma medida, norteiam o enfrentamento de problemas no contexto das instituições formais. É neste contexto que se encontra a pedra de toque da presente pesquisa, que trata de uma particularidade das instituições informais: os *standards* jurídico-analíticos no *enforcement* do

¹⁶⁸ Como atesta Amanda Athayde, trata-se de um regime contraposto aos tipos que presumem uma análise de ilicitude pelos seus efeitos com ônus probante à autoridade antitruste. Cf. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017, p.23. Também conferir: PEEPERKORN, Luc. Defining “by object” restrictions. *Concurrences*, n. 3, 2015.

¹⁶⁹ Para um detalhamento das alterações institucionais promovidas a partir da vigência da Lei 12.529, cf. CARVALHO, Vinicius Marques de. A política da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 21-28.

¹⁷⁰ Na lição de Douglass North, tais regras se configuram nas instituições, “construções humanamente concebidas que estruturam a interação humana” que “definem a estrutura de incentivos das sociedades e, especificamente, das economias.” (Desempenho econômico através do tempo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, set,-dez. 2010, p. 16).

Direito da Concorrência. Tais *standards* podem ser assimilados como arranjos mentais emanados pela inteligência dos aplicadores das normas concorrenciais, ou em outras palavras, modos de interpretação diante o caso concreto.¹⁷¹

Numa situação hipotética em que fossem ilimitados tanto o tempo quanto as assimetrias informacionais entre a autoridade e a outra parte, o *enforcement* antitruste seria rudimentar. Ciente de que isso não é uma realidade, a defesa da concorrência tende a adotar regras vazias a serem complementadas pelos *standards* supramencionados. Isto explica a gênese dos *standards* jurídicos como um instrumento para a redução das incertezas (e dos custos transacionais decorrentes) sobre a aplicação do direito positivo. Fala-se, no caso da aplicação da lei da concorrência, dos construtos das regras da “razão” e “*per se*”, ambas de origem estadunidense e cujos contornos serão apresentados posteriormente. A relevância destas válvulas de escape é clarificada no momento em que a aplicação do direito antitruste passa a exigir certas regras para “nortear a verificação da licitude ou ilicitude de uma prática”¹⁷².

Com influência do antitruste europeu, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) passou a se valer da noção da ilicitude pelo objeto como instrumento para fundamentar a condenação de Representadas por condutas anticompetitivas – especialmente condutas colusivas, mas isso se verificou também para práticas unilaterais. Isso ocorreu especialmente a partir da vigência da Lei 12.529/2011, e essa alteração representa uma visão distinta da preferência anterior pela regra da razão clássica (com o ônus probatório na autoridade para demonstrar os possíveis efeitos anticompetitivos resultantes).

O problema central da pesquisa pode ser sintetizado pela insegurança jurídica decorrente pela aplicação de um instituto de origem estrangeira sem uma clareza sobre sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, partiu-se da hipótese de que a recente aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto no processo administrativo sancionador antitruste *antes* de consolidar o ambiente institucional poderia ser vista como uma ruptura parcial capaz de gerar insegurança jurídica.

Este artigo foi estruturado em cinco tópicos para esclarecer as inquietações propostas. Após esta introdução, o/a leitor/a poderá compreender o funcionamento da interpretação a partir de seus elementos, gênese e nuances. Nesse momento foram examinados dois modelos de

¹⁷¹ Nesse sentido, cf. CARVALHO, Vinícius Marques; SILVEIRA, Paulo Burnier da; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Vertical restraints: a look ahead. In: CARVALHO, Vinícius Marques. *Defesa da Concorrência: estudos votos*. São Paulo: Singular, 2015, p.93-101.

¹⁷² Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.83. No mesmo sentido, cf. FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.194-199.

standards de origem estadunidense: a regra da razão e *per se*. Em seguida, passou-se a delinear a estrutura do ilícito tanto no contexto do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia quanto o quadro normativo do direito sancionador antitruste da Lei 12.529/2011. Com isso foi possível esclarecer os elementos subjacentes à problemática dos contornos da aplicação da ilicitude pelo objeto na experiência no SBDC. Ato contínuo, passou-se a analisar os fundamentos levantados pelo Tribunal do Cade ao aplicar a ilicitude pelo objeto em sua competência para compreender as limitações da aplicação da teoria em seu contexto institucional. Isso foi realizado por meio do enfrentamento entre elementos normativos e decisões paradigmáticas do Cade em que a autoridade se socorreu desse *standard*. Por fim, o artigo conclui com apontamentos críticos sobre o ambiente institucional pesquisado.

2. Regime dos padrões de prova no *enforcement* das condutas anticompetitivas: elementos da regra *per se* e regra da razão

Como enunciado introdutoriamente, os *standards* pesquisados identificam e colocam em evidência os pontos de vista sobre como proceder na análise antitruste, reduzindo a incerteza no *enforcement*. A opção metodológica proposta foi aplicar técnicas das comparística para verificar os aspectos convergentes e divergentes nos microssistemas examinados (EUA e União Europeia), sempre atentando às particularidades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Esta metodologia proposta foi justificada pela ausência de experiência consolidada no antitruste brasileiro (como pode ser verificado em jurisdições mais tradicionais no tema¹⁷³), bem como pela carência de uma literatura especializada no país no tema.

Cunhado no contexto do caso *Socony-Vacuum Oil* (1940), o termo *per se* nomeou uma carga de significado¹⁷⁴ que já vinha sendo aplicada pelas cortes¹⁷⁵. Com essa opção, uma conduta pode ser considerada ilícita independentemente do contexto em que foi praticada¹⁷⁶, de modo que não será necessário analisar a estrutura do mercado, sequer “o poder econômico do

¹⁷³ Nas palavras de Shieber, o “direito antitruste norte-americano é como um armazém de matéria-prima sobre problemas antitruste” (*Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.15).

¹⁷⁴ Por exemplo, no caso *Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* (1911) a Corte não se valeu, expressamente, dos termos “*per se*” ou “regra da razão”, ainda sua decisão de proibir a fixação de preços de revenda tenha colocado a conduta na categoria da presunção absoluta da ilicitude da regra *per se*.

¹⁷⁵ Cf. SOKOL, Daniel. The transformation of vertical restraints: *per se* illegality, the rule of reason, and *per se* legality. *Antitrust Law Journal*, n.3, 2014, p.1009.

¹⁷⁶ “This means that there is no need for a court to examine whether the behavior in question unreasonably restrains trade or harms competition and consumers: the mere existence of the behavior will be enough to fall within the prohibition” (DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press, 2010, p.241.)

agente, que pode ser nenhum”¹⁷⁷. Da mesma maneira, “o acusado não tem o direito de aduzir em sua defesa quer os bons efeitos econômicos da prática incriminada, quer sua inofensividade, pela ausência de quantidade de poder suficiente para influir nos preços de mercado”¹⁷⁸. Em síntese, aqui a presunção da ilicitude prescinde de uma análise aprofundada do mercado em questão, reduzindo os custos da investigação¹⁷⁹.

A regra da razão, por sua vez, pode ser compreendida como a institucionalização de modelos mentais de interpretação, o que somente pode ser realizado a partir de uma meditação sobre o corpo jurisprudencial sobre determinados tipos normativos ao longo do tempo. Com efeito, as origens da regra da razão são encontradas na decisão no caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* (1911)¹⁸⁰.

Com a influência dos ideais da Escola de Chicago a partir da década de 1970, o teste *per se* passou a ser limitado, como se pode notar quando condutas foram retiradas do catálogo das práticas ilícitas e passaram a ser pesadas através das lentes da regra da razão.¹⁸¹ Isso se tornou mais claro nas restrições verticais, quando as presunções formuladas na decisão no caso *Schwinn*¹⁸² foram revertidas pela própria Corte no caso *Sylvania*¹⁸³.

Caso determinada conduta seja analisada à regra da razão, abre-se a possibilidade da utilização dos argumentos sobre eventuais ganhos de eficiência, bem como a ausência de efeitos negativos à concorrência. Por isso é possível afirmar, com acerto, que a “regra da razão é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável’”¹⁸⁴, posto que a análise da conduta é restringida pelo prisma de seus efeitos nos mercados afetados.

A síntese de AREEDA e HOVENKAMP é que “a regra da razão é uma forma de presunção de legalidade, no sentido de que o representado, a não ser que a representante apresente provas

¹⁷⁷ BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.154.

¹⁷⁸ BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.154.

¹⁷⁹ Cf. GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2002, p.130.

¹⁸⁰ Cf. KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n.1, 2000, p. 46ss.

¹⁸¹ Cf. BESCHLE, Donald L. *What, Never? Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per se Antitrust Illegality*. *Hastings Law Journal*, v.38, 1987, p.493.

¹⁸² *United States v. Arnold, Schwinn & Co.* (1967).

¹⁸³ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* (1977). Sobre o tema, cf. KHAN, Lina; Vaheesan; SANDEEP. *Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents*. *Harvard Law & Policy Review*, vol. 11, 2017, p. 273.

¹⁸⁴ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.196. No mesmo sentido, cf. DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press, 2010, p.240.

sobre efeitos efetivos o potenciais nocivos”¹⁸⁵. Para tanto, o primeiro passo é a determinação do mercado relevante (material e geográfico) para inferir o poder de mercado do agente que praticou a conduta. Seria, aos autores mencionados, a prova elementar para que a conduta possa ser capaz de gerar efeitos anticompetitivos.

Uma regra da razão rigorosa que leve em consideração cada pormenor das condutas geraria grandes custos às expensas da autoridade antitruste. Nesse contexto, PITOFSKY sugere uma abordagem em que uma regra *per se* poderia ser mantida até no caso de condutas unilaterais (especialmente no caso da fixação de preços de revenda), desde que determinadas defesas possam ser levantadas¹⁸⁶. Esta regra *per se* pitofskyiana solucionaria o problema dos custos da investigação, já que caberia à defesa provar as eficiências alegadas¹⁸⁷, bem como as disfunções próprias a *standards* muito rígidos. Como se verá em seguinte, trata-se de proposta semelhante à ilicitude pelo objeto formulada pela experiência europeia.

3. Condutas anticoncorrenciais no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e no direito sancionador na Lei 12.529/2011

3.1 A estrutura do ilícito antitruste no TFUE

Nos termos do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), são proibidos “todos os acordos entre empresas, decisões por parte de associações de empresas e práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os países da União Europeia (UE)”. O *caput* segue: “e que tenham **por objetivo ou efeito** impedir, restringir ou falsear a concorrência” (grifos nossos).

Tomando um acordo hipotético para restringir a concorrência¹⁸⁸, o primeiro passo evidente é avaliar se foi efetivamente realizado. Caso não se trate de acordo que não incida nos

¹⁸⁵ “The typical rule of reason is a form of presumptive legality in the sense that the defendant prevails unless the plaintiff offers some proof of harmful effects or tendencies. Speaking generally, the typical plaintiff must show that the challenged conduct limits competition and that it does so significantly.” (AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers, 2003, p.329.)

¹⁸⁶ Cf. PITOFSKY, Robert. Why Dr. Miles Was Right. *AEI Journal on Government and Society*, jan-fev, 1984, p.30.

¹⁸⁷ Para Herbert Hovenkamp, o combate do *free riding* seria, virtualmente, o único argumento pela aceitação da prática. Cf. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. In: PITOFSKY, Robert (org). *How the Chicago School Overshot the Mark*. Oxford University Press, 2008, p.111.

¹⁸⁸ A Comissão Europeia emite orientações substanciais para garantir a clareza dos tipos jurídicos que se enquadraria na proibição. Caso não trate-se de acordos que não incidam nos objetos das orientações, “não seria necessário examinar eventuais benefícios resultantes do acordo”. (Comissão Europeia. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE* (antigo n.º 3 do artigo 81.º do TCE).

objetos delimitados pelas orientações, o segundo passo será desempenhado caso se conclua que restringe a concorrência não pelo objeto, mas pelos efeitos praticados, aferindo se os benefícios do ato tenham compensados os efeitos negativos à concorrência.

O mesmo artigo também prevê certas exceções às proibições mencionadas em seu número 3 que poderiam ser levadas em consideração na tomadas de decisão: a) ganhos de eficiência; b) ganhos aos consumidores; c) o caráter indispensável da restrição; e d) não eliminação da concorrência. Tais condições são cumulativas, sendo que os acordos mencionados no artigo 1 serão proibidos a menos que comprovem os requisitos do 101(3).

A priori, todos os atos seriam capazes de fazer prova das quatro condições para incidir nas exceções, mas é evidente que, tratando de conduta prevista como ilícita nas orientações pelo objeto, dificilmente será capaz de comprovar as quatro condições do 101(3). A ilicitude pelo objeto, portanto, é um regime rigoroso de presunções em que será penoso ao agente denunciado demonstrar a ausência de efeitos anticompetitivos.

Os acordos com objeto de restringir a concorrência são automaticamente presumidamente ilícitos pela autoridade antitruste, restando delinear quais seriam as condutas que entrariam nessa categoria.¹⁸⁹ Para tanto, parte-se de uma similitude da natureza do ato e da experiência jurisprudencial sobre ela para concluir se incidiria nas categorias de ilicitude.¹⁹⁰

No mesmo passo, e especialmente no tocante ao conteúdo do artigo 101 (1), o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que a proibição não seria aplicável nos casos em que os efeitos do acordo para a concorrência entre os Estados-Membros fossem insignificantes. Com isso a Comissão Europeia delimitou padrões mínimos para a configuração da insignificância referida, sendo que um acordo abarcado pela regra “*minimis*” seria amparado pela Comissão, que não iniciaria processo para sua apuração.¹⁹¹

¹⁸⁹ “[B]oth the object and the effect assessment share a single conception of restricted competition and both methods of assessment require that a restriction of competition be established. However, the approaches are distinct in the manner by which restricted competition is established.” (ODUDU, Okeoghene. *Restrictions of Competition by Object: what's the beef?* *Competition Law Journal*, v.9, n.1, 2009, p.13.)

¹⁹⁰ NAGY, Csongor István. *The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?* *World Competition* vol. 36, n. 4, 2013, p.544 ss.

¹⁹¹ “Se a quota de mercado agregada das partes no acordo não ultrapassar 10 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando o acordo for concluído entre empresas que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre concorrentes); b) Se a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassar 15 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando este for concluído entre empresas que não sejam concorrentes efetivos nem potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre não concorrentes).” (COMISSÃO Europeia. *Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union* (De Minimis Notice).

A Comissão ressalta que o “porto seguro” garantido pela regra *minimis* não é aplicado para “restrições *hardcore*”, ou seja, condutas consideradas graves e submetidas ao regime geral de ilicitude próprio às restrições pelo objeto.¹⁹² Em síntese, o modelo do Tratado lista uma categoria de contratos presumidamente ilícitos pelo seu próprio objeto. Se determinado contrato não estiver classificado como restrição *hardcore* será presumidamente lícito. Levando em consideração o TFUE, caso não esteja abarcado no porto seguro da regra *minimis* as decisões possíveis serão:

I – Contrato/Ato fora do catálogo de restrições <i>hardcore</i>					
Presunção	Ônus da prova	Efeitos do art. 101(1)	Exceções do art. 101(3)	Decisão	
A	Licitude	Autoridade	Não	-	Não confronta o artigo 101. Licitude é confirmada
B	Licitude	Autoridade	Sim	Sim	Confronta o artigo 101(1), mas incide nas exceções do 101(3). Licitude é confirmada
C	Licitude	Representantes e representada	Sim	Não	Ilicitude pelos efeitos: condenação
II – Contrato/Ato mencionado no catálogo de restrições <i>hardcore</i>					
Presunção	Ônus da prova	Objeto confirmado	Exceções do art. 101(3)	Decisão	
A	Ilicitude	Autoridade (da prática) Representada (das exceções)	Sim	Sim	Ilicitude afastada pelas exceções do art. 101(3)
B	Ilicitude	Autoridade (da prática) Representada (das exceções)	Sim	Não	Ilicitude pelo objeto confirmada por falta de comprovação das exceções: condenação.

Fonte: elaboração própria

¹⁹² Como a fixação de preços de revenda, a limitação da produção ou das vendas e a divisão de mercados ou clientes, por exemplo.

O *standard* da regra da razão, entendida como parte de um eixo de presunções nas limitações da experiência norte-americana, talvez fosse incompatível com o sistema comunitário. Mas como aponta COLINO, no caso *Métropole Télévision vs. European Commission* (2001) o Tribunal de Primeira Instância equiparou a regra da razão norte-americana ao número 3 do artigo 101¹⁹³, mas ressaltando que se trataria de uma regra da razão limitada pela própria lei (em oposição à versão do sistema norte-americano em que suas limitações seriam delimitadas pelo tomador de decisão).¹⁹⁴

A título de remate, não é possível compreender a ilicitude pelo objeto como uma faceta de uma regra que *prescinde* de efeitos líquidos para condenar determinadas condutas sem análise (como seria notado na aplicação do *standard* da regra *per se*). Na verdade, conclui-se que o *objeto* anticompetitivo já está imbuído dos efeitos anticompetitivos, refutando a ideia de condenação nem comprovação dos efeitos. A ilicitude pelo objeto tem sido uma tendência na análise antitruste promovida pelo CADE em determinadas práticas, o que será demonstrada empiricamente por meio da análise de decisões recentes do Tribunal do CADE e esclarecida a partir das funções e competências da atividade da autoridade brasileira da defesa da concorrência.

3.2 A estrutura do ilícito no processo administrativo sancionador na Lei 12.529

No Brasil não há categorias objetivas positivadas de condutas anticompetitivas, apenas os exemplos de condutas elencadas pelo lei antitruste cuja ilicitude seria uma moldura a ser preenchida pela *praxis*. Como aponta MARRARA, “a lei contém dois grupos de infrações administrativas. O primeiro abrange condutas que causam dano efetivo à ordem econômica; o segundo depende da mera constatação do perigo de dano”¹⁹⁵. São os termos da Lei 12.529/2011:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que **tenham por objeto** ou **possam produzir os seguintes efeitos**, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

¹⁹³ “No que concerne ao carácter objectivamente necessário de uma restrição, [...] a existência de uma «rule of reason» em direito comunitário da concorrência não pode ser admitida, seria errado interpretar, no âmbito da qualificação das restrições acessórias, a condição da necessidade objectiva como implicando uma ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de um acordo. Com efeito, é apenas no âmbito específico do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado que uma tal análise pode ter lugar.”

¹⁹⁴ COLINO, Sandra Marco. *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes*. Portland: Hart Publishing, 2010, p.93.

¹⁹⁵ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p.209

- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (grifos nossos)

Com influência determinante europeia, a lei brasileira não menciona o ilícito *per se*, sendo que as condutas devem ser compreendidas a partir de seus efeitos líquidos.¹⁹⁶ Em que pesem as semelhanças, a ilicitude pelo objeto não pode ser entendida como idêntica à regra *per se*. Essa presunção *iuris tantum não pode ser compreendida com o pressuposto iure et de iure* da regra *per se*, que não admite prova contrária de eficiências. Como já observado, a ilicitude pelo objeto é uma faceta da regra da razão.

Como demonstra SHIEBER, não é tarefa simples aplicar a regra da razão para “determinar a licitude de um acordo em restrição da concorrência, pois requer um aprofundamento tanto nos fatores econômicos de que resultou o acordo”. Mas – segue o autor – “se o ajuste ou acordo é do tipo a que é aplicável a regra da razão, o levantamento minucioso dos fatores econômicos faz-se necessário. Só por meio deste levantamento distinguem-se as restrições lícitas das ilícitas”.¹⁹⁷ Trata-se de uma condicional que pode, numa só palavra, limitar os *standards* de interpretação na aplicação da lei antitruste.

O artigo primeiro da Lei 12.529/2011 fixa que o diploma dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. O artigo 36, como já ressaltado, elenca os elementos das infrações. Hierarquicamente, viu-se que o artigo 173 da Constituição Federal, em seu §4, menciona que a lei (no caso, a Lei 12.529/2011), “reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (grifos nossos). Com isso, conclui-se que as infrações passíveis de repressão são aquelas que tenham a intuito de “visar a”, “objetivar”¹⁹⁸.

Encontra-se um possível conflito sobre a responsabilidade objetiva¹⁹⁹ preconizada pela Lei 12.529/2011 e a necessidade de intuito para a repressão do abuso de poder econômico

¹⁹⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133.

¹⁹⁷ SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.93.

¹⁹⁸ Cf. Idem, p.102. Conferir também SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 128.

¹⁹⁹ Repisada também na Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013, sancionada pela Presidenta Dilma Rouseff: Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

constitucionalmente prevista. Diante disso, retorna-se aos termos do artigo 36, agora de forma estruturada em suas orações organizadas em seus níveis sintáticos:

- 1** Constituem infração da ordem econômica
- 3A** independentemente de culpa
- 2** os atos sob qualquer forma manifestados
- 3B** que tenham *por objeto* ou *possam produzir* os seguintes efeitos
- 4** ainda que não sejam alcançados

Longe de conferir um fator poético na repressão das infrações à ordem econômica, um elemento visual-sintático pode ser interessante para ressaltar as relações implicadas no texto, bem como suas consequências. Esclarecendo a visão a partir dos níveis indicados em negrito supra, chega-se às seguintes relações entre as orações:

1 \Rightarrow **2**: Ação de constituir os sujeitos²⁰⁰ e sua qualificação passiva (qualquer forma)

2 \Rightarrow **1** \Rightarrow **3A**: os atos (2) são infrações (1) independentemente de culpa (3A)

2 \Rightarrow **3B**: Sujeito (atos) implicando sua qualificação ativa (possibilidade de produzir efeitos OU ter como objeto (produzir os efeitos);

4 \Rightarrow **3B**: Ausência de condicional (independe do êxito: repisa a responsabilidade objetiva)

ou

2 define os sujeitos de **1** (“quem?”)

3A e **3B** qualificam \Rightarrow **2**.

4 condiciona a qualidade de **3B**

3A condiciona a qualidade de **1**

A conjunção alternativa “ou” deixa uma ambiguidade sutil. Está-se falando em duas categorias dos atos mencionados no *caput*: a) atos que possam produzir os efeitos anticompetitivos mencionados nos incisos subsequentes e, em contrapartida, b) atos cujo objeto possa produzir os efeitos deletérios à concorrência.

²⁰⁰ “[P]ara que determinada prática seja caracterizada como infração da ordem econômica, é necessário que seja identificado na conduta do agente um potencial anticoncorrencial, ou seja, realizável, ainda que não pretendido ou buscado pelo agente.” (DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.126.)

A primeira categoria se refere a atos abstratos e que, sem nenhuma presunção de ilicitude, podem se enquadrar como anticompetitivas caso produzam os efeitos mencionados. Cabe ao órgão regulador, com auxílio das partes envolvidas e sem prejuízo de diligências próprias, declarar a (i)licitude a partir dos efeitos produzidos (ou não).

Sobre a segunda categoria, por sua vez, entende-se que está subentendida na primeira. Uma perspectiva diferente sobre o próprio objeto tridimensional, dando a noção de que se tratariam de coisas distintas. Retornando ao exemplo prático dos termos da lei, pode-se falar em “{atos que tenham [(**por objeto**) ou (**possam produzir** os seguintes **efeitos**)]}”. Explica-se. Isso exemplificaria a dicotomia entre condutas “pelo objeto” ou “pelos efeitos”, uma vez que essa interpretação colocaria as condutas e categorias entre colchetes, explicadas pelos parênteses.

Entende-se que talvez não seja uma perspectiva absoluta ou óbvia. O que se propõe é outra interpretação, nestes termos:

[atos que tenham (**por objeto ou possam produzir**) os seguintes **efeitos**]

A consequência talvez não seja tão evidente, mas pode impactar o *enforcement* antitruste. Explica-se. A suposta dicotomia “por objeto”/“efeitos” poderia ser compreendida como a face de um grande pressuposto: efeitos potenciais, pouco importando o seu objeto ou nível do risco à concorrência. Afinal, a análise do “objeto” já estaria presumindo a potencialidade de efeitos²⁰¹, elemento suficiente para atrair a necessidade de análise antitruste.

O efeito prático disso é que, para analisar um ato pelo seu objeto, a autoridade terá uma grande caixa de ferramentas prévia para concluir sobre a eventual ilicitude. Dito de outro modo, há uma necessidade de elementos *ex ante* sobre a conduta para ser colocada sob escrutínio concorrencial. Esses elementos podem ser encontrados por soluções institucionais na jurisprudência consolidada do órgão sobre a prática (súmulas), ou atividades na função educativa da autoridade (por exemplo, por meio de guias de análise). O que se defende é que essa configuração não pode ser realizada no âmbito do processo administrativo sancionador – em nosso ver, a medida mais gravosa ao administrado.

Como mencionado há pouco, historicamente as leis de defesa da concorrência não mencionaram a existência de ilícitos *per se*. Nesse sentido é a percepção de CORDOVIL:

²⁰¹ Nas palavras de Calixto Salomão, “A regra da razão tem duas partes distintas e duas justificativas específicas que não podem ser dissociadas do direito antitruste moderno, por uma razão muito simples. São elas que garantem a possibilidade de produção defeitos anticoncorrenciais; e, portanto, só em ausência delas é possível presumir um objetivo anticoncorrencial. A regra da razão é, portanto, uma garantia fundamental de legalidade da punição administrativa.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.81). Conferir, por semelhança, TAUFICK, Roberto Domingos. *A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. São Paulo: Método, 2012, p.151.

Anos anos de aplicação da Lei 8.884/1994, sedimentou-se que o direito concorrencial brasileiro observa a regra da razão (*rule of reason*), que se opõe à regra *per se*. Segundo a regra da razão, as infrações (seja as elencadas no §3º do art. 36, seja outras não elencadas no rol exemplificativo) não são condenáveis em si, ou seja, não é a mera prática dos dizeres da lei, ou a mera conduta das empresas, capaz de provocar os efeitos deletérios à concorrência. [...] No Brasil, diz-se que não se pode considerar uma conduta como ilícita sem antes estudar sua racionalidade, sem antes averiguar e sopesar os benefícios e desvantagens ao mercado²⁰²

Essa constação sobre a sedimentação promovida pelo passar dos anos, porém, deixa uma dúvida sobre os limites dessa suposta estabilidade. Na ausência de uma jurisdição administrativa, isto é, com todos os atos praticados pelo CADE podendo ser revisados pelo Poder Judiciário²⁰³, não se encontra um dever de solidificar a cultura das práticas institucionais.

No âmbito do CADE, a Resolução n. 20 de 09 de junho de 1999, procurou editar um guia com sugestão de alguns parâmetros que poderiam ajudar a lidar com restrições verticais no âmbito do Colegiado. O anexo I definiu e classificou algumas destas práticas e o seu anexo II previu critérios básicos sugestivos para a análise dessas práticas restritivas.

A Resolução 20/99 foi bastante influenciada pela Escola de Chicago, e o foco, desta forma, era análise dos efeitos de condutas horizontais, relegando-se ao segundo plano a análise das condutas unilaterais ou das práticas verticais entre agentes com atuação parlamentar. Sob a influência dessa Escola, as práticas verticais passaram a ser quase que automaticamente associadas a eficiência decorrentes de economia, bem como à redução de problemas informacionais e de custos de transação, o que acabou apontando para um ambiente no qual as autoridades antitruste deveriam “fazer prova da ilicitude da prática”²⁰⁴.

No entendimento do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo em seu voto no caso SKF (a ser delimitado em seguida), é possível afirmar que a Resolução n.20/99 e os respectivos anexos são apenas sugestões de encaminhamento, e não havia sido adotada na maior parte dos efetivos julgamentos dos casos que tenham envolvido restrições verticais *hardcore* baseadas em preços, como no caso da fixação de preços de revenda (FPR).²⁰⁵

²⁰² CORDOVIL, Leonor. Comentários ao Título V – Das infrações da ordem econômica. In: CORDOVIL, Leonor [et al.]. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.108. No mesmo sentido, “[a] dominação de mercado relevante de bens ou serviços não constitui um ilícito per se se esta é resultante de processo natural, justificado pela eficiência do agente econômico.” (DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.120)

²⁰³ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 106.

²⁰⁴ Fls. 1723 dos autos do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013.

²⁰⁵ Fls. 1725 dos autos do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013.

4. A ilicitude do objeto na experiência do Tribunal do CADE

A ilicitude pelo objeto, expressamente ou não, tem sido utilizada na última década pelo CADE. Carteis, tabelamento de preços em associações e sindicatos e a fixação de preços mínimos de revenda são alguns exemplos de condutas que foram analisadas pelo *standard* pelo Tribunal.

É reputado ao ex-Conselheiro Luis Fernando Schuartz os primeiros debates sobre a ilicitude pelo objeto no âmbito do CADE. Como Relator, teve a oportunidade de analisar pelo menos duas condutas em que, em sua perspectiva, haveria legalidade em condenar agentes econômicos reputando que o objetos das condutas em análise eram intrinsecamente ilícitas. O Cartel dos Frigoríficos²⁰⁶ e o caso COOPANEST²⁰⁷, ambos de sua relatoria, são dois precedentes em que, incidentalmente, os *standards* interpretativos foram ponderados. Para o relator, há duas maneiras para aferir se determinada conduta pode ser configurada como infração. Nas palavras do Voto,

A primeira é retroceder ao tempo da conduta e questionar-se a respeito do “propósito” perseguido pelo agente com a mesma. Se a resposta for que o “propósito” teria sido, por exemplo, “prejudicar a concorrência”, então, supondo que, ao tempo da decisão, as condições objetivas eram tais que a conduta não poderia ser tratada como meio “absolutamente ineficaz” para a produção de um prejuízo à concorrência, ela terá sido uma infração.²⁰⁸

O voto traz três hipóteses de análise e as respectivas consequências. A primeira hipótese traz a responsabilidade subjetiva de um agente hipotético que, em seu íntimo, efetivamente buscou causar dano à concorrência, mas não obteve êxito. Nessa situação, a autoridade deverá demonstrar se houve, de fato, efetivamente essa intenção, isto é, o elemento probatório restará na intenção específica do agente. No contexto da regra da razão clássica, caberá à autoridade confrontar as provas diretas a hipóteses alternativas (ou seja, o não interesse em causar dano). Com o resultado dessa análise, a autoridade poderá sopesar as racionalidades econômicas dessas alternativas. Na ausência dessa racionalidade econômica, o agente será condenado. Na segunda hipótese, o mesmo agente se empenhou para efetuar o dano e teve sucesso. Aqui, a autoridade deverá provar o dano alegado. Por fim, cita-se um caso de responsabilidade objetiva, quando o agente não quis causar dano, mas a sua conduta efetivamente gerou efeitos

²⁰⁶ Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16, julgado em 28 de novembro de 2007. Mesma argumentação jurídica foi apresentada no Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31 (MPF/RS x ANTV), julgado em 28 de novembro de 2007.

²⁰⁷ Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33, julgado em 26 de abril de 2006.

²⁰⁸ Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16, p.13 do voto (fl. 4714 dos autos).

anticompetitivos. Assim, considerando a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei antitruste, o agente deverá ser igualmente condenado.

Sob a ilicitude pelo objetivo, a autoridade irá indagar: no momento da conduta era plausível esperar que a conduta iria gerar efeitos anticompetitivos? Ou foi só uma contingência não esperada? A resposta dependerá da gravidade da conduta historicamente considerada. Caso se estiver diante de uma conduta cujo objeto é presumidamente ilícito, o objeto da conduta prevalecerá ante à intenção e resultado, isto é, o “elemento de intencionalidade” não será considerado pela autoridade.

Várias condutas passaram a ser consideradas como ilícitas pelo objeto recentemente na experiência do CADE. Como demonstrado anteriormente, isso representa uma inversão de ônus probatório. Nas palavras do ex-Conselheiro Marco Veríssimo,

a ilicitude pelo objeto da prática, a mesma apenas pode ser afastada (i) caso os Representados consigam demonstrar, à vista das circunstâncias concretas e por sua própria conta, que a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços [...] (ii) que, independentemente da ilicitude pelo próprio objeto, incidem no caso eficiências do tipo especificamente disciplinado pelos artigos 54 da Lei n. 8.884/94 e art. 88, §6o, da Lei n. 12.529/11, sendo ônus específico de quem alega esse tipo de defesa prová-la.²⁰⁹

O mesmo ex-Conselheiro apresentou a mesma lógica no Caso ABAV, quando afirmou que a “sugestão de preços e práticas uniformes capazes, direta ou indiretamente, de afetar a livre determinação de preços, por parte de associações comerciais. sujeita-se, no Brasil, a um regime razoavelmente rígido de presunção de ilegalidade”²¹⁰.

Em sentido semelhante, em 2015 a ex-Conselheira Ana Frazão acompanhou o teor no caso das “Placas”. Para ela,

a jurisprudência do CADE tem entendido que acordos explícitos entre concorrentes que tenham por objeto a fixação de preços ou a divisão do mercado consistem em condutas ilícitas pelo objeto e submetem-se a um regime de presunção relativa de ilegalidade. [...] [O] CADE tem salientado que a potencialidade lesiva da conduta – e aqui se fala de perigo concreto e não apenas abstrato - sobre a ordem concorrencial decorre diretamente das provas da materialidade do conluio. Trata-se de conduta anticoncorrencial pelo seu objeto, motivo pelo qual a análise de efeitos, pelo menos como regra, é desnecessária para lastrear a condenação.²¹¹

²⁰⁹ Voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo 08012.007301/2000-38 (Caso Sindpetro/PI), julgado em 06 de março de 2013.

²¹⁰ Processo Administrativo 08012.006923/2002-18, julgado em 20 de fevereiro de 2013.

²¹¹ Processo Administrativo 08012.006764/2010-61. SDE (ex officio) x Sindicato dos Fabricantes e Vendedores de Placas de Sinalização de Trânsito e Veiculares do Estado da Bahia – SINPLAVB e outros. Ementa: Processo Administrativo. Cartel. Tabelas de preços. Divisão de mercado. Mercado de fabricação de placas e tarjetas de veículos automotores no Estado da Bahia. Julgado em 23-04-2015.

A ilicitude pelo objeto também foi um instrumento para análise em restrições verticais, especialmente a fixação de preços de revenda (FPR). No bojo do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44 (PROCON-SP x SKF Brasil) o ex-Conselheiro Marcos Veríssimo pontuou que não há, no Brasil, “testes e padrões mais detalhados para definir quando os efeitos líquidos de uma restrição vertical específica seriam considerados negativos a ponto de caracterizar a conduta como ilegal”²¹². E como pontuado pelo relator, e em que pese seja argumentado que o CADE preze pela regra da razão em suas decisões, isso não diz muito sobre a caracterização da FPR como ilícita ou lícita, bem como os elementos de prova referentes. Como síntese da problematização, a conduta foi examinada, pelo CADE, por 15 anos nos termos do *leading case* julgado em 1997. A decisão no caso SKF alterou o entendimento sob a alegação de que a condenação representaria uma espécie de sinalização ao mercado. A decisão se valeu da teoria da ilicitude pelo próprio objeto para a condenação – bem verdade que uma teoria modificada, vez que o sistema europeu parte de orientações prévias²¹³, ausentes no sistema brasileiro.

Reconhece-se que a decisão não foi absolutamente contrária aos entendimentos substantivos sobre a conduta – como aconteceria num sistema em que a fixação de preços mínimos de revenda era vista como ilícita *per se* e torna-se lícita *per se* –, mas sim sobre o método de análise, isto é, os *standards* de prova. Nas palavras do voto do então Presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho:

No caso concreto, a prática de FPR está devidamente comprovada. Por enquanto, salvo melhor juízo, a postura europeia, que versa sobre uma ilicitude pelo objeto parece ser mais adequada. Isto se dá porque a postura europeia é mais cautelosa e conservadora, já que, ao mesmo tempo que reconhece a possibilidade de existir eficiência associadas a esta conduta vertical, também não representa uma mudança tão abrupta sobre a matéria, sem que se reflita, minimamente, com a sociedade a respeito deste tema.²¹⁴

Corroborando a tese, o ex-Conselheiro Veríssimo ressaltou que

ficou registrada acima minha opinião no sentido de que a presunção de ilegalidade poderia ser afastada, com ônus probatório do próprio investigado, caso ele conseguisse demonstrar, em primeiro lugar, a inviabilidade completa da produção de

²¹² Voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013

²¹³A Comissão Europeia emite orientações substanciais para garantir a clareza dos tipos jurídicos que se enquadraria na proibição. Cf. Comissão Europeia. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l26114>>. Acesso: 05.09.2015.).

²¹⁴ Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44 julgado em 30.01.2013.

dano concorrencial por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado. Contudo, o ponto fundamental é que tal exame é excepcional e depende fundamentalmente de o próprio acusado ser capaz, de provar, por sua conta, que tais eficiências são plausíveis, presentes e não poderiam ter sido obtidas de outro meio.²¹⁵

A partir desses precedentes pragmáticos, a teoria da ilicitude pelo objeto tem sido aplicada de forma constante, especialmente em caso envolvendo condutas colusivas (como o cartel). Assim também asseverou Vinícius Marques de Carvalho, no Voto-Vista no caso ABRINQ:

O que se alega, no entanto, é que houve influência à adoção de conduta uniforme. Se a conduta é uniforme, conforme reiterado entendimento desse Conselho, o ilícito é por objeto, ou seja, não é preciso nem que efetivamente se consiga a divisão de mercado, nem que haja dano ao consumidor, nem mesmo que qualquer das empresas concorde com a adoção da prática, são suficientes o objetivo e a capacidade de que o efeito se concretize potencialmente. Em outras palavras, no caso de ilícito por objeto, não só a verificação de efeitos é dispensável, sendo suficiente a potencialidade em produzi-los, como a intenção da parte ao praticar a conduta é irrelevante.²¹⁶

Para o Conselheiro, Gilvandro Araújo, ao mencionar a aplicação da ilicitude pelo objeto, ao analisar uma conduta realizada por uma entidade de classe, afirmou que

[a] presunção legal de irrazoabilidade funciona como um mecanismo de desoneração da Administração Pública na tutela de direitos constitucionais de extrema importância. Além disso, serve à consolidação da experiência institucional da autoridade na investigação e punição de infrações concorrenciais, especialmente em razão da reconhecida – tanto histórica quanto jurisprudencialmente – inevitabilidade de consequências deletérias de determinadas práticas.²¹⁷

Indo além, o Conselheiro Gilvandro Araújo elencou precedentes judiciais para justificar a legitimidade da ilicitude pelo objeto:

A tipificação de ilícitos pelo próprio objeto inclusive já teve sua constitucionalidade analisada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento de medida cautelar no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1094-8, de relatoria do Ministro Carlos Velloso:

“Abrindo o debate, esclareça-se que a ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do artigo 170 da CF. Um desses princípios, por isso mesmo, viga mestre da defesa econômica, é o da livre concorrência. Quer dizer, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição. Bem por isso, essa mesma Constituição, no § 4º do art. 173, dispõe que “a lei reprimira o abuso do poder econômico que visa à

²¹⁵ Voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44 julgado em 30.01.2013.

²¹⁶ Processo Administrativo nº 08012.009462/2006-69. Representante: Mattel do Brasil Ltda. Representados: ABRINQ – Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos e Synésio Batista da Costa. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Voto-vista: Presidente Vinicius Marques de Carvalho. Julgado em 29 de junho de 2015.

²¹⁷ Processo Administrativo nº 08012.000643/2010-14. Representante: SDE ex officio. Representados: Conselho Federal de Contabilidade – CFC. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Decisão em 10 de junho de 2015.

dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Posta assim a questão, não me parece, pelo menos ao primeiro exame, que seria atentatório à Constituição estabelecer a lei que, independentemente de culpa, seriam consideradas infrações da ordem econômica os atos que tenham por objetivo produzir os efeitos enumerados nos incisos I a IV do art. 20, dado que tais objetivos prejudicam a livre concorrência ou livre iniciativa”. (STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1094-8. Julgado em 21/09/1995)”²¹⁸

O também Conselheiro Paulo Burnier também adotou a doutrina em caso de cartel clássico (*hard core*):

O presente caso enquadra-se na suposta hipótese do ilícito pelo objeto, uma vez que se trata de cartel clássico, também conhecido como *hard core*, por causa da sua gravidade. Esse tipo de cartel se caracteriza pela estruturação institucionalizada e permanente, que visa à manutenção e à durabilidade do acordo por meio de mecanismos de controle e coordenação entre os participantes. Dessa forma, para efeitos de condenação, seria necessária a comprovação do suposto cartel denunciado pelos meios de prova elencados na instrução processual, isto é, pelos áudios, pelos documentos encontrados na inspeção e pelas oitivas e declarações constantes na prova testemunhal.²¹⁹

E o tema tem sido abordado recorrentemente, principalmente em processos relatados pelo ex-Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, atual Superintendente-Geral do CADE:

Na regra per se tal presunção é absoluta, significa dizer, não admite prova em contrário. Não à toa os magistrados daquela jurisdição já afirmaram ser impertinente discutir em casos de cartel tópicos como poder de mercado, potencial de causar danos, regra de minimis, eficiências e até mesmo se houve ou não atos de exteriorização do conteúdo do acordo. A única discussão possível é acerca da existência ou não do acordo com fim diretamente anticompetitivos (*naked*), sendo presumidos os efeitos deletérios a partir simplesmente desta conduta. Do ponto de vista estritamente jurídico cuida-se de uma infração puramente formal, categoria que no direito penal seria classificada como crime de perigo abstrato.²²⁰

Cordeiro ainda afirmou, em Voto condenatório em 2016 acompanhado com os pares do Plenário no caso cargas e contêineres no Porto de Santos, que

[a] presunção nas infrações pelo objeto decorre do fato de que, a princípio, já sabemos de antemão que os efeitos são lesivos à sociedade, tendo em vista as restrições à concorrência e suas consequências negativas, desprovidas de eficiências compensatórias. Dessa forma, basta a comprovação da sua ocorrência para a condenação, liberando a autoridade concorrencial de fazer uma análise econômica

²¹⁸ Processo Administrativo nº 08012.008847/2006-17. Representante: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Representados: Alex Oliveira Bourguignon e outros. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Voto-vogal: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Voto de 20/05/2015.

²¹⁹ Processo Administrativo 08012.001600/2006-61. Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF. Representados: Sinto Brasil Produtos Ltda. (SINTO) e outras. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto de 17/03/2016.

²²⁰ Processo Administrativo 08012.000030/2011-50. Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Representados: Scar Rio Peças e Serviços Ltda. e outros. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Voto de 14/12/2015.

mais aprofundada, visto que desnecessária. Já no caso das condutas pelos efeitos, potenciais ou efetivos, há dúvidas sobre se os efeitos líquidos para a sociedade são positivos ou negativos, de forma que é necessário aprofundar a análise.²²¹

Por fim, em abril de 2017 assim esclareceu a sua percepção no caso HAPVIDA:

a negociação coletiva de pequenos players pode ter o condão de gerar eficiências, e entendo que isso deve ser considerado pela autoridade antitruste, utilizando-se, pois, de uma métrica mais flexível dentro de uma escala de presunção de ilegalidade. Entendo que a persecução administrativa não deve considerar tais casos como ilícito por objeto nem tampouco regra da razão pura, mas sim algo intermediário em uma escala de presunção, aproximando do que os americanos chamam de “quick look”.²²²

Esta pesquisa demonstrou um indício de que a ilicitude pelo objeto está sendo aplicado em várias situações da atuação do Tribunal do Cade, especialmente em caso envolvendo condutas horizontais/colusivas.²²³ Nesses casos, o Cade tem considerado que “de condutas tendentes à coordenação, como cartéis e assemelhadas, dificilmente poderia advir qualquer efeito positivo. Nesse sentido, salvo situações excepcionais, cartel é uma conduta definida pelo seu objeto ilícito, bastando a prova da sua existência”²²⁴.

5. Síntese: o alcance da discricionariedade administrativa no contexto institucional da ilicitude pelo objeto no processo sancionador antitruste

A estabilidade das relações entre os agentes econômicos no mercado pressupõe, na atividade do Cade, não apenas a certeza a respeito da licitude ou ilicitude da prática (ou seja, a existência de normas antitruste, instituições formais), mas também os raciocínios lógicos na subsunção do fato às normas antitruste pelas autoridades. Isto é, a aplicação do direito concorrencial engendra decisões administrativas que não se resumem à mera imposição de

²²¹ Processo nº 08700.001020/2014-26. SINDCON e outros. Rel. Alexandre Cordeiro Macedo. Voto de 11.04.2017.

²²² Processo Administrativo 08012.007011/2006-97. HAPVIDA Assistência Médica Ltda e outros. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data do Voto: 24.04.2017. Os mesmos fundamentos foram utilizados também nos casos Scar Rio Peças e Serviços (Processo Administrativo 08012.000030/2011-50. Rel. Alexandre Cordeiro Macedo. Julgado: 14.12.2015).

²²³ Cf. também os seguintes processos: Processo Administrativo 08012.009645/2008-46. Representantes: CMW Saúde e Tecnologia Importação e Exportação Ltda. Representados: Support Produtos Nutricionais Ltda. e outras. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo; Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26. Interessado(s): Conselho de Autoridade Portuária - Porto de Santos e outros. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Voto: 11/04/2017; Processo Administrativo nº 08012.009885/2009-21. Representante: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) Representados: SAENGE Engenharia de Saneamento e Edificações Ltda. e outras. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Voto: 16/04/2015; Processo Administrativo nº 08012.002874/2004-14 Interessado(s): Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - CIEFAS e outras. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Voto: 03/02/2017.

²²⁴ Anexo da Nota Técnica nº 59/2017/CGAA7/SGA2/SG/Cade no Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12. SDE (ex officio) x AU Optronics e outros. Nota Técnica datada de 14 de julho de 2017.

restrições de direitos. Mais do que uma mera interpretação cujos efeitos se encerram no caso concreto, trata-se de uma sinalização de que, em casos semelhantes, o órgão será capaz de decidir de forma coerente, permitindo o cálculo da governança dos agentes econômicos²²⁵.

Acata-se o conceito de “ordem jurídica” como um quadro normativo que, nas palavras de BANDEIRA DE MELLO, “enseja às pessoas a possibilidade de ser orientarem graças à ciência que, de antemão, lhes é dada sobre o que devem ou o que podem fazer”²²⁶. DI PIETRO, em outra análise, menciona os dois significados para o princípio da segurança jurídica: “o sentido objetivo, que se relaciona com a estabilidade no direito; e o sentido subjetivo, que protege a confiança do administrado nos atos do poder público”²²⁷.

A garantia da segurança jurídica, na forma de previsibilidade e clareza em todo o processo decisório antitruste, é fator essencial para garantir a legitimidade da intervenção do Cade sobre o domínio econômico, contribuindo à estabilidade do ambiente institucional própria ao desenvolvimento nacional. Portanto, entende-se que são necessários instrumentos visando à garantia de segurança nas relações jurídicas, cumprindo aos formuladores das políticas de defesa da concorrência o poder-dever de elaborar técnicas para reduzir as imprevisibilidades na tomada de suas decisões.

A segurança jurídica, portanto, não se resume a uma situação fática, mas também a um “complexo normativo de exigências”²²⁸ relacionadas às normas (formais ou informais) vigentes. A consequência evidente é enunciada por FORGIONI: “quanto maior o grau de segurança e previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo das relações econômicas”.²²⁹ Além disso, a garantia da segurança jurídica no ambiente institucional da atividade da autoridade demanda “o imperativo de formulação clara e precisa da normas jurídicas; a conservação da situações jurídicas constituídas; o carácter estrito das condições de retroactividade e de alteração das situações estabelecidas; e a exclusão da eficácia retroactiva das normas”.²³⁰

²²⁵ Cf. BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 267.

²²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O direito e a segurança jurídica. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.11.

²²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p.14.

²²⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da "segurança" nacional à "insegurança" jurisdicional: uma reflexão sobre segurança jurídica. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014, p.115.

²²⁹ *Teoria Geral do Contratos Empresariais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.75.

²³⁰ FREIRE, Paula Vaz. Direito Administrativo da Concorrência. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coords.). *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2009, p.480.

De fato, entende-se que um dos papéis do CADE é criar um ambiente institucional fundado em sólidas bases de segurança jurídica e previsibilidade. No caso da noção da ilicitude pelo objeto, um dos grandes desafios será modular as condutas apresentadas para, no longo prazo, garantir um regime geral de presunções que trará mais garantias ao Conselho, na medida de garantir a confirmação de suas decisões.²³¹

Em suma, os poderes conferidos ao CADE para realizar atos administrativos na forma de jurisprudência administrativa não abarcam a hipótese de uma estabilidade institucional a qualquer custo. Isso porque há previsão do dever de implementação de medidas educativas, algo que não encontra paralelo na atividade jurisdicional do Poder Judiciário. Não obstante, a estabilidade institucional é um dos fatores a ser considerado na promoção da defesa da concorrência, seja por meio da função repressiva do CADE, seja em suas medidas de conscientização/*advocacy*. Porém, esse fator deve ser considerado no amplo contexto da relação entre os objetivos e fins da Administração Pública.

Ainda nesta seara sancionadora do CADE, restaria saber se havia alguma indicação de reprovação jurídico-administrativo na experiência do órgão. A indagação foi respondida, por exemplo, no voto do ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no caso SKF (analisado supra), que ressaltou que se tratava da primeira condenação sobre a fixação de preços de revenda.

Uma crítica possível, ainda que pouco fundamentada, seria de que nenhuma multa poderia ser aplicada para agentes cujo comportamento não tenha sido analisado pelo CADE. Seria uma noção simplória e errática, considerando que não se está avaliando o mérito da sanção aplicada, mas sim os possíveis impactos sobre o contexto institucional sobre a conduta. Uma hipótese distinta seria no caso de um comportamento dúbio em seus efeitos, mas sem uma presunção de ilicitude pelo seu próprio objeto.²³²

A importância da compreensão *ex ante* sobre a reprovação administrativa é um dos fundamentos da segurança jurídica. Não se fala propriamente em colisão de normas, nem

²³¹ Cf. AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014, p.24 ss.

²³² Nesse contexto, as palavras de Burini: “[a] divergência crônica pode ser interpretada como reflexo positivo de discussão dinâmica e desenvolvimento da ciência jurídica, inerente à atividade hermenêutica e à liberdade funcional dos julgadores. Mas pode também ser fator de insegurança jurídica porque não estabelece elementos seguros e velozes para refutar pedidos improcedentes fundados em teses repetitivas, não permite o cálculo do movimento dos agentes de mercado (e demais consumidores de justiça) para anteciper o sucesso ou fracasso de uma tese ou pretensão, contraria a tendência de racionalização dos provimentos jurisdicionais e preceitos de tempestividade, celeridade e efetividade da tutela jurisdicional.” (BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, USP, São Paulo, 2010, p. 268)

sopesamento de princípios²³³. O que se conclui é que as particularidades de cada uma dessas regras e princípios configuram um conjunto de probabilidades que devem ser não contrabalanceadas – considerando que sua vigência é mantida em sua inteireza –, mas *dosadas* diante do caso prático.

A possibilidade para implicar determinada sanção antitruste passará em primeiro lugar, logicamente, pela legalidade, considerando competência e substância material – evidentes nesse bloco normativo preliminar. Uma vez passada a trava da legalidade, essa conclusão deve ser analisada também diante dos demais blocos normativos que podem, pelo menos, tangenciar o produto da análise primeira. Esse processo pode ser exemplificado pelo mesmo ato administrativo referente à tomada de decisão de infligir uma sanção pela Administração Pública. Ainda que esteja o primeiro bloco normativo dentro dos ditames legais, isto é, presente uma preliminar de legalidade, essa conclusão deverá ser confrontada pelos novos blocos normativos – por exemplo, valores a serem conferidos (ou não), tais como a necessidade, razoabilidade e proporção, no caso de atos discricionários. Esse segundo bloco normativo será bastante para verificar a existência de legalidade no ato praticado.

Na visão do administrador público, esse processo será fundamental na tomada de decisão. Já pela perspectiva do administrado, há uma necessidade de tomar ciência prévia sobre a legalidade (ou não) de condutas que podem gerar obrigações negativas contra si, isto é, os limites da zona cinzenta das condutas que podem gerar visões diferentes diante de competências distintas. No caso da alteração de interpretações administrativas no direito administrativo sancionador antitruste, entende-se que essa ciência prévia engendrará o dever de desconstruir as bases anteriores antes (ou durante) do processo de mudança.

Por fim, não há tensões entre o dever de motivação e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Como demonstram MARRARA e NOHARA, “[a] razoabilidade analisa basicamente o equilíbrio entre meios e fins, especialmente no tocante à adequação dos meios tendo em vista a aptidão para atingirem determinadas finalidades”²³⁴. Portanto, uma sanção

²³³ Nesse sentido, “[t]ratando-se de regra, a ponderação entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica já foi feita pelo legislador, competindo ao aplicador apenas verificar se os pressupostos que integram o preceito estão, ou não, concretamente verificados.” (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set./2004, p. 314.)

²³⁴ MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p.52. E adicionam: “O grau de utilização do juízo de razoabilidade dos atos estatais e condizente com o clima democrático presente nas instituições no geral, por isso, a regra de proporcionalidade é

administrativa poderá ser anulável (pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário) caso haja outra medida, menos gravosa, para atingir os objetivos da atividade própria ao administrador(a) público(a).

6. Conclusões

Neste artigo foi promovida uma comparação entre os *standards* interpretativos no antitruste estadunidense e europeu visando a delimitar o alcance do ilícito antitruste na realidade do SBDC. Verificou-se que não há um quadro *ex ante* sobre práticas anticompetitivas absolutas no Brasil, à exceção dos precedentes administrativos engendrados pelo Cade na função “judicante” do Tribunal – uma atividade válida como orientações para casos semelhantes, mas possivelmente problemática em virtude por ser tratar de uma vinculação relativa.

A teoria da ilicitude pelo objeto, entendida como um *standard* interpretativo capaz de inverter o ônus probatório ao Administrado, não se confunde com a *regra per se* – que pode ser entendida como a ilicitude por sua própria essência. Assim, afasta-se a alegação de “condenação sem efeitos” no caso de condutas ilícitas pelo objeto, já que teria sido a própria empresa condenada que não foi capaz de demonstrar que o objeto da prática era dotado de uma racionalidade econômica lícita. Portanto, concorda-se com a perspectiva de que a ilicitude pelo objeto é uma espécie do gênero “regra da razão”, com legitimidade oriunda nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/2011.

Não obstante, os casos examinados neste trabalho indicam uma aplicação do *standard* da ilicitude pelo objeto pelo Cade distinta daquela que até então era aplicada pelo órgão acerca dos padrões analíticos sobre condutas anticompetitivas. Isso leva a uma indagação final: afinal, a função repressiva precede a educativa ou é o contrário?

Na ausência de uma jurisprudência consolidada, bem como de mecanismos de proteção ao ambiente institucional, entende-se que a opção de reprimir antes de educar pode ser configurada como ilegítima por quebra de confiança – um dos pilares do princípio da segurança jurídica. Isto é, acredita-se que medidas abruptas podem ser substituídas por uma ponderação prévia e institucionalizada sobre determinadas condutas potencialmente anticompetitivas e seus respectivos standards interpretativos.

Com efeito, a aproximação da autoridade à sociedade civil e demais órgãos correlatos à competência do Cade são passos necessários para a democratização do antitruste. A

associada na Alemanha e em Portugal como uma cláusula pressuposta no Estado Democrático de Direito”. (Idem, p.53)

regulamentação do instituto da Consulta²³⁵, por exemplo, é um exemplo de que há um domínio para uma função preventiva além do controle de estruturas de mercado. E numa análise sistêmica da defesa da concorrência, o Cade é competente para **balizar a regra da razão no Brasil, da mesma forma que também é atribuição do Poder Judiciário cancelar as políticas formuladas pelo órgão antitruste – além de** demarcar os limites da discricionariedade da autarquia. Por isso, entende-se que o alcance da aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto se confunde com os alcances e limites da discricionariedade do Tribunal do Cade no processo administrativo sancionador. Acredita-se que é nessa harmonia de poderes e funções que se atingirá o horizonte de estabilidade e segurança jurídica no ambiente institucional da defesa da concorrência no tema.

7. Referências Bibliográficas

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

ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.

AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O direito e a segurança jurídica. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BESCHLE, Donald L. What, Never? Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per se Antitrust Illegality. *Hastings Law Journal*, v.38, 1987.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

²³⁵ Cf. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. In: As condutas unilaterais e o mecanismos das consultas administrativas ao Cade. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p.346-358.

BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CARVALHO, Vinicius Marques de. A política da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

_____; SILVEIRA, Paulo Burnier da; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Vertical restraints: a look ahead. In: CARVALHO, Vinicius Marques. *Defesa da Concorrência: estudos votos*. São Paulo: Singular, 2015.

COLINO, Sandra Marco. *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes*. Portland: Hart Publishing, 2010.

COMISSÃO Europeia. *Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52014XC0830(01))>. Acesso: 05.09.2015.).

_____. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE (antigo n.º 3 do artigo 81.º do TCE)*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l26114>>. Acesso: 05.09.2015.).

CORDOVIL, Leonor. Comentários ao Título V – Das infrações da ordem econômica. In: CORDOVIL, Leonor [et al.]. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set./2004.

DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da "segurança" nacional à "insegurança" jurisdicional: uma reflexão sobre segurança jurídica. In: _____. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Teoria Geral do Contratos Empresariais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREIRE, Paula Vaz. Direito Administrativo da Concorrência. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coords.). *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2009.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2.ed. São Paulo: Singular, 2016.

HOVENKAMP, Herbert. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. In: PITOFISKY, Robert (org). *How the Chicago School Overshot the Mark*. New York: Oxford University Press, 2008.

KHAN, Lina; Vaheesan; SANDEEP. Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents. *Harvard Law & Policy Review*, vol. 11, 2017

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n.1, 2000.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

NAGY, Csongor István. The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis? *World Competition*, vol. 36, n. 4, 2013.

NORTH, Douglass. Desempenho econômico através do tempo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.255, set-dez. 2010.

ODUDU, Okeoghene. Restrictions of Competition by Object: what's the beef? *Competition Law Journal*, v.9, n.1, 2009.

PEEPERKORN, Luc. Defining “by object” restrictions. *Concurrences* n. 3, 2015.

PITOFISKY, Robert. Why Dr. Miles Was Right. *AEI Journal On Government And Society*, jan-fev, 1984.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

SOKOL, Daniel. The transformation of vertical restraints: per se illegality, the rule of reason, and per se legality. *Antitrust Law Journal*, n.3, 2014.

TAUFICK, Roberto Domingos. *A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. In: As condutas unilaterais e o mecanismos das consultas administrativas ao Cade. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra per se

Flávia Chiquito dos Santos²³⁶

RESUMO

O presente artigo apresenta as inconsistências nas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), as lacunas da Lei e a literatura sobre a definição de condutas de cartel e sobre a interpretação do formato da norma atinente a cartéis, expondo o dilema da regra *per se*. Quando se está diante de um CADE premiado internacionalmente pela sua política de combate aos cartéis, soa, no limite, ingênuo pensar na necessidade de clareza na definição dessa conduta. Entretanto, justamente em razão de a autoridade antitruste brasileira estar se sedimentando como uma instituição cada vez mais forte, detentora do controle de decisões relevantes para a sociedade, é imprescindível que se atenha a questões aparentemente simples, como a definição dessa conduta, para tornar essa política mais consistente e sua jurisprudência mais ordenada e transparente, alinhada às melhores práticas internacionais, posicionando o CADE como agência bem estruturada material, procedimental e institucionalmente.

Palavras-chave: Cartel. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Antitruste. Concorrência. Jurisprudência. Regra *per se*.

ABSTRACT

This paper presents inconsistencies in the decision of the Administrative Council of Economic Defense (Brazilian Antitrust Agency named as CADE), the gaps of the Law and the literature regarding the definition of cartel and the understanding of the form of the law related to cartels, exposing the dilemma of *per se* rule. When facing an internationally awarded institute such as CADE, with its fighting cartel policy, it is at least ingenuous to think in the necessity of clarity in the definition of cartel. However, precisely due to the reason that the Brazilian Antitrust Authority has been consolidating as an increasingly important institution, holding the control of decisions that are relevant to Society, it is indispensable that CADE pay attention to questions that are seemingly simple, as the definition of such conduct, seeking to make this policy more consistent and its case law more organized and transparent, aligned to the best international practices, putting CADE as structured Agency materially, procedurally and institutionally.

Keywords: Cartel. Administrative Council of Economic Defense (CADE). Antitrust. Competition. Case law. *Per se* rule.

²³⁶ Advogada especialista em Direito da Concorrência e Antitruste. Associada Sênior no escritório Lino Beraldi Belluzzo e Caminati Advogados. Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (2014). Foi estudante de pesquisa visitante na King's College London (2013) e Assessora do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (2006-2007).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A conduta que constitui o cartel: clareza em sua classificação; 3. Interpretação do formato da norma atinente a cartéis: o dilema da regra per se; 4. Considerações finais; 5. Referências.

“Chega-se à pseudo-ordem quando se busca a ordem; só se consegue alguma ordem e controle quando se aceita a aleatoriedade.”²³⁷

1. Introdução

Há motivos a serem comemorados nesses cinco anos de vigência da Lei n. 12.529/2011 e nos mais de vinte anos²³⁸ que a defesa da concorrência passou a tomar corpo no país como política pública estruturada e perene sob o ponto de vista jurídico e institucional.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) se constituiu e capacitou para acompanhar os movimentos estruturais (atos de concentração) e comportamentais (condutas anticompetitivas) do capitalismo brasileiro, e vem se sedimentando como uma instituição cada vez mais forte, técnica e independente, detentora do controle de decisões relevantes para a sociedade, envolvendo os principais atores econômicos inseridos na dinâmica do mercado. Não há como discordar do evidente processo de aprendizagem, amadurecimento e reconhecimento nacional e internacional do CADE como instituição concorrencial judicante brasileira. Especialmente quanto ao combate a cartéis, verifica-se um aprimoramento que coloca o Brasil em posição cada vez mais próxima das jurisdições desenvolvidas.

Recentemente, o país tem vivido experiências jurídicas e políticas nunca antes experimentadas. Em meio a diversos escândalos de corrupção, crimes e infrações à ordem econômica cometidas pelo alto escalão de empresas e pela alta cúpula do governo, as instituições, especialmente as autoridades judicantes, estão se deparando com desafios inéditos na aplicação das normas. Certamente, o aprendizado coletivo dos aplicadores do direito envolvidos diretamente nas investigações desses casos é imensurável. Fala-se em aprendizado coletivo em razão da rede de interlocução de diversas esferas jurídicas (civil, administrativa e criminal) envolvidas em tais investigações.

²³⁷ TALEB, Nassim Nicholas. Antifrágil: coisas que se beneficiam com o caos. Tradução Eduardo Rieche. 4ª edição, Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

²³⁸ Em 1994, foi promulgada a Lei n. 8.884, a qual sistematizou a matéria antitruste, de forma a aperfeiçoar o seu tratamento legislativo. Com esta Lei, consolidou-se a prevenção e a repressão ao abuso de poder econômico. O CADE se tornou autarquia federal e foi implementado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE). Em 1994, o Brasil passou a aplicar, de fato, uma legislação de defesa da concorrência — a qual era existente há décadas, do ponto de vista formal.

Nesse cenário, o CADE não escapou de enfrentar desafios inéditos no Brasil, ao exercer seu papel como órgão competente para reprimir as infrações contra a ordem econômica decorrentes das condutas de cartéis investigadas no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”,²³⁹ iniciada em meados de 2014. A autoridade concorrencial brasileira se beneficiou dessa situação inédita, perante a volatilidade de tamanhos desafios, riscos e incertezas. Acredita-se que há um marco sobre os programas de leniência do CADE celebrados antes e após a Operação Lava Jato. As autoridades do CADE responsáveis por esses programas avançaram no formato das negociações dos acordos de leniência de tal modo que, atualmente, eles vêm servindo de modelo para outras esferas jurídicas — por exemplo, no âmbito da aplicação da Lei n. 12.846/2013 —, tal o seu rigor. Além disso, o CADE manteve interlocução e cooperação com a “Força Tarefa” do Ministério Público, instituída exclusivamente para atuar no âmbito da Operação Lava Jato, possibilitando uma troca de experiências entre diferentes esferas jurídicas.

Diante desses avanços e da curva de aprendizado institucional, há sempre espaço para o aprimoramento, dada a dinâmica da sociedade, os riscos e a aleatoriedade dos acontecimentos, impossíveis de serem previstos — a operação Lava Jato é um exemplo contemporâneo de aleatoriedade de acontecimentos.

Nas palavras de Taleb, defensor da antifragilidade,²⁴⁰ “O resiliente resiste a impactos e permanece o mesmo; o antifrágil fica melhor”. Portanto, segundo ele, é mais fácil descobrir se algo é frágil do que prever a ocorrência de um evento capaz de prejudicá-lo, pois a fragilidade pode ser mensurada e o risco não. Nesses termos, as autoridades devem se estruturar de modo ininterrupto, consolidado e com legitimidade, para serem antifrágéis, já que sobre a aleatoriedade não se detêm controle.

Em interessante pesquisa empírica realizada em Chicago, Tyler²⁴¹ investigou os fatores

²³⁹ A Operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia. Detalhes do caso em: BRASIL. Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

²⁴⁰ TALEB, Nassim Nicholas. Op. cit. O autor proclama a incerteza como algo desejável – e até necessário –, e propõe que construamos mais instituições de maneira antifrágil. O antifrágil está além do que é resiliente e robusto, pois este enfrenta choques e se mantém da mesma forma, enquanto aquele fica cada vez melhor. Além disso, o antifrágil é imune a erros previsíveis e é protegido em relação a eventos prejudiciais.

²⁴¹ TYLER, T. R. *Why People Obey the Law*. New Jersey, USA: Princeton University Press, 2006. Este livro imprimiu os resultados de um estudo de experiências, atitudes e comportamentos de uma amostra aleatória de cidadãos de Chicago com relação ao cumprimento da lei, seja por questões de moralidade, seja por questão da aplicação da lei pelas autoridades. Na primavera de 1984 foram feitas entrevistas, por telefone, por cerca de 25 minutos cada, com 1.575 entrevistados. Um subconjunto selecionado aleatoriamente, de 804 entrevistados, foi reentrevistado um ano mais tarde. Duas abordagens foram utilizadas para medir os efeitos desse estudo: (1) estudar uma amostra aleatória da população em geral, identificado por meio de algum processo de seleção aleatório; ou (2) estudar pessoas identificadas que tiveram experiências com a polícia ou tribunais, por meio de registros

que levam as pessoas a cumprirem a lei. Esse estudo sugere que a moralidade pessoal dos indivíduos e a legitimidade das autoridades perante os cidadãos têm um papel importante no cumprimento da lei. Nesse caso, a obediência à lei tem uma abordagem psicológica, relacionada à percepção do indivíduo de que a lei é justa (com base na sua moralidade pessoal), e relacionada também com o papel exercido pela autoridade, isto é: é preciso que esta tenha legitimidade para aplicar a lei e seja capaz de influenciar o comportamento da sociedade.

Assim, de acordo com as conclusões do estudo de Tyler, a justiça procedimental tem um papel importante para que as autoridades alcancem a legitimidade — principalmente autoridades judicantes tomadoras de decisão. Sob o ponto de vista dos cidadãos entrevistados no âmbito da pesquisa mencionada, a justiça procedimental é mais importante do que resultados justos isoladamente, pois os indivíduos precisam acreditar que suas visões e defesas estão sendo consideradas em uma decisão, trazendo segurança jurídica. Além disso, tais cidadãos acreditam que autoridades que aplicam processos justos provavelmente emitirão decisões justas, influenciando, assim, diretamente no comportamento da sociedade.

Diante disso, o cumprimento efetivo da lei ou da política pela sociedade, que se traduz na dissuasão dessa lei ou política, depende da evolução de duas vias: (i) a via das autoridades, que devem conquistar legitimidade perante a sociedade; e (ii) a via da sociedade, a qual tem de acreditar que a lei é justa para se sentir convencida de que deve ser cumprida. Note-se que essas vias estão intimamente conectadas, havendo umnexo causal entre elas, pois a evolução de uma se relaciona diretamente com a evolução da outra, ou melhor, o grau de legitimidade das autoridades se relaciona com o grau de cumprimento da lei pela sociedade, que, em conjunto, resulta no grau de capacidade de uma lei ou política influenciar e desencorajar o comportamento da sociedade (i.e., seu caráter dissuasório).

Especificamente em relação aos cartéis, as leis e políticas dirigidas ao combate desta conduta são relativamente recentes, estando em fase de desenvolvimento. Nos anos 1990, verificou-se a repressão a cartéis em âmbito internacional.²⁴² No Brasil, esta política se intensificou a partir de 2003,²⁴³ quando as autoridades começaram a dar prioridade ao combate

disponíveis no tribunal ou na polícia ou por meio de entrevistas nas delegacias de polícia, tribunais ou presídios.

²⁴² De 1943 a 1949, o Departamento de Justiça (DOJ) dos Estados Unidos processou dezenas de cartéis internacionais e condenou quase todos como infrações criminais. De 1950 a 1995, embora o DOJ tenha descoberto poucos casos envolvendo cartéis internacionais, o que explica os poucos casos levados a julgamento, verificou-se que estes resultaram em perdas vultosas. Cf. CONNOR, John M. *Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels*. *Journal of Industry, Competition and Trade*. Kluwer Academic Publishers, v. 4, n. 3, p. 239-267, 2004.

²⁴³ O fato de o primeiro acordo de leniência ter sido firmado em 2003, no âmbito do “Cartel dos Vigilantes” (Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10) pode ser a razão deste ano ser considerado o marco de uma

a cartéis, passando a utilizar ferramentas sofisticadas de investigação — com a cooperação do Ministério Público e da Polícia Federal —, tais como: a realização de busca e apreensão, interceptação telefônica e a celebração de acordos de leniência. Portanto, ainda que a política de combate a cartéis esteja em fase de desenvolvimento, nota-se que o estágio atual das referidas “vias” — i.e., via das autoridades de defesa da concorrência e via da sociedade — é, relativamente, de ascensão.

Quanto à ascensão da via das autoridades de defesa da concorrência, estas construíram algumas frentes de trabalho, com vistas a aperfeiçoar a política de combate a cartéis, quais sejam: (i) as iniciativas de caráter educativo;²⁴⁴ (ii) a evolução dos mecanismos de investigação propriamente ditos, ou seja, mecanismos de descoberta e obtenção de provas dos cartéis para fins de condenação;²⁴⁵ e (iii) as parcerias com outras esferas jurídico-administrativas.²⁴⁶

Em relação à ascensão da sociedade, esta está cada vez mais ciente dos danos e consequências da prática de cartel como um ilícito concorrencial condenável — antes eram recorrentes alegações de desconhecimento da lei e desinteresse sobre a nocividade e necessidade de punição dessa prática pelos cidadãos e potenciais infratores.²⁴⁷ Outro sinal de que a sociedade está cada vez mais consciente e preocupada com o cometimento de infrações concorrenciais é a importância que o mundo empresarial vem dando à adoção de programas de *compliance*, os quais funcionam como relevantes ferramentas para prevenção de ilícitos

política mais sofisticada de repressão a cartéis no Brasil. Antes disso, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tinha como foco o controle de concentrações e poucas condutas de cartel haviam sido condenadas nesse período prévio.

²⁴⁴ A extinta SDE e o CADE publicaram diversas cartilhas, com informações didáticas sobre a prática de cartel e seus reflexos para sociedade e para os consumidores, bem como sobre o funcionamento da política de combate a cartéis. Além disso, em 2008 foi editado o Decreto Presidencial, estabelecendo o dia 8 de outubro (data em que foi firmado o primeiro acordo de leniência no Brasil) como o “Dia Nacional do Combate a Cartéis”.

²⁴⁵ Por meio da Portaria do Ministério da Justiça n. 1.077, de 30 de maio de 2007, foi outorgada à Coordenação Geral de Análise de Infrações no setor de Compras Públicas pertencente à extinta SDE, a incumbência de promover investigações de cartéis em licitações, fortalecendo parcerias com órgãos da Administração envolvidos em tais investigações. Referida portaria destacou que o dano estimado ao erário público causado por cartéis no setor de compras públicas é da ordem de 25 a 40 bilhões de reais por ano. Recentemente, a Superintendência-Geral do CADE vem utilizando um software denominado “Cérebro”, o qual usa diversos algoritmos para cruzar dados e auxiliar nas investigações envolvendo possíveis condutas anticompetitivas no setor de compras públicas. Principalmente, o programa de leniência e os acordos em casos de cartel (TCC’s) são instrumentos relevantes para descoberta e obtenção de provas pelas autoridades.

²⁴⁶ Em 2009, criou-se a Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (ENACC), prevendo a constituição de uma vasta rede de cooperação entre diversos órgãos estatais para a efetivação da política de combate a cartéis. A rede é formada por autoridades de persecução administrativa, civil e criminal. O Ministério Público do Estado de São Paulo criou uma unidade especializada na investigação de cartel denominada GEDEC (Grupo Especial de Delitos Econômicos). O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro também criou um grupo de trabalho denominado por DACAR (Divisão Anticartel e de Defesa da Ordem Econômica).

²⁴⁷ Cf. Voto do Conselheiro Relator e demais Conselheiros, no âmbito do Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48 (primeira prática de cartel julgada pelo CADE), em que mencionam as alegações das representadas no sentido de que estas não tinham conhecimento da lei de defesa da concorrência. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em 26 nov. 2013.

anticompetitivos.

Além disso, o número crescente de acordos de leniência e acordos em cartel (no Brasil, os TCCs), firmados entre as autoridades e os infratores, é, no limite, um indício do caráter dissuasório da repressão a cartéis pelas autoridades, já que o medo da punição acaba encorajando a delação da infração em troca de imunidade ou redução da pena. Há estudos no sentido de que a introdução do acordo de leniência resultou em aumento do número de cartéis descobertos.²⁴⁸ Em relação aos TCCs, além de serem uma forma eficiente de encerrar as investigações, evitando custos processuais, servem como meio de os signatários cooperarem com as autoridades, trazendo mais informações sobre o funcionamento do cartel, o que acaba por refletir na avaliação sobre a certeza da punição e sobre os elementos a fundamentar a quantificação da pena.

Todas essas providências tomadas pelas autoridades concorrenciais brasileiras a partir de 2003 contribuíram para a evolução da política de combate a cartéis, principalmente pelo fato de que as autoridades passaram a ter maiores facilidades para descoberta e obtenção de provas dos cartéis, o que resulta em mais elementos para condenação e aplicação de penas. Diante disso, verifica-se uma nítida elevação dos percentuais e montantes de penas aplicados às condutas anticompetitivas pelo CADE.²⁴⁹ Isso não impede que certas inconsistências que mesmo o mais atento observador tem dificuldades de capturar sejam produzidas, ainda que de forma inconsciente, com o passar do tempo.

Nesses termos, há questões a serem aprimoradas, em busca da consolidação de certos entendimentos que assegurem segurança jurídica aos agentes econômicos, ao mesmo tempo em que garantam que os resultados da ação antitruste sejam, do ponto de vista do bem-estar do consumidor, ao máximo alcançados.

Já discorri sobre algumas ações estruturantes para que as autoridades,²⁵⁰ notadamente a autoridade concorrential judicante, alcancem a legitimidade. Naquela oportunidade, o tema

²⁴⁸ Cf. MILLER, Nathan H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. *American Economic Association Review*, v. 99, n. 3, p. 750-768, 2009. Cf. também: HARRINGTON JUNIOR, Joseph E. Behavioral Screening and the Detection of Cartels. *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford, UK: Hart, 2007. Disponível em: <<http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Florence.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

²⁴⁹ No fim da década de 1990, era comum a aplicação de multas mínimas (1% do faturamento da empresa); em 2005, as multas alcançaram percentuais de 15% no Cartel das Britas; em 2008, no Cartel da Areia, chegaram a 22,5%; e, em 2010, a 50% no Cartel dos Gases Industriais (o fator reincidência duplicou o percentual de 25%). Atualmente, a jurisprudência vem adotando, de modo recorrente, o percentual em torno de 15% para condenação de casos de cartel.

²⁵⁰ SANTOS, Flávia Chiquito dos. *Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 136 et seq.

abordado se referia à aplicação de penas na repressão a cartéis e seus efeitos dissuasórios. Partindo dos estudos a seguir apresentados, foi possível verificar que a legitimidade de uma instituição envolve um círculo virtuoso, pautado em pilares relativos à qualidade da norma, à estruturação das instituições responsáveis pela detecção e pelos procedimentos investigativos e à penalização do ilícito concorrencial.

Sob a perspectiva internacional dessa política, Crane²⁵¹ diz que a harmonização internacional do antitruste se baseia em três frentes: *material* — foco deste artigo —, procedimental e institucional. Em última instância, um regime antitruste internacional satisfatório requer certa uniformidade dessas três frentes, embora o desenvolvimento sequencial seja possível.

Buccirossi et al.²⁵² discutiram as propriedades da dissuasão, em um regime de política de concorrência, que vão além das sanções. Identificou-se que, de acordo com os fundamentos da teoria econômica aplicada ao direito, há diversos fatores que são prováveis de afetar o grau de dissuasão: 1) *qualidade da lei*; 2) recursos financeiros e humanos; 3) poderes de investigação; 4) sanções e danos; 5) independência; e 6) separação dos poderes.

Por fim, a Rede Internacional de Concorrência (International Competition Network – ICN)²⁵³ defende que regimes sólidos de combate a cartéis dependem de: (i) *clareza na definição da conduta que constitui o cartel*; (ii) agências bem estruturadas para detectar, investigar e, algumas vezes, processar cartéis; e (iii) um sistema de pena efetivo.

Portanto, além de ser imprescindível que as autoridades disponham de um sistema de detecção, investigação e punição efetivo de combate a cartéis para fins dissuasórios dessa política, os autores mencionados e a ICN estão alinhados em defender a necessidade de clareza e qualidade material da norma que define a conduta que constitui a infração de cartel. É justamente este aspecto que o presente artigo se dedicará: *a clareza na tipificação e interpretação da norma sobre cartéis*.

O título deste artigo é sugestivo ao refletir sobre “quando o simples é sofisticado”. Quando se está diante de um CADE premiado internacionalmente pela sua política de combate aos cartéis, soa, no limite, ingênuo pensar na necessidade de clareza na definição dessa conduta

²⁵¹ CRANE, Daniel A. *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 240.

²⁵² BUCCIROSSI, Paolo et al. *Deterrence in Competition Law. Governance and the Efficiency of Economic Systems (GESY)*. Discussion Paper n. 285. 2009. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/285_1254407400.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2013.

²⁵³ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions: Effective Penalties*. In: ICN WORKING GROUP ON CARTELS. ICN 4th Annual Conference. Bonn, Germany, jun. 2005, p. 1.

— aliás, cartel é um acordo entre concorrentes que, por premissa, é prejudicial ao mercado, nada mais simples.

Entretanto, em pesquisa²⁵⁴ que investigou tal tema, foi possível identificar lacunas, desordem e inconsistência da jurisprudência do CADE quanto à definição de cartéis e quanto à interpretação da norma atinente a essa conduta.²⁵⁵ Essa inconsistência foi notada desde a seleção do conjunto de decisões analisadas naquela pesquisa, pois foi difícil apurar as decisões envolvendo condutas de cartel, em razão das omissões acerca da tipicidade da conduta nas decisões analisadas e, sobretudo quanto à diferenciação dos tipos de cartéis (e.g., cartéis difusos *versus* clássicos).

A definição do cartel sistematizará a análise do caso concreto de modo mais eficiente e, especialmente, auxiliará na quantificação da punição, pois um cartel sofisticado (ou clássico, por exemplo), que tenha contado com mecanismos institucionalizados de monitoramento e retaliação de seus membros, certamente é mais perigoso e traz mais riscos à sociedade do que os cartéis difusos, que não contaram com elevado grau de institucionalidade — sem falar nos fatores estruturais de mercado facilitadores do cumprimento do cartel, que podem auxiliar nessa análise e na distinção de um tipo de conduta em relação à outra.

Notei, também, naquela pesquisa, a ausência de norteamento das decisões do CADE acerca da interpretação do formato da norma envolvendo condutas de cartel (i.e., se o cartel deve ser analisado sob a regra *per se*, sob a regra da razão ou como uma infração pelo objeto). É preciso que o CADE adote uma interpretação satisfatória do formato da norma que regula a infração de cartel, de tal sorte que se atenha a emitir decisões: (i) racionais para a

²⁵⁴ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit.

²⁵⁵ A mencionada pesquisa contou com uma amostra de 39 decisões condenatórias envolvendo condutas de cartel. Referida amostra teve por base 655 atas de julgamento do CADE, envolvendo o período de 1996 a 2015, referentes às sessões ordinárias, extraordinárias e reservadas, disponíveis no sítio eletrônico deste órgão. Diversas variáveis foram testadas, entre elas, questões materiais envolvendo “a definição da conduta de cartel clássico”, bem como “o formato da norma”. A pesquisa não propôs a adoção de uma determinada definição ou de um formato de norma; a análise se restringiu a verificar se o CADE se preocupa com a distinção e/ou definição do tipo de cartel — i.e., se clássico ou difuso — e com o formato da norma — i.e., se aplicou a regra *per se* ou a regra da razão, ou se classificou a infração pelo objeto ou a infração pelos efeitos. Nesta pesquisa lançou-se as seguintes perguntas, como ponto de partida do estudo jurisprudencial: “O CADE se preocupou em distinguir e/ou definir o tipo de cartel, i.e., como clássico ou difuso?” e “O CADE se preocupou em mencionar se o cartel deve ser analisado pela regra *per se*, regra da razão ou classificou a infração pelo objeto ou efeito?”. Os resultados desta análise sugerem uma nítida ausência de sistemática das decisões quanto à caracterização da conduta de cartel. Verifica-se que, das 39 decisões analisadas, apenas 10 decisões definiram e/ou distinguiram a conduta de cartel clássico em relação ao cartel difuso (i.e., cerca de 25%). Quanto ao formato da norma caracterizadora da infração de cartel, nota-se que em apenas 4 decisões das 39 analisadas (i.e., cerca de 10%) o CADE mencionou expressamente a aplicação da regra *per se*, sendo que somente uma decisão adotou a regra da razão. Verifica-se, também, uma tendência nas decisões recentes do CADE sugerindo a caracterização de cartel como infração pelo objeto, i.e. das 39 decisões, 5 classificaram o cartel como ilícito por objeto (12% das decisões).

Administração, em termos de política de combate aos cartéis; (ii) baseadas em variáveis dissuasórias, em termos de punição dos infratores, e que ao mesmo tempo atendam aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade; e (iii) visando à maximização do bem-estar social.

Este artigo não pretende apresentar possíveis definições e critérios de classificação da conduta de cartel e/ou um formato de norma adequado a essa conduta. A intenção é colocar as inconsistências desse tema em pauta e apresentar a literatura disponível para o debate, bem como sinalizar a sua importância às autoridades concorrenciais, para que essas questões sejam refletidas na tomada de decisão e na sistematização da jurisprudência do CADE, sem prejuízo desse tema ser aprofundado em pesquisas futuras, com vistas ao desenvolvimento consistente da política repressiva a condutas daninhas como o cartel e, em última instância, a fim de colocar o CADE em posição efetiva de agência bem estruturada material, procedimental e institucionalmente.

Como o assunto é o “aprimoramento” de um órgão que, como visto, já tem um reconhecimento e uma evolução sólida — portanto, já se encontra em posição de destaque quanto ao combate aos cartéis —, é importante que as autoridades se atenham a questões aparentemente simples, como a definição do cartel, para tornar essa política mais consistente, ordenada e transparente, nos termos das recomendações feitas por Crane, por Buccirosi et al. e pela ICN, não prescindindo de segurança jurídica à sociedade e, conseqüentemente, maior legitimidade à autoridade concorrencial.

2. A conduta que constitui o cartel: clareza em sua classificação

Como exposto, a clareza na definição das condutas de cartel sistematiza a análise do caso concreto e, especialmente, auxilia a quantificar a punição. Nesses termos, vale trazer algumas noções sobre a conduta de cartel, bem como os tipos em que essa conduta se apresenta.

Cartéis²⁵⁶ são definidos como acordos, ajustes, combinações ou manipulações entre

²⁵⁶ No Brasil, a Lei n. 12.529/2011 tipifica a infração de cartel em seu art. 36, § 3º, inciso I, alíneas “a” a “d”. De acordo com esta lei, as infrações à ordem econômica se constituem por agentes que tenham posição dominante, e presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar vinte por cento ou mais do mercado relevante (§ 2º do artigo 36). O Anexo I da Resolução do CADE n. 20, de 09 de junho de 1999, a qual foi revogada parcialmente, define cartéis como sendo “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.”

concorrentes, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção, distribuição e divisão territorial, com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado em relação a bens e serviços, restringindo ou eliminando a concorrência. Em outras palavras, um cartel é, essencialmente, um grupo de vendedores ou compradores de bens ou serviços que, em vez de competirem livremente, unem-se para tentar eliminar a concorrência, visando maximizar seus lucros. O cartel foi reconhecido desde Smith,²⁵⁷ segundo quem: “As pessoas do mesmo ofício raramente se encontram, mesmo para festas e diversão, mas a conversação sempre termina numa conspiração contra o público, ou em alguma maquinação para elevar os preços.”

Há várias classificações possíveis da definição da conduta de cartel: a principais são quanto à forma, à dimensão e à gravidade. Há quem sugira outras classificações, relacionadas à estrutura, às formas de manifestação e ao objeto.²⁵⁸

Há duas *formas de colusão*: a explícita e a tácita. Grosso modo, na primeira, os participantes da prática concertada firmam um acordo explícito, oral ou escrito, sobre variáveis concorrencialmente relevantes, ou seja, há provas diretas do acordo; na segunda, a colusão ocorre de forma não explícita, ou seja, não há provas diretas da colusão, e sua existência é inferida a partir de provas comportamentais indiretas, face à estrutura de um dado mercado.

Conforme terminologias empregadas por Whish e Bailey,²⁵⁹ a “colusão tácita” — ou “paralelismo consciente”, ou “coordenação tácita”, ou “efeitos coordenados” — se refere à coordenação entre o comportamento de empresas sem haver um acordo propriamente dito ou sem ser parte de uma prática concertada. Tal comportamento resultará em vantagens às empresas e em desvantagens aos clientes e, por último, aos consumidores finais. De acordo com os autores mencionados, para os economistas não há diferença entre a colusão tácita ou explícita, desde que estão preocupados, exclusivamente, com os efeitos decorrentes da colusão. Por outro lado, tal distinção é relevante para os advogados, na medida em que dependem da definição da colusão para tipificar a conduta como lícita ou ilícita.

Há um consenso no sentido de que comportamentos paralelos não são ilícitos *per se*, pois é necessária a comprovação de um fator adicional que determine que o paralelismo decorre de um cartel, o denominado “paralelismo *plus*”. A doutrina do paralelismo *plus* já foi

²⁵⁷ SMITH, Adam. Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações. 2. ed., São Paulo: Hemus, 1981, p. 93.

²⁵⁸ RIBAS, Guilherme Favaro. Processo administrativo de investigação de cartel. São Paulo: Singular, 2016, p. 39-44.

²⁵⁹ WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition Policy. 7. ed., Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, p. 562.

mencionada na jurisprudência do CADE.²⁶⁰

Quanto à *dimensão*, os cartéis podem ser limitados ao território nacional ou atuar em mais de uma jurisdição. Martinez²⁶¹ entende que cartéis nacionais tendem a ser formados em países em que “há concentração de poder econômico e em que a economia era até recentemente regulada, com mecanismos governamentais de determinação de preço, volume ou outras variáveis comerciais”.²⁶² Connor²⁶³ define como sendo internacionais aqueles cartéis com participantes de duas ou mais nações, enquanto que os cartéis globais são formados pelo conjunto de dois ou mais participantes dos três continentes mais industrializados. Para o Department of Justice dos Estados Unidos (DOJ), é necessário que (i) pelo menos uma das partes envolvidas não seja nacional; (ii) pelo menos uma das partes envolvidas não esteja situada no país; (iii) a conduta ilícita no país tenha sido praticada fora de seu território; e que, para análise e investigação do caso, (iv) haja cooperação entre as jurisdições.²⁶⁴ No Brasil, a lei antitruste vigente prevê a possibilidade da proibição de cartéis internacionais ao dispor, em seu artigo 2º, sobre o princípio dos efeitos, determinando que a lei será aplicada “às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

Em relação à *gravidade*, os cartéis podem ser difusos (*soft*) ou clássicos (*hard-core*). Cartéis difusos são “aqueles que não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis”.²⁶⁵ Para o ex-conselheiro do CADE Luiz Carlos Delorme Prado, os cartéis difusos envolvem um ato de coordenação da ação entre empresas com o objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente.²⁶⁶ Cartel

²⁶⁰ Cf. Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48; Averiguação Preliminar n. 08012.006844/2000-45.

²⁶¹ MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Criminal. Tese (Doutorado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 18-19. (Esta tese foi lançada em livro: MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013).

²⁶² Martinez indicou como exemplo de cartel nacional o próprio Brasil, pois, segundo ela, “a existência do Conselho Interministerial de Preços – CIP e da Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB criava contexto para trocas de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes, sendo necessárias décadas para superar a cultura então formada” (MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis. Op. cit., p. 19).

²⁶³ CONNOR, John M. Global Antitrust Prosecutions ... Op. cit.

²⁶⁴ ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Antitrust Division. International Competition Policy Advisory Committee: Final Report, 2000. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

²⁶⁵ MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis. Op. cit., p. 16.

²⁶⁶ Cf. voto do conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 5-6, em que distinguiu os cartéis difusos dos cartéis clássicos como sendo “um ato de coordenação da ação entre empresas com o objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preços, muitas vezes em

clássico, por seu turno, refere-se a:

um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes, para fixar preços, fraudar licitações (propostas colusivas), estabelecer restrições na produção ou quotas, ou dividir mercado por meio de alocação de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio.²⁶⁷

Os cartéis clássicos, conforme já dito, são considerados a mais grave infração concorrencial pelas jurisdições com legislações anticompetitivas. O CADE distinguiu os cartéis clássicos pelo elemento de institucionalidade:

[Cartel Clássico ou Integral] é definido como acordo secreto entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento, etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos.²⁶⁸

Martinez entende que a definição adotada pelo CADE no referido caso não é a mais adequada; a autora alinha-se à definição da OCDE e da ICN, considerando duas características para definição de cartéis clássicos²⁶⁹:

função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas.”

²⁶⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Recommendations & Best Practices: Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 1998. Do original: “*an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce.*” A OCDE recomendou também que “a categoria de cartel clássico não inclui acordos, práticas concertadas ou arranjos que (i) são razoavelmente relativos à legalidade da realização de redução de custos ou do aumento produtivo de eficiências; (ii) são excluídos, direta ou indiretamente, da abrangência das próprias leis de um país membro; ou (iii) são autorizados de acordo com essas leis.” Tradução livre do original: “*the hard core cartel category does not include agreements, concerted practices, or arrangements that (i) are reasonably related to the lawful realization of cost-reducing or output-enhancing efficiencies, (ii) are excluded directly or indirectly from the coverage of a Member country’s own laws, or (iii) are authorised in accordance with those laws.*” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Recommendations... Op. cit., p. 3).

²⁶⁸ Cf. Trecho do voto do Conselheiro Relator, Luiz Carlos Delorme Prado, do Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 5 (Cartel das Britas). Esta definição vem sendo adotada pelo CADE, conforme parecer da Superintendência do CADE, no Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96. A despeito de os cartéis clássicos serem secretos e de difícil detecção pelas autoridades, Hovenkamp diz que “Com frequência, cartéis adotam medidas elaboradas para evitar fraudes. Alguns cartéis desenvolvem sofisticadas escriturações, relatórios ou métodos de contabilidade para que cada participante possa verificar o preço e a produção dos outros participantes.”. Do original: “*Often cartels take elaborate measures to prevent cheating. Some cartels have developed sophisticated bookkeeping, reporting or accounting methods so that each member can check the price and output of other members.*” (HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. 3. ed., St. Paul, MN, USA: Thomson/West, 2005, p. 151).

²⁶⁹ A título ilustrativo, cf. definições de cartel clássico, adotadas por algumas jurisdições, conforme apresentadas

(i) a presença de um acordo, explícito ou tácito (i.e., a mera troca de informações comercialmente sensíveis não é suficiente para caracterizar um cartel como clássico); e (ii) que o acordo seja relativo a variáveis comercialmente sensíveis, como preços, quantidade, áreas de atuação/cliente ou participação em licitações. Estando presentes estas características, o acordo é suficientemente grave para justificar a sanção em seu mais alto grau. Cartéis difusos serão basicamente aqueles que não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis.²⁷⁰

Aos olhos de Martinez,²⁷¹ além da diferenciação entre cartéis envolvendo variáveis comercialmente sensíveis (i.e., preço/quantidade e cartéis de alocação de mercado ou grupos de clientes) e entre cartéis quanto à gravidade (difusos ou clássicos), há ainda quatro formas de classificação dos cartéis, a saber: (i) explícitos ou tácitos; (ii) nacionais ou internacionais; (iii) cartéis de compra²⁷² ou de venda; e (iv) cartéis de importação ou de exportação.²⁷³ Além disso, referida autora enfatiza que o cartel em licitação é um tipo específico de cartel de alocação de mercado e tem especial relevância em matéria penal.

Entendo que a classificação quanto à gravidade (i.e., cartel difuso ou clássico) poderia ser tratada de modo distinto das demais classificações sugeridas por Martinez, podendo ser considerada um “tipo principal”, ao passo que os demais tipos poderiam ser tratados como “tipos acessórios” do principal. Isto porque os cartéis clássicos, como um “tipo principal”, por exemplo, podem se enquadrar, cumulativamente, em outros “tipos acessórios”, i.e., podem ser: clássicos e explícitos ou tácitos; clássicos e nacionais ou internacionais; clássicos e de preços ou de alocação de mercados; clássicos e de compra ou de venda; etc.²⁷⁴

Como mencionado, há várias classificações possíveis de serem adotadas quanto à definição da conduta de cartel. Resta a reflexão sobre quais pesos devem ser atribuídos a cada uma dessas classificações e sobre sua aplicação ao caso concreto.

Apesar de a literatura especializada no tema ter se preocupado com as possíveis

pela ICN (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions: Effective Penalties. In: ICN WORKING GROUP ON CARTELS. ICN 4th Annual Conference. Bonn, Germany, jun. 2005, p. 11).

²⁷⁰ MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis. Op. cit., p. 16.

²⁷¹ MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis. Op. cit., p. 16-19.

²⁷² Cf. Sobre cartéis de compra, vide: GOLDBERG, Daniel Krepel. Poder de compra e política antitruste. São Paulo: Singular, 2006.

²⁷³ Cf. Sobre cartéis de exportação, vide: MIURA, Maira Yuriko Rocha. Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira: uma visão de Direito Comercial. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2010. Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The Changing International Status of Export Cartels Exemption. American University International Law Review, v. 20, n. 3; Ross School of Business Paper, n. 897, 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=618201>. Acesso em 10 dez. 2013.

²⁷⁴ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit.

classificações dessa conduta, a lei de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/2011) não prevê tal conduta de forma direta no seu texto, como se verifica, por exemplo, no Código Penal, em que há uma descrição expressa e objetiva sobre um determinado crime²⁷⁵. O que se verifica, de forma expressa, são as premissas de uma conduta de cartel, reunidas no artigo 36, § 3º, inciso I.²⁷⁶ Contudo, há de ser reconhecido que o texto da lei atualmente em vigor é mais claro e sistemático que as previsões da lei anterior (Lei n. 8.884/1994) em relação aos cartéis. Isto porque a lei em vigor reuniu em um único inciso (i.e., inciso I, § 3º, do artigo 36) todas as hipóteses de uma conduta de cartel, enquanto a lei anterior possuía incisos diversos e alternados tratando dessa conduta (artigo 21, I, III, VIII).²⁷⁷

Por sua vez, o Anexo I da Resolução do CADE n. 20/1999, a qual foi revogada parcialmente, define cartéis em geral como sendo:

[...] acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.

Nesse caso, não há, por exemplo, uma distinção entre o cartel difuso e o clássico. Nota-se, portanto, que há lacunas na legislação quanto à definição da conduta de cartel, as quais foram parcialmente supridas pelo entendimento doutrinário sobre o tema e pela jurisprudência do CADE.

Como mencionado, em pesquisa que investigou tal tema,²⁷⁸ identificou-se uma nítida ausência de sistemática e inconsistências das decisões do CADE quanto à caracterização da conduta de cartel. Como dito, essa inconsistência foi notada desde a seleção do conjunto de decisões analisadas naquela pesquisa, pois foi difícil apurar as decisões envolvendo condutas de cartel, em razão das omissões acerca da tipicidade da conduta nas decisões analisadas e,

²⁷⁵ “Homicídio simples
Art. 121. Matar alguém.”

²⁷⁶ Art. 36, § 3º - “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: 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.”

²⁷⁷ “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa.”

²⁷⁸ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit.

sobretudo quanto à diferenciação dos tipos de cartéis (e.g., cartéis difusos *versus* clássicos). Como resultado dessa pesquisa, verificou-se que, das 39 decisões analisadas, apenas 10 decisões definiram e/ou distinguiram a conduta de cartel clássico em relação ao cartel difuso (i.e., cerca de 25%).

Diante disso, ainda que a lei prescindia de uma tipificação objetiva sobre a conduta de cartel, é importante que classificações dessa conduta sejam instituídas pelo CADE, com base na literatura disponível sobre o tema, de tal sorte que a jurisprudência se organize de modo mais consistente e ordenado, com vistas a alcançar a dissuasão desejável de uma política bem-sucedida de combate a cartéis. E, a partir de uma classificação pré-definida, extraíam-se critérios objetivos relacionados ao caso concreto que possam dialogar com a eventual punição da conduta. Meras citações de precedentes sobre a definição de cartel clássico e/ou menções genéricas sobre aspectos gerais do combate a cartéis, sem adentrar ao caso concreto, não são suficientes para preencher as lacunas referentes à tipificação e classificação da conduta.²⁷⁹

Ou seja, a punição deve estar diretamente relacionada com o tipo de cartel praticado, pois, como já mencionado, há tipos de cartel com maior potencial ofensivo ao mercado. Por exemplo, a sanção aplicável a um cartel clássico pode ter variáveis e intensidade (agravantes) diferentes daquela aplicável a um cartel difuso. A possível sanção a ser imposta à conduta classificada como mera troca de informações concorrencialmente sensíveis não pode se equiparar àquela aplicável ao cartel clássico. Aliás, a legislação impõe obrigações específicas aos compromissários de TCCs envolvendo condutas exclusivamente de cartel (e.g., reconhecimento de participação na conduta ou confissão), merecendo, assim, uma definição clara dessa conduta a justificar o cumprimento dessas obrigações.

Com isso, alcançar-se-á uma análise mais sistematizada materialmente, uma jurisprudência mais ordenada, tornando as decisões mais claras, consistentes e justificadas, o que contribuirá, em última instância, para o formato da dosimetria da punição do cartel. Nessa linha, vale lembrar das conclusões da pesquisa de Tyler²⁸⁰ sobre a legitimidade das autoridades, a qual pressupõe que a obediência à lei tem uma abordagem psicológica, relacionada à percepção do indivíduo de que a lei é justa (com base na sua moralidade pessoal), defendendo que a justiça procedimental é mais importante do que resultados justos isoladamente, pois os

²⁷⁹ Recorrentemente o Conselheiros do CADE e a Superintendência-Geral vêm incluindo uma seção em seus votos e pareceres, respectivamente, sobre “aspectos gerais do combate a cartéis”, ocasião em que acabam tratando da definição dessa conduta. Entretanto, o que se nota é que, por se tratar de seção envolvendo “aspectos gerais”, as autoridades acabam reproduzindo um texto padrão, de forma repetida, sem dialogar com as especificidades do caso concreto no que se refere à tipicidade da conduta sob investigação.

²⁸⁰ TYLER, T. R. Op. cit.

indivíduos precisam acreditar que suas visões e defesas estão sendo consideradas em uma decisão. Assim, as autoridades passariam a emitir decisões menos vulneráveis a contestações e revisões — judiciais, por exemplo —, tonando-se, no que for possível, autoridades menos frágeis (ou, nas palavras de Taleb, “antifrágeis”).

3. Interpretação do formato da norma atinente a cartéis: o dilema da regra per se

Buccirossi²⁸¹ entende que as políticas de aplicação das normas (ou seja, o *enforcement* das normas) dependem de um sistema complexo, que envolve muitos elementos, dentre eles: o nível de recursos gastos para detectar possíveis infrações; a combinação de atividades de monitoramento e investigação; o tipo e o nível de sanção para deter e condenar infratores, etc. De acordo com o autor, três tipos de falhas podem afetar um sistema composto por uma norma e seu *enforcement*: (i) excesso ou contenção de dissuasão (do inglês, *over-deterrence/under-deterrence*); (ii) erros tipo I e tipo II (ou falsos positivos e falsos negativos, respectivamente); e (iii) excesso ou contenção de inclusão (do inglês, *over-inclusion/under-inclusion*), a seguir esclarecidas.

A primeira falha se refere à força do *enforcement*, isto é: quando o *enforcement* é demasiadamente forte, desencoraja condutas que são socialmente eficientes (*over-deterrence*); ou, quando o *enforcement* é demasiadamente fraco, não previne condutas que são prejudiciais e socialmente ineficientes (*under-deterrence*).

A segunda falha se refere à qualidade do *enforcement* e/ou do sistema de punição, isto é: quando se considera a possibilidade de um agente ser condenado por infringir uma norma, embora ele não tenha empreendido uma conduta proibida (erro tipo I); ou quando o agente é absolvido ou não investigado, embora tenha cometido uma conduta proibida (erro tipo II).

A terceira falha se refere ao formato da norma, isto é: quando a norma proíbe uma conduta que em algumas circunstâncias é benéfica, isto é, que produz efeitos positivos (*over-inclusion*); ou quando a norma permite condutas alternativas que são prejudiciais (*under-inclusion*).

As falhas referentes à qualidade e ao formato da norma — falhas 2 e 3, respectivamente — podem ser analisadas como coincidentes. Whish e Bailey²⁸² analisaram o erro tipo I (ou falsos positivos), como sendo “*over-inclusive*” e o erro tipo II (ou falsos negativos) como sendo

²⁸¹ BUCCIROSSI, Paolo. The Enforcement of Imperfect Rules, 2010. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/lear_rp_1_10_1283338320.pdf>. Acesso em: 07 set. 2013, p. 5-15.

²⁸² WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit., p. 193.

“*under-inclusive*”.

Decisões de natureza concorrencial, principalmente aquelas envolvendo operações de concentração em geral, estão naturalmente sujeitas a erros tipo I (os falsos positivos; do inglês, *false positives*) ou tipo II (os falsos negativos; do inglês, *false negatives*).²⁸³ Para Carvalho, Martins e Fontana:

[...] quando se analisam condutas anticompetitivas, é possível que os efeitos da prática já tenham ocorrido no mercado, não sendo razoável supor que a análise prognóstica utilizada em atos de concentração seja a mais adequada. Tal questão é conhecida como falácia do celofane.²⁸⁴

Assim, considerando que tais decisões são tomadas sob condições de incerteza²⁸⁵ (muitas vezes baseadas na potencialidade de eventos futuros, que são incertos e contingentes diante da pluralidade de escolhas possíveis para dada finalidade), a discricionariedade das autoridades concorrenciais se torna uma questão de grau, devendo ser ordenada e justificada por meio de regras que possam limitá-la, para que a decisão não seja baseada puramente na vontade do julgador. Daí a necessidade de que as autoridades concorrenciais disponham de regras claras e bem-definidas.

A Lei n. 12.529/2011, em seu artigo 36,²⁸⁶ dispõe sobre a análise das infrações da ordem

²⁸³ Whish e Bailey tratam dos erros tipo 1 e tipo 2 como sendo, respectivamente, os falsos positivos (do inglês: *false positives*) ou falsos negativos (do inglês: *false negatives*). “A false positive occurs where a competition authority incorrectly concludes that pro-competitive behavior is abusive: a harm to the firm(s) found guilty, and also to consumers, since the pro-competitive behavior will be prohibited. The problem here is that the law is over-inclusive. A false negative occurs where a competition authority incorrectly concludes that anticompetitive behavior is not illegal and therefore permits it: a harm to consumers. Here the law is under-inclusive.” Grifos do autor. Em tradução livre: “Um falso positivo ocorre quando uma autoridade de concorrência incorretamente conclui que comportamento pro-competitivo é abusivo: um dano para empresa(s) consideradas culpadas, e também para consumidores, uma vez que o comportamento pro-competitivo será proibido. O problema aqui é que a lei tem uma excessiva inclusão. Um falso negativo ocorre quando a autoridade de concorrência concluir erroneamente que o comportamento anticompetitivo não é ilícito e, conseqüentemente, o permite: um prejuízo aos consumidores. Aqui a lei tem uma sub inclusão.” (WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit., p. 193).

²⁸⁴ Esta falácia diz respeito à crítica a uma decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* (CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 20, p.148-173, jul./dez. 2011, p. 159).

²⁸⁵ Sobre a tomada de decisões sob condições de incerteza, cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Direito na sociedade complexa. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2011; CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a política da concorrência. Revista de Direito Administrativo, v. 1, p. 96-127, 2007.

²⁸⁶ “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. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral

econômica, entre elas o cartel. Ainda é controversa a interpretação, pelo CADE, do *caput* deste artigo (“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”).

O Anexo I da Resolução CADE n. 20/1999²⁸⁷ propõe, como critério de análise das práticas restritivas horizontais previstas no referido artigo 36, método semelhante à regra da razão do direito norte-americano (do inglês, *rule of reason*), recomendando aplicar o princípio da razoabilidade na análise das infrações concorrenciais; ou seja, é preciso ponderar as potenciais eficiências econômicas resultantes da conduta *vis-à-vis* os seus potenciais impactos anticompetitivos. Para tanto, uma investigação baseada na regra da razão sujeita as autoridades de defesa da concorrência a realizar análise convencional de mercado (i.e., definição de mercado relevante, cálculo das participações de mercado dos agentes envolvidos, análise das condições estruturais do mercado e identificação de possíveis ganhos de eficiência da conduta), a fim de ponderar os potenciais efeitos esperados de uma dada conduta, ao passo que às partes envolvidas na conduta investigada cabe provar eventuais eficiências e/ou apresentar justificativas capazes de provar que a conduta não é um ilícito concorrencial.

Por sua vez, independentemente dos conceitos do direito norte-americano traduzidos como “*rule of reason*” ou como “*per se rule*” (em português, regra *per se*), o ex-conselheiro Luis Fernando Schuartz²⁸⁸ fez uma interpretação pertinente sobre a literalidade do *caput* do artigo 20 da Lei n. 8.884/1994 (o qual foi fielmente reproduzido pelo artigo 36 da lei atualmente em vigor), no sentido de que a interpretação deve ser feita de maneira dual, i.e., “a infração se caracteriza pela presença seja (i) do propósito ‘objetivamente visado’ de que se produza algum

ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

²⁸⁷ O Anexo I da Resolução n. 20/99 do CADE dispõe: “As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (‘eficiências econômicas’), recomendando a aplicação do ‘princípio da razoabilidade’. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos *vis-à-vis* os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos. As situações mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, são: 1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. [...]”

²⁸⁸ Cf. votos do ex-conselheiro Luis Fernando Schuartz, no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33 e do Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16.

dos efeitos mencionados nos incisos; seja, ainda, (ii) da elevada probabilidade de que se produza algum desses efeitos”. De acordo com essa interpretação, no primeiro caso, predomina o caráter intencional dos agentes na busca de um efeito com dada conduta; no segundo, o risco associado à conduta de produção de dados efeitos. Em ambas as hipóteses, não é necessário provar os efeitos, mas sim a potencialidade dos efeitos.

Ainda que a conduta de cartel se enquadre na definição de infração da ordem econômica, prevista nos referidos artigos 20 e 36, o CADE vem se posicionando, predominantemente, no sentido de que a conduta de cartel clássico deve ser analisada, exclusivamente, como um ilícito *per se*,²⁸⁹ isto é, para o CADE basta a prova do conluio para caracterização do ilícito, independentemente dos potenciais efeitos da conduta e da possibilidade de o agente infrator tentar provar eficiências dela decorrentes, contrapondo-se à análise baseada na regra da razão.

De modo semelhante, muitas jurisdições²⁹⁰ entendem que o cartel clássico é um ilícito *per se*, sob a justificativa de que cartéis implicam em significativas perdas de bem-estar social. A OCDE considera os cartéis clássicos como a mais grave infração de leis de concorrência.

Portanto, o dilema que remanesce diz respeito à definição da desejável interpretação de regra *per se* a ser aplicada pelo CADE em casos de cartéis, visto que tal regra é emprestada do direito americano.

²⁸⁹ A jurisprudência do CADE vem considerando cartéis clássicos como ilícitos *per se*: “[...] cartéis geram apenas os efeitos negativos do aumento de poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência. Portanto, os cartéis, particularmente, os cartéis clássicos são, sem qualquer ambiguidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são conseqüentemente um delito *per se*, sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão.” (*ipsis litteris*) — Voto do Relator Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 9. Cf. também Processo Administrativo n. 08012.002299/2000-18, o CADE sustentou que o ato infrativo independe dos resultados; basta a potencialidade da infração, ou seja, uma vez provado o conluio entre os concorrentes, há infração. Vide também Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68.

²⁹⁰ A jurisdição norte-americana é a que tem mais tradição na aplicação da ilicitude *per se* de cartéis, principalmente pelo fato de condenar cartéis na esfera criminal. “*Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or to reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hard-core cartel agreements criminally.*” (ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission; Department of Justice. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, abr. 2000. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013). Em tradução livre: “Acordos do tipo que sempre ou quase sempre tende a aumentar preços ou reduzir a produção são ilícitos *per se*. As Agências desafiam tais acordos, uma vez identificados, como ilegais *per se*. Tipos de acordos que têm sido tratados como ilegais *per se* incluem acordos entre concorrentes para fixar preços ou produção, licitações fraudulentas ou dividir ou compartilhar mercados pela alocação de clientes e fornecedores, territórios ou linhas de comércio. Os tribunais presumem peremptoriamente que tais acordos, uma vez identificados, são ilegais, sem investigar seus alegados propósitos de negócios, prejuízos anticompetitivos, benefícios em prol da concorrência ou efeitos concorrenciais globais. O Departamento de Justiça processa criminalmente participantes em acordos de cartel clássico.” Além disso, no Canadá, cartel é um crime tratado como ilícito *per se*. Cf. CONNOR, John M. Global Antitrust Prosecutions... Op. cit.

O ex-conselheiro Luis Fernando Schuartz, interpretando a aplicabilidade de regra *per se* do direito norte-americano,²⁹¹ entendeu que esta regra “não significa condenação independentemente dos efeitos da prática para a concorrência, mas sim condenação independentemente da prova desses efeitos”.²⁹² Esse entendimento se alinha à primeira hipótese sugerida pelo autor e anteriormente mencionada (i.e., “(i) do propósito ‘objetivamente visado’ de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos”). Nota-se que o autor era defensor da presunção de ilicitude *per se* dos cartéis clássicos;²⁹³ segundo ele, a configuração do ilícito com base na aplicação da regra *per se* se resume em: “provada a existência da colaboração e, *prima facie*, o poder de mercado conjunto dos agentes nela envolvidos, está configurado o ilícito”.²⁹⁴

Como visto, o CADE já aplicou a regra *per se* de modo bastante restrito, isto é, basta a prova do acordo para o CADE motivar a condenação da conduta, não se preocupando com a análise dos potenciais efeitos do cartel, diferentemente do que foi sugerido pelo ex-conselheiro Luis Fernando Schuartz, que não desconsidera a potencialidade dos efeitos, mas, sim, a prova dos efeitos. A interpretação adotada pelo CADE parece ser a menos custosa, pois não exige análise convencional de mercado para a verificação da potencialidade dos efeitos, pois a prova do acordo é suficiente para condenação.

Porém, seguindo essa interpretação, o CADE poderá condenar casos irrelevantes, que não tenham potencial de resultar em prejuízos ao bem-estar social. Para tanto, vale visitar o julgamento da Suprema Corte norte-americana, em 1990, do caso *FTC v. Superior Court Trial Lawyer Assn.*, em que se comparou a regra *per se* do direito antitruste às regras de limites de

²⁹¹ Interessante debate sobre a definição de regra *per se* e de regra da razão no direito norte-americano foi realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no âmbito do caso *Leegin*, em que o DOJ atuou como *amicus curiae*. A conduta analisada foi a “fixação de preço de revenda”. Cf. REINO UNIDO. Federal Trade Commission. FTC and Department of Justice Amicus Curiae Brief in *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Concerning Vertical Minimum Resale Price Maintenance Agreements*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2007/01/070122Leegin06-480amicusPDC.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2013.

²⁹² DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*. São Paulo: Singular, 2009, p. 271.

²⁹³ “[...] cartéis *hard-core* são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas por toda parte como ilícitos antitruste, mas em vários ordenamentos, também como criminosos. Cartéis *hard-core* são normalmente tratados como ilícitos *per se*, isto é, a prova do fato do cartel é, em regra, suficiente para autorizar a conclusão de que se trata de conduta cujo efeito líquido esperado sobre o bem-estar social é negativo. Mesmo o mais fanático defensor do dogma da inadmissibilidade da regra *per se* no direito antitruste brasileiro deveria, se minimamente informado, sentir um certo embaraço ao invocar supostos ‘ganhos de eficiência’ na defesa de um acordo explícito de fixação de preços. [...] a premissa metodológica de acordo com o qual os agentes econômicos são racionais (i.e., aproveitam oportunidades de maximização dos lucros) e a premissa teórico-econômica de acordo com a qual a lucratividade do acordo de preços está condicionada à detenção conjunta, pelos partícipes, de poder de mercado para o aumento dos preços e a redução das quantidades ofertadas, segue-se necessariamente que a prova do fato do acordo é suficiente para a conclusão no sentido da produção da perda de bem-estar.” SCHUARTZ, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 119-121.

²⁹⁴ Voto-vista no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33.

velocidade em estradas, em que o custo de se avaliar as peculiaridades de cada caso concreto envolvendo velocidade nas estradas não compensaria os fins da punição, sendo justificável a aplicação da regra *per se* nesse caso específico, ainda que casos irrelevantes pudessem estar sujeitos à condenação.²⁹⁵

A Comissão Europeia, por sua vez, classifica as condutas anticompetitivas, previstas nos artigos 101 e 102 do Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), a partir do critério de que determinada conduta tem por “objeto” ou por “efeito” o impedimento, restrição ou distorção da concorrência. Os cartéis são analisados pela Comissão Europeia como condutas anticompetitivas pelo objeto. A classificação das condutas como “infração por objeto” ou “infração pelos efeitos” é análoga à classificação adotada nos Estados Unidos, que, como visto, caracteriza determinados acordos como infração *per se* e outros como sujeitos à análise da denominada “*rule of reason*”. Para Whish e Bailey,²⁹⁶ a principal diferença entre a “infração por objeto” e a “infração *per se*” se refere ao fato de que a primeira não caracteriza como ilícitos certos acordos que possam demonstrar condições satisfatórias deles provenientes — i.e., seria a regra da razão com a inversão do ônus da prova —, enquanto que, na segunda, basta a comprovação da existência do acordo para que este não seja permitido.

Martinez²⁹⁷ parece alinhar-se à classificação adotada pela Comissão Europeia, ou seja, de que cartéis devem ser analisados como uma infração por objeto — ou melhor, pela regra da razão com a inversão do ônus da prova, regra intermediária entre a regra *per se* e a regra da razão —, sugerindo que o critério *per se*, hoje predominante no CADE, não seria a regra adequada para o Brasil. Isto porque a adoção dessa regra, segundo a autora, resolve a contento o desafio de assumir a existência de efeitos anticompetitivos sempre que houver conduta colusiva e, por conseguinte, a eventual condenação de casos irrelevantes (para explicar esse desafio, a autora criou um exemplo ilustrativo, denominado por ela como “dilema dos padeiros”²⁹⁸). Concluiu a autora que essa solução seria a mais eficiente, maximizando o bem-

²⁹⁵ Cf. também discussão interessante sobre este caso, no âmbito do voto-vista do ex-conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo n. 08012.001271/2001-44.

²⁹⁶ WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit., p. 115-139.

²⁹⁷ MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis. Op. cit., p. 28-31.

²⁹⁸ Resumidamente, o dilema dos padeiros consiste num acordo entre dois padeiros para fixar o preço do pãozinho. De acordo com Martinez, em uma jurisdição que adote a regra *per se*, o acordo será punido, ainda que reste clara a incapacidade de ele gerar, mesmo que potencialmente, efeitos anticompetitivos no mercado, uma vez que o único efeito esperado desse acordo seria a insignificante perda de clientela por apenas dois dos padeiros. Diante do citado dilema dos padeiros, sugere-se mencionar — ainda que não haja intenção de ser feito qualquer juízo de valor quanto ao mérito da condenação — que o CADE condenou algumas panificadoras de Sobradinho/DF, no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68 (22ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, realizada em 22 de maio de 2013).

estar social sem, com isso, vincular a atividade sancionatória estatal a persecuções custosas e ineficientes.

Em casos recentes julgados pelo CADE, surgiram discussões sobre a classificação de condutas anticompetitivas como infração por objeto ou pelos efeitos²⁹⁹ em processos em que se investigaram condutas de cartel.³⁰⁰ Há, ainda, interpretações do CADE de que o cartel é uma infração, ao mesmo tempo, por objeto e *per se*.³⁰¹

Além disso, há autores — por exemplo, Buccirosi³⁰² — que entendem que, em certas circunstâncias, caracterizar o cartel clássico como infração *per se* pode não ser uma regra apropriada, ou melhor, pode ser uma regra imperfeita, já que é muito genérica (do inglês, “*overinclusive*”). Isto porque o acordo de fixação de preços, em algumas hipóteses, pode trazer efeitos externos positivos, fazendo com que empresas e consumidores sejam beneficiados.

Como se nota, não há um consenso sobre o adequado formato da norma atinente à conduta de cartel. A dificuldade de se estabelecer uma classificação satisfatória reside no fato de que: (i) considerando os gastos de recursos com persecuções custosas, em quaisquer das regras de análises mencionadas, exige-se da autoridade concorrencial a instauração de uma investigação, a qual, por si só, já implicaria gastos de recursos públicos, notadamente em vista de que quase todas as classificações mencionadas (exceto a regra *per se* que vem sendo aplicada pelo CADE) requerem uma análise convencional de mercado e/ou das provas apresentadas pelas partes sobre possíveis condições satisfatórias da conduta; (ii) considerando os gastos de recursos com persecuções irrelevantes, a regra *per se* conforme já aplicada pelo CADE seria a menos custosa, mas poderia condenar casos irrelevantes para fins concorrenciais; e (iii) não está translúcido que uma dessas classificações poderia significar, *acima de qualquer dúvida razoável*, uma análise mais eficiente em detrimento das outras.

Apesar dessas dificuldades, é preciso fazer uma escolha racional sobre a interpretação da norma atinente às condutas de cartel em termos de efetividade da política de repressão a

²⁹⁹ A discussão sobre a definição dos *standards* de ilicitude e do regime de distribuição do ônus probatório que devem circunscrever a incidência da regra da razão surgiu no CADE, no julgamento do Processo Administrativo n. 08012.001271/2001-44, no âmbito específico da conduta de imposição de preços mínimos de revenda, cuja Representada era a empresa SKF do Brasil Ltda.

³⁰⁰ Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96; Processo Administrativo n. 08012.004472/2000-12; Processo Administrativo n. 08012.001003/2000-41; Processo Administrativo n. 08012.011027/2006-02; e Processo Administrativo n. 08012.011668/2007-30.

³⁰¹ Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79, Processo Administrativo n. 08012.006199/2009-07, Processo Administrativo n. 08012.010932/2007-18, Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51, Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79, Nota Técnica 52/2016 proferida pela Superintendência-Geral do CADE no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.002821/2014-09.

³⁰² BUCCIROSSI, Paolo. The Enforcement... Op. cit. Referido autor cita, neste artigo, alguns autores com entendimentos similares ao dele.

cartéis, ainda que tal escolha implique algumas perdas. A essa altura, diante dos avanços notórios dos recursos de combate a cartéis pelo CADE, não deve haver desordem na interpretação da norma sobre essa conduta; discussões dessa natureza deveriam estar ultrapassadas, as autoridades têm de empreender seus esforços na análise do caso concreto e na precisão do conjunto probatório, pois, para fins de condenação, não devem pairar dúvidas sobre o enquadramento das provas a uma conduta de cartel.

Outro fator a ser considerado é que o CADE e o Ministério Público vêm discutindo ações estruturantes para a efetividade de ações de indenização por danos ocasionados pela prática de cartel, como meio dissuasório de desenvolvimento da política de combate a cartéis. Levando em conta que tais ações impõem, como condição necessária, a prova dos efeitos do cartel, é imprescindível que o CADE, o qual geralmente analisa a conduta previamente à propositura de ações de indenização, deixe expresso e justificado em sua decisão os critérios de análise e o enquadramento do cartel, a fim de nortear as autoridades judiciais sobre a decisão de ingressar ou não com a ação para ressarcimento de danos pela atividade do cartel. Pois, em muitos casos, há apenas a tentativa da conduta, sem produção de efeitos no mercado, isso não impede a caracterização da conduta, no âmbito administrativo, pela aplicação da regra *per se*. Por outro lado, a inexistência de efeitos impossibilita a quantificação do dano requerido em ações de reparação civil.

Conforme já mencionado, em pesquisa que investigou condutas de cartel³⁰³, identificou-se a ausência de norteamto das decisões do CADE acerca da interpretação do formato da norma envolvendo condutas de cartel (i.e., se o cartel deve ser analisado sob a regra *per se*, sob a regra da razão ou como uma infração pelo objeto). Os resultados desta pesquisa apontaram que em apenas 4 decisões das 39 analisadas (i.e., cerca de 10%) o CADE mencionou expressamente a aplicação da regra *per se*, sendo que somente uma decisão adotou a regra da razão. Verificou-se, também, uma tendência nas decisões recentes do CADE sugerindo a caracterização de cartel como infração pelo objeto, i.e. das 39 decisões, 5 classificaram o cartel como ilícito por objeto (12% das decisões).

Há uma desordem nas decisões do CADE sobre a interpretação da regra *per se* em casos de cartel - regra que vem sendo aplicada predominantemente -, à medida que alguns casos consideram a regra *per se* de análise como se fosse idêntica à análise da infração por objeto. A título ilustrativo, cabe mencionar alguns trechos de votos proferidos nesse sentido:

³⁰³ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Op. cit.

Se, no entanto, a lei (da concorrência) for sobreposta no âmbito do “*law and economics*”, no ambiente “antitruste”, como diante da teoria econômica, a única conduta que pode ser identificada como “*por objeto*” (ou *per se*) é o cartel hardcore, então, quando se lê a lei antitruste há que se considerar o que a teoria econômica nos ensina.³⁰⁴ [Destacou-se].

Em outras palavras, a análise da conduta deve ser feita *por objeto, per se*.³⁰⁵ [Destacou-se].

Assim, existem condutas que, quando ocorrerem sob determinada forma, serão sempre definidas *por objeto, ou seja, serão ilícitos por sua mera existência e, portanto, devem ser analisadas segundo a regra per se*.³⁰⁶ [Destacou-se].

Como visto, a infração *per se* e a infração pelo objeto não são regras de análise idênticas, além de serem originárias de sistemas jurisdicionais distintos. O empréstimo de regras de análise de jurisdições desenvolvidas como estas é legítimo e deve servir de incentivo às melhores práticas de outras jurisdições, desde que seus conceitos não sejam desvirtuados.

O CADE não está obrigado a aplicar a regra *per se* sem exceções, pois esta regra não está prevista expressamente na legislação brasileira vigente, apenas foi emprestada do direito norte-americano. Assim, o CADE tem espaço para fazer outras interpretações da prática de cartel, de forma diferente dos termos da regra *per se* já empregada por este órgão, notadamente visando a evitar a denominada *over-inclusion* ou o cometimento do erro tipo I, ou seja, a condenação de casos irrelevantes.

Isso não significa que regras claras, sistemáticas e bem-definidas não sejam relevantes para a eficiência da análise dos processos e, notadamente, para o desenvolvimento institucional de uma autoridade judicante, sob uma perspectiva *ex ante*. Assim, o CADE precisa adotar uma regra como parâmetro e esta deve levar em conta o adequado conceito que a originou.

O estabelecimento de regras capazes de atingir os fins dissuasórios da política de repressão a cartéis não é uma tarefa trivial — notadamente considerando que jurisdições maduras, como a norte-americana e a europeia, não estão alinhadas nesse assunto, possuindo regras distintas para tanto. Considerando-se que os conceitos “*per se*”, “regra da razão”, “infração pelo objeto”, “infração pelos efeitos” são denominações de análises emprestadas de outras jurisdições, não estando previstas expressamente no texto da lei, tratando-se de

³⁰⁴ Voto proferido pela Conselheira Cristiane Alkmin no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.002568/2005-51

³⁰⁵ Voto-vogal proferido pelo conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no âmbito do Processo Administrativo n. 08012.005930/2009-79

³⁰⁶ Nota Técnica 52/2016 proferida pela Superintendência-Geral do CADE no âmbito do Processo Administrativo n. 08700.002821/2014-09

interpretação da jurisprudência do CADE, não há imposição ao CADE para aplicar tais regras de análise em suas decisões, bastando, simplesmente, valer-se da interpretação de próprio texto da lei de defesa da concorrência atualmente vigente (art. 36, da Lei n. 12.529/2011).

4. Considerações finais

O desenvolvimento de instituições concorrenciais mais transparentes, responsáveis e, no que for cabível, alinhadas às melhores práticas internacionais é relevante tanto para a harmonização internacional do combate a cartéis quanto para a preservação do devido processo e dos direitos fundamentais dos jurisdicionados. A sistematização da jurisprudência do CADE quanto à definição, critérios de classificação e interpretação da norma sobre cartéis tem relevância — sobretudo em razão de o CADE ser um órgão colegiado, cujos conselheiros de seu Tribunal Administrativo dispõem de mandatos limitados temporalmente, o que pode fragilizar sua jurisprudência a cada alteração no quadro de conselheiros, caso não se instituem regras mais determinantes e uniformes sobre esse tema, que sejam antifrágéis diante das aleatoriedades interpretativas a que o CADE está sujeito e exposto.

Aperfeiçoar a tipificação, critérios de classificação e interpretação do formato da norma atinente à conduta de cartel é importante para que sua jurisprudência seja robustecida como um *corpus* interpretativo orgânico. A suposição é a de que, com isso, a eficácia e a efetividade de suas decisões aumentará, inclusive, perante o Judiciário, resultando em maior legitimidade para o CADE perante a sociedade.

Schauer³⁰⁷ ressaltou que as normas são inerentemente imperfeitas, uma vez que é impossível prever todas as consequências imagináveis de uma conduta em todas as possíveis condições do mundo real, algumas das quais são necessariamente imprevisíveis quando a norma é escrita. Portanto, considerando que o legislador ou os tribunais não podem fazer normas perfeitas, sua aplicação deve levar em conta que elas são imperfeitas.

Ressalva-se, contudo, a discricionariedade que cabe ao CADE quanto à interpretação da norma, pois certo grau de liberdade ou manobras do aplicador do direito da concorrência é essencial para se buscar a melhor decisão para um caso concreto, principalmente em vista de circunstâncias particulares que a realidade impõe. Ainda que esta discricionariedade abra margens para liberdade interpretativa, não se deve confundir discricionariedade com o desrespeito ao direito positivo, aos princípios jurídicos preexistentes, desvirtuamento de regras

³⁰⁷ SCHAUER, Frederic. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and Life*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1991.

emprestadas de outras jurisdições e desordem na construção da jurisprudência.

5. Referências

BRASIL. Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

BUCCIROSSI, Paolo et al. Deterrence in Competition Law. Governance and the Efficiency of Economic Systems (GESY). Discussion Paper n. 285. 2009. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/285_1254407400.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BUCCIROSSI, Paolo. The Enforcement of Imperfect Rules, 2010. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/lear_rp_1_10_1283338320.pdf>. Acesso em: 07 set. 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Direito na sociedade complexa. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Vinícius Marques; MARTINS, Amanda A. L.; FONTANA, Bernardo B. Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 20, p.148-173, jul./dez. 2011.

CONNOR, John M. Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels. Journal of Industry, Competition and Trade. Kluwer Academic Publishers, v. 4, n. 3, p. 239-267, 2004.

CRANE, Daniel A. The Institutional Structure of Antitrust Enforcement. New York: Oxford University Press, 2011.

DUTRA, Pedro. Conversando com o CADE. São Paulo: Singular, 2009.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Antitrust Division. International Competition Policy Advisory Committee: Final Report, 2000. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission; Department of Justice. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, abr. 2000. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

GOLDBERG, Daniel Krepel. Poder de compra e política antitruste. São Paulo: Singular, 2006.

HARRINGTON JUNIOR, Joseph E. Behavioral Screening and the Detection of Cartels. European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels, Oxford, UK: Hart, 2007. Disponível em: <<http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Florence.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. 3. ed., St. Paul, MN, USA: Thomson/West, 2005.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions: Effective Penalties. In: ICN WORKING GROUP ON CARTELS. ICN 4th Annual Conference. Bonn, Germany, jun. 2005.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The Changing International Status of Export Cartels Exemption. American University International Law Review, v. 20, n. 3; Ross School of Business Paper, n. 897, 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=618201>. Acesso em 10 dez. 2013.

MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Criminal. Tese (Doutorado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MILLER, Nathan H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. American Economic Association Review, v. 99, n. 3, p. 750-768, 2009.

MIURA, Maira Yuriko Rocha. Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira: uma visão de Direito Comercial. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Recommendations & Best Practices: Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 1998.

REINO UNIDO. Federal Trade Commission. FTC and Department of Justice Amicus Curiae Brief in *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Concerning Vertical Minimum Resale Price Maintenance Agreements*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2007/01/070122Leegin06-480amicusPDC.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2013.

RIBAS, Guilherme Favaro. Processo administrativo de investigação de cartel. São Paulo: Singular, 2016.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCHAUER, Frederic. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and Life*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1991.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a política da concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, p. 96-127, 2007.

SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações*. 2. ed., São Paulo: Hemus, 1981.

TALEB, Nassim Nicholas. *Antifrágil: coisas que se beneficiam com o caos*. Tradução Eduardo Rieche. 4ª edição, Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

TYLER, T. R. *Why People Obey the Law*. New Jersey, USA: Princeton University Press, 2006.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Policy*. 7. ed., Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.

A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo *business*?

Giovana Vieira Porto³⁰⁸

RESUMO

Este artigo busca identificar a viabilidade jurídica do exercício de atividade empresarial no Brasil relacionada à cessão de crédito indenizatório por dano material causado por cartel, comparativamente ao realizado na Europa pela empresa *Cartel Damage Claims*. Isso em razão de que há necessidade de busca por soluções alternativas visando a incentivar as ações privadas de reparação cível no país, diante dos ônus existentes para que os prejudicados por cartel pleiteiem, por si sós, a reparação patrimonial. Portanto, serão examinados, primeiramente, a natureza jurídica e o objeto do contrato proposto, e, em seguida, identificados os potenciais cedentes do crédito indenizatório. Ademais, será investigada a viabilidade de que a cessionária ajuíze a ação reparatória em nome próprio. Por fim, serão analisados os entendimentos jurisprudenciais acerca do termo inicial da contagem do prazo prescricional para o ajuizamento da ação indenizatória.

Palavras-chave: Reparação; Dano material; Cartel; Contrato aleatório; Cessão de crédito indenizatório.

ABSTRACT

This article aims at identifying the legal feasibility of a business in Brazil regarding the assignment of damage claims resulting from cartels, in comparison with the business conducted in Europe by the company *Cartel Damage Claims*. This is due to the need for research on alternatives solutions aiming at promoting the private enforcement in the country, because of the existing burdens for persons affected by a cartel to file, by themselves, a lawsuit requesting the compensation for material damages. Therefore, firstly, the legal nature and the subject of the proposed contract will be examined, and then the potential assignors of the damage credit will be identified. In addition, it will be investigated the feasibility of the assignee to file the damage claim action in its own name. Finally, the case law with respect to the initial term of the statute of limitations for the submission of the damage claim will be analyzed.

Keywords: Restitution; Material damage; Cartel; Aleatory contract; Assignment of damage claims.

Classificação JEL: K21.

³⁰⁸ Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: givporto@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A natureza jurídica do contrato; 3. Potenciais cedentes do crédito indenizatório; 4. A legitimidade ativa processual da cessionária; 5. O prazo prescricional para o ajuizamento da ação reparatória; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Em 3 de maio de 2006, a Comissão Europeia condenou 17 pessoas jurídicas³⁰⁹³¹⁰ pela formação de cartel nos mercados de peróxido de hidrogênio e de perborato de sódio, no período de 31 de janeiro de 1994 a 31 de dezembro de 2000, com produção de efeitos em todo o território da União Europeia. O alegado cartel teria consistido, basicamente, na troca de informações comercial e concorrencialmente sensíveis, em controle de produção, na divisão de mercado e clientes, e, por fim, na fixação de preços.

Diante disso, em 16 de março de 2009, uma empresa denominada *Cartel Damage Claims* (“CDC”) ajuizou ação reparatória perante o Tribunal Regional de Dortmund³¹¹, Alemanha, requerendo a condenação das empresas Evonik Degussa GmbH, Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, Arkema France S.A. e FMC Foret S.A., condenadas pela Comissão Europeia no alegado cartel supracitado, ao pagamento do valor de € 220,5 milhões mais correção monetária a título indenizatório³¹². A CDC usou como fundamento para o ajuizamento a compra dos direitos indenizatórios de 32 empresas, estabelecidas em 13 Estados-Membros da União Europeia, com atuação no mercado de indústria de celulose e papel e compradoras diretas das empresas envolvidas no suposto cartel de peróxido de hidrogênio e de perborato de sódio.

Apesar de o caso ainda não possuir decisão definitiva no Tribunal alemão³¹³, a ação indenizatória ajuizada pela CDC, com base na cessão de crédito indenizatório, suscita o questionamento se o ordenamento jurídico brasileiro permite o exercício de atividade

³⁰⁹Decisão disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1494849179440&uri=CELEX:32006D0903>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

³¹⁰ As empresas condenadas são: Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Chemicals Holding AB, EKA Chemicals AB, Degussa AG - atualmente Evonik Degussa GmbH, Edison SpA; FMC Corporation, FMC Foret S.A., Kemira Oyj, L’Air Liquide S.A., Chemoxal S.A., Snia SpA, Caffaro Srl, Solvay SA/NV, Solvay Solexis SpA, Total S.A., Elf Aquitaine S.A. e Arkema S.A.

³¹¹ Em alemão, *Landgericht Dortmund*.

³¹² CARTEL DAMAGE CLAIMS. *Hydrogen Peroxide Cartel*. Disponível em: <<https://www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/hydrogen-peroxide-cartel/>>. Acesso em: 8 de novembro de 2016.

³¹³ O caso não possuía decisão definitiva até o dia 3 de novembro de 2017. CARTEL DAMAGE CLAIMS. *Hydrogen Peroxide Cartel*. Disponível em: <<https://www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/hydrogen-peroxide-cartel/>>. Acesso em: 3 de novembro de 2017.

empresarial semelhante à da CDC, ou seja, uma empresa ser cessionária de crédito indenizatório, neste trabalho, entendido como o montante patrimonial esperado³¹⁴ a ser recebido pela suposta vítima a título de reparação por dano material oriundo da prática de cartel, perquirindo o respectivo crédito no Judiciário, em nome próprio, com fundamento no direito do cedente em ser ressarcido pelos danos patrimoniais causados pelas empresas integrantes do alegado cartel.

Tal indagação exterioriza-se diante do cenário brasileiro no qual se tornou necessária a busca por alternativas visando a incentivar o *enforcement* privado antitruste, ou seja, “as ações privadas de reparação de danos”³¹⁵. Isso em razão de que, de 1995 a 31 de agosto de 2017, foram identificadas 69 ações com pedido de reparação por dano moral e/ou material no Brasil causado por cartel, retirando-se as distorções da pesquisa³¹⁶. Das ações, verificou-se que aproximadamente 50,8% foram ajuizadas por terceiros, enquanto que cerca de 49,2%, pelos Ministérios Públicos Estaduais e Federais. Ademais, em regra, verificou-se que as ações foram ajuizadas, principalmente, na Justiça Estadual do Estado de São Paulo.

A identificação desses processos foi feita pela utilização dos termos “cartel E indenização”, “cartel E reparação” e “cartel E responsabilidade” no campo de pesquisa de jurisprudência dos sítios eletrônicos de todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais do Brasil. Ademais, para fins de levantamento de amostra, não foram catalogados os processos relativos às ações de improbidade administrativa com pedido de restituição ao erário, visto que, conforme o artigo 12, da Lei nº 8.429/1992, o pedido de reparação deve ser obrigatório nas hipóteses legais, compreendendo uma sanção. Por sua vez, este trabalho visa analisar, preferencialmente, se os particulares prejudicados por cartel usam da prerrogativa que possuem de requerer, por via judicial, a reparação do dano causado pela prática antitruste.

³¹⁴ Nota-se que a esperança, neste ponto, refere-se ao momento anterior ao ajuizamento de eventual ação indenizatória por dano material de cartel, ou seja, a um momento pré-processual, no qual a vítima estima os potenciais danos e os respectivos montantes patrimoniais necessários para que sejam reparados.

³¹⁵ DANTAS, Yane Pitanguiera. *A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016*. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 5, nº 1, maio de 2017, p. 231-246. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/321>>. Acesso em 27 de julho de 2017.

³¹⁶ Há de se notar que, inicialmente, foram identificadas 95 ações com pedido de indenização por dano de cartel. No entanto, apurou-se que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (“MPRS”) ajuizou, nos supostos casos de cartel no mercado de combustíveis nos municípios de Encantado e Caxias do Sul, uma ação individual com pedido indenizatório para cada pessoa jurídica e/ou física envolvida no supostos cartéis. Diante disso, foi considerado que o MPRS ajuizou uma única ação para o suposto cartel em Encantado e uma única para o de Caxias do Sul. Assim, a quantidade de ações efetivamente identificadas foi reduzida de 95 para 69 casos. PORTO, Giovana Vieira (no prelo). *As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil*. Revista do IBRAC.

Concomitantemente à pesquisa por acórdãos e decisões monocráticas, foi realizada a busca pelas expressões acima mencionadas nos campos de pesquisa de sentença e demais decisões de primeiro grau, sempre que disponíveis³¹⁷. Além das ações que continham o pedido indenizatório por dano de cartel identificadas, também foram catalogadas as ações mencionadas pelos juízes ou pelos desembargadores em suas decisões e que, porventura, não apareceram inicialmente como resultado das pesquisas jurisprudenciais³¹⁸. Por sua vez, também não foram identificados eventuais processos que tramitam em segredo de justiça, com exceção dos casos em que o acórdão ou a decisão monocrática com as informações do processo estivesse disponível nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais.

Apesar de o número de processos identificados parecer expressivo, as ações de reparação embasaram-se, como um todo, em apenas 41 casos diferentes de cartéis identificados, pelas partes, como ato ilícito apto a gerar o respectivo dano, sendo que apenas 20 deles foram apurados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), quer por meio de procedimentos de Averiguação Preliminar, de Inquérito Administrativo ou de Processo Administrativo, independentemente de condenação ou arquivamento do processo. Comparativamente, mas em período significativamente menor, ou seja, desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, o Superintendente-Geral do CADE, Alexandre Cordeiro Macedo (2017), identificou 116 casos de cartel analisados pela autarquia³¹⁹. Portanto, conclui-se que, as ações com pedido de reparação de dano por cartel foram ajuizadas em pequena quantidade no Brasil, principalmente em razão dos ônus relacionados, como se verá adiante.

No entanto, antes de se avaliar a possibilidade e os benefícios de um possível *business* de cessão de crédito indenizatório no Brasil, é necessário analisar, brevemente, os requisitos para se ajuizar uma ação com pedido de reparação por dano material de cartel. Para isso, primeiramente, recorre-se à Constituição Federal, que tutela a reparabilidade de danos patrimoniais – identificados por Bruno Maggi (2010) como os danos que geram lesão aos bens patrimoniais da vítima³²⁰ – causados a terceiros e de danos morais, em seu artigo 5, incisos X e XLV.

³¹⁷ A ferramenta de pesquisa por sentenças e atos decisórios de primeiro grau está disponível nos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça de Goiás e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

³¹⁸ PORTO, *ibid.*

³¹⁹ MACEDO, Alexandre Cordeiro. *Multa esperada, TCC e segurança jurídica*. JOTA, 27 de junho de 2017. Disponível em: <https://jota.info/colunas/doutrina-antitruste/multa-esperada-tcc-e-seguranca-juridica-27062017#_edn4>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

³²⁰ MAGGI, Bruno Oliveira. *O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 147.

A Constituição também tutela a reparabilidade de danos no Título VII, relativo à ordem econômica e financeira, por sua vez, na seara econômica. Neste sentido, o §5º, do artigo 173, determina a edição de lei que estabeleça a responsabilidade tanto da pessoa jurídica quanto de seus dirigentes, individualmente, por atos praticados em desconformidade com a ordem econômico e financeira e com a economia popular. Ademais, o §4º do mesmo artigo prevê a criação de lei para reprimir o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Diante disso, diferentemente de outras leis que a Constituição determinou que fossem criadas, mas não o foram³²¹, foi editada a Lei nº 12.529/2011, também conhecida como Lei do Cade ou Lei Antitruste, para cumprir os supracitados dispositivos constitucionais. Não obstante, também há o Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/2002, que delinea os requisitos gerais da reparação civil. Portanto, visando identificá-los, recorre-se, primeiramente, ao *caput* do artigo 927 do Código Civil que prevê que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Pela leitura do supracitado artigo, a título de exemplo, Bruno Maggi (2010)³²² e Daniel Caselta (2016)³²³ identificaram quatro elementos essenciais para que haja a obrigação de reparar os danos, na esfera da responsabilidade civil geral, quais sejam, o ato ilícito, o dano, o nexo causal e a culpa, quando se tratar de responsabilidade subjetiva. Por sua vez, especificando as peculiaridades da responsabilidade por dano concorrencial, Bruno Maggi (2010) e Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2013)³²⁴ sustentam a desnecessidade de análise de elementos subjetivos como culpa ou dolo³²⁵. Por sua vez, Daniel Caselta (2016) destaca que “o entendimento de que a responsabilidade civil por danos decorrentes de cartéis e outras infrações à ordem econômica configura hipótese de responsabilidade objetiva é consolidado na doutrina brasileira.”³²⁶ No entanto, o autor faz a ressalva de que, no que concerne aos administradores das empresas e, por analogia, às demais pessoas físicas envolvidas na suposta prática de cartel, seria necessária a

³²¹ O artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, por exemplo, dispõe que o direito de greve dos servidores públicos seria regulado por lei específica, que até o momento, não foi editada.

³²² MAGGI, op. cit., p. 114.

³²³ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 117.

³²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira*. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, novembro 2013.

³²⁵ Bruno Maggi (2010) sustenta, nesse sentido, que “a análise da culpa é dispensada no caso da responsabilidade civil decorrente de cartel, visto que em qualquer das hipóteses essa prática resultará em responsabilidade civil objetiva de seus agentes.” (MAGGI, 2010, p. 175). Por sua vez, Tércio Sampaio (2013) sustenta que os danos concorrenciais não são “marcados pelo subjetivismo privatista”, mas são “resultantes de condutas em relações econômicas definidas diretamente pelo poder (...)”. (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 21).

³²⁶ CASELTA, op. cit., p. 127.

comprovação de culpa ou dolo para que possam ser responsabilizados civilmente, consoante os incisos II e III, do artigo 37, da Lei nº 12.529/2011³²⁷.

No que concerne aos demais elementos da responsabilidade civil por dano concorrencial, Tércio Sampaio (2013) enumera os requisitos da reparação por dano concorrencial nos seguintes termos³²⁸:

“(i) a existência de uma violação da lei, Lei da Concorrência (artigos 20 e 21 da Lei no 8.884/94; art. 36 da atual Lei no 12.529/11); (ii) o prejuízo na capacidade concorrencial do prejudicado; (iii) a relação de causalidade entre (i) e (ii). Preenchidas essas condições é que segue a apuração econômica do dano³²⁹”.

A violação à lei, consoante Tércio Sampaio (2013), configura um ato ilícito concorrencial na medida em que conjuga a prática, ainda que lícita, com o efeito ou a com potencialidade de gerar um efeito lesivo à concorrência, independentemente de culpa ou dolo³³⁰. Quanto ao nexo causal entre o ato ilícito, mais especificamente o cartel, e o dano concorrencial, Daniel Caselta (2016) afirma que “o nexo causal pressupõe a verificação de que o dano experimentado pela vítima foi decorrência do acordo ilícito celebrado entre os concorrentes com o objetivo de eliminar a competição entre si e aumentar artificialmente os lucros³³¹. Por sua vez, o dano concorrencial, nas lições de Tércio Sampaio (2013), possui o cerne no falseamento da concorrência e:

“atinge o agente privado na sua própria atividade: o interesse difuso ofendido se individualiza no interesse privado no sentido de que o dano ao mercado se qualifica como dano ao concorrente. É esse dano – falsear a concorrência, donde enganar e agir enganadamente – que constitui o dano a ser verificado e imputado³³²”.

No entanto, como será abordado posteriormente, os ônus para os supostamente prejudicados por cartel provarem a existência do dano e/ou quantificá-lo são tão elevados que, conseqüentemente, tornam-se obstáculos para a busca da reparação no Judiciário. É exatamente neste contexto que a cessão do crédito indenizatório se mostra um instrumento apto a fomentar as ações indenizatórias por dano concorrencial material no Brasil.

³²⁷ CASELTA, *ibid.*, p. 127-128.

³²⁸ É necessário mencionar que Tércio Sampaio (2013) entende que o dano concorrencial é diferente dos demais danos tutelados pelo Direito Civil, possuindo a lei antitruste um estatuto jurídico próprio (FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 21).

³²⁹ FERRAZ JUNIOR, *ibid.*, p. 24.

³³⁰ FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 14.

³³¹ CASELTA, *op. cit.*, p. 131.

³³² FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 29.

Assim, com o intuito de identificar a viabilidade do *business* de cessão de crédito indenizatório no Brasil é necessário primeiro caracterizar a natureza jurídica e o próprio objeto do contrato de cessão de crédito indenizatório aqui proposto. Posteriormente, será feita a análise de potenciais cedentes do crédito indenizatório, a partir do exame das condenações de cartel proferidas pelo CADE em processos administrativos, visando apurar potenciais vítimas do ilícito antitruste. Também será apurada a possibilidade ou não de que a cessionária ajuíze a ação em nome próprio, com fundamento na cessão do crédito, visando a obter o montante indenizatório. Por fim, serão examinadas as ações reparatórias nas quais houve pronunciamento judicial acerca do termo inicial de contagem de prescrição, tendo em vista que a prescrição é uma das condições a serem ponderadas pelas partes no momento da celebração do negócio jurídico em questão.

2. A natureza jurídica do contrato

Com o intuito de analisar a viabilidade jurídica do *business* de cessão de crédito indenizatório no Brasil, é necessário, primeiramente, identificar a natureza jurídica e o objeto do contrato proposto. Para isso, inicialmente, realizar-se-á breve digressão sobre parecer elaborado pelos advogados Carlos Augusto da Silveira Lobo, Rafael de Moura Rangel Ney e Daniel Ferreira da Ponte, publicado na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, de 2014³³³.

A consulta relativa ao mercado de securitização referia-se a litígio envolvendo quatro pessoas jurídicas denominadas, pelos advogados, de “Banco A”, “Banco B”, “Empresa securitizadora” (“Cessionária”) e “Controladora da Cessionária”. O parecer foi requerido pelo Banco A acerca de problemas relacionados a dois contratos, celebrados entre Banco B e Cessionária, nos quais o Banco A era, inicialmente, interveniente. Posteriormente, o Banco B passou a ser controlado pelo Banco A, que passou a sucedê-lo nos referidos contratos. Diante disso, o Banco A propôs à controladora da Cessionária a compra de um portfólio de créditos vencidos e não pagos de titularidade do Banco B. Nesse cenário, o Cedente transferiria à Cessionária um crédito que pactuaram como existente no tempo da cessão, mas que poderia deixar de existir posteriormente, a depender de decisão judicial condenando ou não os respectivos devedores ao pagamento dos valores.

³³³ LOBO, Carlos Augusto da Silveira; NEW, Rafael de Moura Rangel; PONTE, Daniel Ferreira da. *Cessão de uma carteira de créditos litigiosos. Cessão de crédito, cessão de posição contratual e promessa de liberação*. Revista de Direito Bancário e dos Mercado de Capitais, v. 17, n. 63, jan./mar. 2014, p. 219-244.

Situação semelhante ocorre com o *business* proposto neste trabalho. Isso porque o montante patrimonial em questão só pode ser recebido caso haja condenação judicial das empresas participantes do alegado cartel a repararem o dano, se se tratar de resolução de conflito por via judicial, tendo em vista que este trabalho restringe o seu objeto de análise a soluções judiciais. Há de se destacar que há autores, como Daniela Monteiro Gabbay e Ricardo Ferreira Pastore (2014), que defendem soluções extrajudiciais para as demandas reparatórias por danos concorrenciais, como a arbitragem³³⁴.

Ocorre que, no Brasil, até que haja uma decisão definitiva, ou seja, sentença ou acórdão, as ações reparatórias duram, em média, 8 anos. Foi possível estimar esse valor calculando-se a duração das ações reparatórias identificadas desde a data de sua distribuição em primeiro grau até a sentença, caso não tenha havido recurso, ou até o acórdão do respectivo tribunal de segundo grau ou dos Tribunais Superiores, quando cabível. Caso houvesse acórdão ou sentença pendente, a data final, para fins de estimação da duração do processo, foi estabelecida como o dia 31 de agosto de 2017, data da pesquisa. Não foram incluídos na estimativa os processos em segredo de justiça identificados, tendo em vista que as informações sobre a data de distribuição do processo não estavam disponíveis para consulta, também não foram contabilizadas as datas de decisão de embargos declaratórios, de execuções e do trânsito em julgado dos processos.

Portanto, caso ajuízem ação reparatória no Judiciário, os supostamente prejudicados por cartel terão que aguardar, em média, 8 anos para que seja proferida decisão definitiva sobre o mérito da demanda, ressaltando-se, novamente, que este prazo não inclui decisões de embargos declaratórios, nem de execuções. A partir de então, os supostos prejudicados poderiam receber o montante devido a título indenizatório pelo dano material, caso houvesse pronunciamento judicial favorável ao prejudicado pelo suposto cartel. Ocorre que a tendência é que empresas prejudicadas pelo dano material oriundo da prática de cartel objetivem que a reparação seja feita com rapidez com intuito de que possam buscar o reequilíbrio econômico-financeiro de modo eficiente.

Há ainda o fato de que o Judiciário pode entender pela improcedência do pedido autoral, restando infrutífera a longa espera pelo pronunciamento judicial. Portanto, torna-se benéfica ao que entende ter sido prejudicado pela prática de cartel a cessão do crédito indenizatório, potencial e de valor estimado, a um terceiro com a *expertise* necessária para ajuizar esse tipo

³³⁴ GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. *Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência*. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 11, n. 43, 2014, p. 7-32.

de demanda, perquirindo o crédito em nome próprio, com fundamento no negócio jurídico celebrado. Em contrapartida, o cedente do crédito poderia obter mais rapidamente, embora em montante menor do que o esperado, a reparação de parte dos prejuízos patrimoniais supostamente oriundos da prática de cartel, sem que tenha que arcar com custas processuais, honorários advocatícios e eventuais pagamentos de pareceres que se façam necessários ao longo do decorrer do processo.

Portanto, o negócio jurídico a ser celebrado teria como objeto não só a cessão do crédito indenizatório por parte da cedente com a respectiva contraprestação de rápido e certo recebimento do valor acordado entre as contratantes para auxiliar na reparação dos danos sofridos, mas também e, concomitantemente, a esperança da obtenção do valor total do crédito estimado pela cessionária, independentemente do tempo necessário para que a cessionária obtenha tal valor perante o Judiciário.

Isso porque, mesmo com as demonstrações financeiras e econômicas realizadas no âmbito do processo judicial, a condenação judicial das empresas participantes do cartel a repararem o dano é incerta e incontrolável pelas partes. Ademais, o juiz pode arbitrar o valor da reparação em montantes inferiores ao estimado pela cessionária, quando da celebração do negócio jurídico. Além disso, pode ser que nem mesmo haja condenação, caso o juiz entenda pela inexistência do ato ilícito, do dano e/ou do nexo causal, ou mesmo pela ocorrência de prescrição.

Por conseguinte, depreende-se que a noção de álea é intrínseca ao negócio jurídico proposto, apesar de o contrato cessão de crédito, em geral, ser comutativo³³⁵. Paula Greco Bandeira, em sua dissertação de mestrado defendida em 2009 na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, intitulada como “Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro”, sustenta que a álea, no direito brasileiro,

“deve ser compreendida pela incerteza de ambos os contratantes, existente no momento da celebração do negócio, quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que dele decorrerá, a depender da verificação de evento incerto e incontrolável, embora previsto pelas partes³³⁶”.

Neste cenário, portanto, não se está a falar de contrato típico de cessão de crédito, regulado nos artigos 286 a 298, do Código Civil. Isso porque há incerteza originária, no

³³⁵ Para Paula Greco Bandeira (2010), os contratos comutativos são aqueles em que “as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas – determinadas ou determináveis – de modo que não há incerteza originária quanto ao lucro e prejuízo das partes cujo desfecho dependeria de evento incerto”. BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 79.

³³⁶ BANDEIRA, op. cit., p. 25.

momento da celebração do contrato proposto, quanto ao lucro ou prejuízo da cessionária e, conseqüentemente, da cedente, uma vez que pode ter cedido o crédito por valor significativamente menor do que o arbitrado, ao final do litígio, pelo juiz na condenação civil das pessoas jurídicas participantes do cartel.

Ademais, não há previsão normativa no Brasil proibindo a celebração desse modelo de contrato atípico, até porque o artigo 425, do Código Civil, permite a celebração de contratos atípicos, com observância das normas do Código. Além disso, também não há, inclusive, nem norma identificando que o direito de se perquirir o montante indenizatório alheio seja intransferível, no ordenamento jurídico brasileiro. Vale notar, ainda, que Paula Bandeira (2010) defende que é possível a inserção da álea na relação contratual pela vontade expressa das partes, que a fazem com o intuito de alcançar objetivos por meio do contrato³³⁷.

Para se analisar os objetivos intrinsecamente relacionados aos benefícios do negócio jurídico a ser celebrado, é necessário, primeiramente, tratar mais especificamente das dificuldades que os supostos prejudicados por cartel possuem na busca pela reparação integral do dano, com exceção da problemática relacionada à morosidade do Judiciário, já exposta anteriormente.

Para isso, recorre-se à doutrina europeia que identifica diversas dificuldades semelhantes às que ocorrem no Brasil para os supostos prejudicados pelo ilícito concorrencial requererem a respectiva reparação. Neste sentido, Vasil Savov (2015)³³⁸ identificou que as principais dificuldades enfrentadas pelos supostos prejudicados do cartel quando buscam a reparação do dano é a possibilidade de perda de relações comerciais com os participantes do cartel, além dos altos custos com judicialização da questão, como pagamento de honorários advocatícios, de pareceristas e de custas processuais. Apesar de o Brasil não possuir altas taxas de custas processuais como ocorre em países da Europa, os prejudicados pelo cartel terão que arcar com os honorários advocatícios, que podem se tornar demasiadamente onerosos, ainda mais quando os supostos prejudicados se tratarem de empresas de pequeno porte ou de microempresas.

³³⁷ BANDEIRA, op. cit., p. 71.

³³⁸ SAVOV, Vasil. *Quel rôle du regroupement de créances indemnitaires par voie de cession pour la réparation du préjudice subi em raison d'infractions commises au droit de la concurrence?* Revista de Concorrência e Regulação, n. 22, abril/junho 2015, p. 213-224.

Portanto, os benefícios do contrato de cessão do crédito indenizatório, para o cedente, nas lições de Antonio Davola (2015)³³⁹ seriam o ressarcimento pelo dano material muito mais rápido e facilmente, em virtude da celebração do negócio jurídico com a cessionária, apesar de poder ganhar um montante menor com a celebração do negócio do que ganharia com o processo judicial. Por sua vez, para a cessionária, caso haja prévia decisão da Autoridade da Concorrência condenando o cartel, bastaria a prova da existência do dano e donexo causal. Vale notar, quanto a isso, que a cessionária, no Brasil, teria que provar o ato ilícito, o cartel, uma vez que a jurisdição cível não está vinculada à decisão do CADE.

Além desses, o maior benefício para a cessionária seria a busca do lucro, uma vez que o montante de crédito indenizatório entendido pelo Judiciário como o necessário para a reparação do dano pode ser maior do que o estimado com a vítima no momento da celebração do contrato. Neste sentido, para Vasil Savov (2015), a cessionária tem a possibilidade de agrupar as cessões de crédito, permitindo o estabelecimento de simetrias de informações para análises jurídicas e econômicas mais complexas, possibilitando, assim, maiores chances de resultados positivos no Judiciário³⁴⁰.

O agrupamento de cessões de crédito em uma única empresa foi, inclusive, objeto do parecer do Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), no processo C-352/13, envolvendo a empresa CDC em desfavor das empresas alegadamente participantes do Cartel de Peróxido de Hidrogênio. Neste sentido, o Advogado-Geral, manifestou-se favoravelmente sobre o negócio jurídico de cessão de crédito indenizatório em casos mais complexos, nos termos a seguir:

“De facto, a emergência de intervenientes processuais como a demandante no processo principal, que têm por objeto agrupar ativos baseados em direitos de indemnização emergentes de infrações ao direito da concorrência da União, parece-me revelador de que, em situações mais complexas de entraves à concorrência, não é razoável para os lesados terem de litigar eles próprios e individualmente contra os diversos autores deste tipo de entraves³⁴¹”.

Diante disso, também há benefício socioeconômico na celebração do negócio jurídico no Brasil. Isso porque, apesar de representar altíssimos riscos para ambas as partes contratantes, a cessão de crédito indenizatório, caso seja viável, pode contribuir para que mais ações de reparação sejam ajuizadas, prevenindo, portanto, a prática de cartel no Brasil.

³³⁹ DAVOLA, Antonio. *Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market*. Revista de Concorrência e Regulação, n. 22, abril/junho 2015, p. 197-212.

³⁴⁰ SAVOV, 2015, p. 216.

³⁴¹ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1494997698442&uri=CELEX:62013CC0352>>.

Neste sentido, no que tange à relação entre ajuizamento de ações reparatórias e prevenção de cartel, Daniel Caselta (2016) identificou que a doutrina concorrencial conclui que as demandas reparatórias possuem três funções principais. A primeira concerne no aumento da “probabilidade de detecção de carteis, por incentivarem os próprios prejudicados a denunciarem a prática e a ingressarem em juízo para fazê-la cessar e obter reparação”³⁴². A segunda trata-se da “divisão de tarefas entre os particulares e as autoridades de defesa da concorrência, viabilizando que as autoridades poupem recursos que podem então ser empregados na detecção de outros carteis”³⁴³. Por fim, a terceira função seria o aumento da “sanção jurídica esperada em caso de detecção do cartel, pois, além de estarem sujeitos às sanções administrativas e criminais, os infratores também podem ser obrigados a pagar indenizações aos prejudicados”³⁴⁴.

Portanto, o contrato aqui proposto trata-se de contrato aleatório, no qual, como visto, ambas as partes contratantes, por vontade livre, decidem assumir os respectivos riscos inerentes ao negócio jurídico a ser celebrado, em razão dos seus benefícios. Analisada a natureza jurídica do contrato, há de se tratar sobre as suas potenciais partes contratantes, mais especificamente, identificando os cedentes do crédito.

3. Potenciais cedentes do crédito indenizatório

Com o intuito de identificar as pessoas jurídicas e físicas que poderiam ser potenciais cedentes do crédito indenizatório, primeiramente, realizar-se-á breve digressão sobre o cartel e seus efeitos aptos a prejudicar terceiros. Neste sentido, a Resolução nº 20 do Cade, de 9 de junho de 1999, conceitua os carteis como:

“Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos do monopólio”.

Verifica-se, portanto, que a Resolução identifica que um dos intuitos do cartel é a tentativa de aumento de preços e lucros conjuntamente com concorrentes. No entanto, o cartel não se limita a isso, sendo este também o entendimento do CADE, manifestado no recente julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51, em 7 de dezembro de 2016. Em síntese, o processo teve como objeto a apuração de cartel de distribuidoras, Liquigás

³⁴² CASELTA, 2016, p. 73.

³⁴³ Ibid., p. 73.

³⁴⁴ Ibid., p. 73.

Distribuidora S/A, Supergasbrás Energia Ltda. e Paragás Distribuidora Ltda., de gás liquefeito de petróleo (GLP) no Estado do Pará. Em seu voto-vista, o ex- Conselheiro Márcio de Oliveira ressaltou que as empresas participantes de cartel tem inovado no modo de praticar condutas anticoncorrenciais, conforme identificado na jurisprudência da Autoridade da Concorrência, nos seguintes termos “é difícil isolar a estratégia de um cartel para apenas “preços” ou somente para “quantidades” [...] aliás, a adoção de uma estratégia única de cartelização tem sido cada vez rara nos últimos casos trazidos ao Plenário”.

O entendimento do ex-Conselheiro Márcio de Oliveira e, conseqüentemente do CADE, visto que foi voto vencedor, vai ao encontro do entendimento da União Europeia do que seja cartel, conforme se depreende da Diretiva 2014/104/UE. Isso porque esta norma define que o cartel é um “acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência”, dispondo de exemplos de sua prática, como a fixação de preços, a atribuição de quotas de produção e a repartição de clientes, também deixando em aberto a definição de condutas consideradas como cartel aptas de condenação pelas Autoridades da Concorrência.

Assim, diante da diversidade de condutas colusivas que tem sido identificada pelo CADE, e também, pela União Europeia, conseqüentemente, o cartel também passa a produzir efeitos diversos, podendo causar prejuízos a uma pluralidade de pessoas físicas e jurídicas diferentes. Daniel Caselta (2016) cita, por exemplo, três dos efeitos do cartel: o sobrepreço, a redução geral de bem-estar na sociedade e a “redução de incentivos para que as empresas invistam na melhoria dos produtos ou na redução de custos, dentre outros custos adicionais”³⁴⁵. Dessa forma, as empresas participantes de cartel podem prejudicar os próprios concorrentes, criando barreiras à entrada ou dificuldades para o regular funcionamento de suas atividades. Alegação semelhante teria ocorrido no conhecido Cartel dos Genéricos, no qual laboratórios foram condenados no Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48 por, também, limitar a entrada de empresas que vendessem medicamentos genéricos no mercado. Inclusive, o Laboratório Teuto Brasileiro Ltda. ajuizou ação reparatória, distribuída em 2 de maio de 2000 para a 35ª Vara Cível do Estado de São Paulo e autuada sob o nº 0548926-49.2000.8.26.0100, contra as empresas Boeringher Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., Bayer S/A, Altana Pharma Ltda., Laboratórios Biosintética Ltda., Abbott Laboratórios Biosintética Ltda., Eurofarma Laboratórios Ltda., Akzo Nobel Ltda., Aventis Behring Ltda., Ely Lilly do Brasil

³⁴⁵ CASELTA, op. cit., p. 34.

Ltda., Synthelabo Ltda., Abifarma, Bristol Myers Squibb Brasil S.A., Janssen Cilag Farmacêutica Ltda., Indústria Química Farmacêutica Schering Plough S/A, Schering do Brasil Química e Farmecêutica Ltda., Aventis Pharma Ltda., Monsanto do Brasil Ltda., Laboratório Wyeth – Whitehall Ltda., Produtos Roche Química e Farmacêutica Ltda., Astra Zeneca do Brasil Ltda., Glaxo Wellcome S/A e Merck Sharp & Dhome Farmacêutica Ltda. pelos prejuízos supostamente causados em razão do alegado cartel. No entanto, o pedido inicial foi julgado improcedente em sentença proferida em 22 de dezembro do 2008 pelo juiz da causa³⁴⁶. Ademais, no Cartel dos Genéricos, o Ministério Público Federal também ajuizou ação reparatória por meio da Ação Civil Pública nº 0029912-22.2001.4.03.6100 contra as empresas supostamente envolvidas no cartel, também julgada improcedente pelo juiz da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo³⁴⁷.

Nos processos em que houve condenação de cartel pelo CADE também foram identificados uma diversidade de consumidores e fornecedores prejudicados pela conduta anticoncorrencial. Nos termos da Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente, em seu artigo 2º, há a definição de que os consumidores são “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto como destinatário final”. Por sua vez, os fornecedores, nos termos do artigo 3º do mesmo diploma legal, “desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Neste sentido, também foram detectadas ações reparatórias ajuizadas por consumidores ou fornecedores que se sentiram prejudicados pela prática do cartel. Exemplo disso foi a ação nº 9848158-78.2006.8.13.0024, que tramitou na 22ª Vara Cível de Belo Horizonte/Minas Gerais, ajuizada pela Cobraço Comercial Brasileiro de Aço Ltda. e pela Cobraço Serviços Ltda. em face da Companhia Siderúrgica Belgo Mineira, com fundamento nos danos causados pelo Cartel dos Vergalhões (Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21). O pedido foi

³⁴⁶ Em breve síntese, a autora da ação alegou que representantes dos réus teriam se reunido em julho de 1999 para realizar campanhas contra a venda e distribuição de medicamentos genéricos no Brasil. O juiz da causa entendeu, com base nas conclusões do laudo pericial, que à época das campanhas publicitárias, não havia registro de medicamentos genéricos no Brasil. Conforme a sentença, a própria autora da ação teria informado que só obteve registro para a fabricação de medicamentos genéricos em fevereiro de 2002, depois das referidas campanhas. O juiz também entendeu que a indenização não seria devida porque, apesar de potencialmente ter tido alguma dificuldade em acessar alguns distribuidores de medicamentos, a autora também teria buscado ampliar a sua participação de mercado de forma abusiva.

³⁴⁷ Em resumo, o MPF requereu a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais coletivos em razão de alegada cartelização em julho de 1999 com o fito de “boicotar” a distribuição de medicamentos genéricos no Brasil. O juiz da causa julgou pela improcedência do pedido em razão de ter entendido que não houve conduta proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que seria aceito que a atuação do réus fosse no sentido de fortalecerem os seus produtos no mercado, sem que houvesse acordo, nem danos causados a terceiros.

julgado parcialmente procedente em sentença de 27 de abril de 2012, mantida pela 11ª Câmara Cível nos autos da Apelação Cível nº 9848158-78.2006.8.13.0024, julgada em 29 de junho de 2016, apenas para que fosse determinada a cessação da prática de cartel.

Ademais, as vítimas do cartel também podem ser entes públicos, principalmente quando se trata de cartel em licitação. Nesse sentido, foi identificada uma ação reparatória ajuizada pelo Estado do Espírito Santo em desfavor da empresa White Martins Gases Industriais Ltda., nos autos do Procedimento Comum nº 0011145-05.2014.4.02.5001, da 5ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo, em razão de suposto dano causado por cartel no mercado de gases hospitalares e industriais (Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70). Não foi proferida sentença na ação até o dia 31 de agosto de 2017. No entanto, deve ser objeto de pesquisas posteriores a possibilidade de entes municipais, estaduais e federais celebrarem o tipo de negócio jurídico proposto neste trabalho.

Por fim, também foram identificados, como vítimas de cartel, os planos de saúde, principalmente nos processos envolvendo conluio entre profissionais autônomos da saúde almejando aumento dos honorários médicos pagos pelos respectivos planos. No entanto, usando a metodologia deste trabalho, não foram encontradas ações cíveis de reparação ajuizadas por planos de saúde em desfavor dos participantes de cartel que supostamente os prejudicaram. Assim, como visto, os potenciais cedentes do crédito indenizatório são as pessoas físicas ou jurídicas vítimas do cartel, sugerindo-se posterior análise da viabilidade de entes públicos celebrarem o tipo de contrato aqui proposto. Superado o exame sobre os potenciais cedentes do crédito, há que se averiguar a viabilidade jurídica de a empresa cessionária do crédito ajuizar a ação reparatória em nome próprio, com fundamento na cessão do crédito, para defender o direito de reparação do cedente.

4. A legitimidade ativa processual da cessionária

Com o intuito de identificar a legitimidade ativa processual na ação reparatória com fundamento na cessão do crédito, recorre-se à doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016), que sustenta que “a regra do sistema processual, ao menos no âmbito da tutela individual, é a legitimação ordinária, com o sujeito em nome próprio defendendo interesse próprio”³⁴⁸. A Lei do CADE, inclusive, em seu artigo 47, dispõe que os prejudicados pelo cartel, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e

³⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 200.

órgãos da Administração Pública especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, com o fim de defender os interesses e direitos dos consumidores, são os legitimados para ingressarem em juízo, requerendo a reparação dos danos supostamente causados por cartel.

No entanto, Daniel Amorim (2016) também menciona que “excepcionalmente admite-se que alguém em nome próprio litigue em defesa do interesse de terceiro, hipótese em que haverá uma legitimação extraordinária³⁴⁹”. Neste sentido, o *caput* do artigo 18 da Lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil (“CPC”), prevê a necessidade de autorização do ordenamento jurídico para que possa ocorrer a legitimação extraordinária, tendo em vista que a regra seria a de que ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio.

Assim, o próprio CPC prevê hipóteses de legitimação extraordinária. Desse modo, o §1º, do artigo 109, dispõe que o cessionário da coisa ou do direito litigioso pode suceder o cedente, apenas em caso de consentimento da parte contrária. Neste caso, ocorre o fenômeno da sucessão processual, quando “um sujeito que compõe o polo ativo ou passivo é retirado da relação jurídica processual para que um terceiro tome o seu lugar³⁵⁰”. No entanto, é necessária a anuência da parte contrária para que haja a sucessão processual, o que poderia consistir em mais um dos riscos assumidos pelas partes ao celebrarem o negócio jurídico aqui proposto, caracterizando, ainda mais, a aleatoriedade do contrato. Caso a parte contrária concorde com a sucessão, o cedente não precisará ter o ônus de acompanhar o processo até o seu julgamento definitivo e posterior trânsito em julgado, cabendo todo o ônus processual unicamente ao cessionário, que deverá provar o ato ilícito, o dano material causado ao cedente e o nexo causal.

Por sua vez, em caso de discordância da parte contrária, é ainda possível que o cessionário intervenha no processo como assistente litisconsorcial do cedente, nos termos do §2º, do supracitado artigo 109. Neste sentido, Daniel Amorim (2016) afirma que “em virtude de o assistente litisconsorcial ser também titular do direito que compõe o objeto do processo, os atos de disposição praticados exclusivamente pelo assistido não terão nenhum efeito³⁵¹”. Nesta hipótese, portanto, o assistido, cedente do crédito, terá que atuar processualmente em conjunto com o assistente litisconsorcial, cessionária. Portanto, caberá às partes, na celebração do negócio jurídico, optarem pela assunção também desse risco processual, qual seja, a anuência da parte contrária nos autos da ação reparatória.

³⁴⁹ NEVES, op. cit., p. 200.

³⁵⁰ NEVES, op. cit., p. 203.

³⁵¹ NEVES, op. cit., p. 524.

Tanto na sucessão processual, quanto na assistência litisconsorcial, caso haja significativo aumento de ações reparatórias em desfavor das empresas que causaram danos por meio do cartel, a cessionária do crédito indenizatório contribuirá para a prevenção desse ato ilícito, como visto anteriormente, e para a realização de alguns dos princípios constitucionais, enumerados no artigo 170 da Constituição Federal, mais especificamente, dos princípios da livre concorrência, da repressão ao abuso do poder econômico e da defesa do consumidor.

Apesar de a Constituição Federal não definir o que seja o princípio da livre concorrência, “o significado da concorrência e os seus objetivos são historicamente determinados, de acordo com o conteúdo das normas e das políticas públicas adotadas para a sua concretização”³⁵². Neste sentido, Roberto Pfeiffer (2010) ressalta que o princípio da livre concorrência confere dupla proteção para as empresas. A primeira, seria a vedação a privilégios estatais e a segunda seria a vedação “de condutas ilícitas praticadas por suas concorrentes que as impeçam de competir livremente no mercado”³⁵³. Dessa forma, quanto à segunda proteção, os agentes econômicos que praticaram condutas colusivas terão a obrigação de reparar os danos materiais causados aos que foram impedidos de concorrer livremente nos respectivos mercados relevantes afetados pelo cartel.

É notório que carteis, em regra, são formados por empresas que detêm poder econômico -- ou seja, são agentes que possuem capacidade suficiente de definirem suas “políticas de preço, quantidade de oferta, qualidade de produto” sem preocupações com as políticas dos demais concorrentes³⁵⁴-- , abusando deste para, em geral, buscarem maior lucro na venda de seus produtos ou na prestação de seus serviços. Assim, é aplicável também o princípio da repressão ao abuso do poder econômico que “determina que seja editada lei que proteja aqueles que podem ser prejudicados por tal abuso”³⁵⁵. Dessa forma, o que se está a evitar, por meio da reparação civil, não é a detenção de poder econômico pelas empresas, mas o abuso desse poder. É claro que consumidores podem ser também prejudicados pelo abuso do poder econômico das empresas participantes do cartel, como visto anteriormente, contribuindo a ação reparatória para, em conformidade com o princípio da defesa do consumidor, conferir “validade à inclusão do bem-estar do consumidor dentre os objetivos da política de defesa da concorrência”³⁵⁶.

³⁵² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 10.

³⁵³ PFEIFFER, op. cit., p. 12.

³⁵⁴ FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade Civil por Infração da Ordem Econômica*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 19.

³⁵⁵ PFEIFFER, op. cit., p. 13.

³⁵⁶ PFEIFFER, op. cit., p. 29.

Além dos princípios constitucionais, a possibilidade de a cessionária ingressar em juízo seja como sucessora processual ou assistente litisconsorcial possibilitaria também a concretização de algumas das funções da reparação civil.

Neste caso, o dever de indenizar o dano concorrencial causado pela prática de cartel pode passar a ter, mesmo que indiretamente, função punitiva no sentido de punir a violação à livre concorrência e o abuso do poder econômico que detinha, com a respectiva reparação patrimonial dos danos causados. Neste sentido, Bruno Maggi (2010) entende que “essa função visa dar efetividade à reparação e evitar que novas infrações ocorram em desrespeito às normas civis”, podendo tanto ocorrer na esfera dos danos morais quanto nos patrimoniais³⁵⁷. Há de se destacar que não se está a tratar especificamente de majoração do montante indenizatório para reparar o dano material, mas em consequências indiretas, tais como a própria “imputação de uma culpa moral” ao causador do dano³⁵⁸. Também é importante notar que, apesar de o artigo 944 do Código Civil prever que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, o Enunciado nº 379, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, dispõe que a função punitiva não é contrária ao ordenamento jurídico no que tange ao diploma da responsabilidade civil, nos seguintes termos “o art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

Assim, além da função punitiva da indenização, mesmo que indireta, a reparação também pode ter função pedagógica, contribuindo para desincentivar a prática de ilícitos anticoncorrencias. Isso porque a possibilidade de pagar quantias indenizatórias aos prejudicados por cartel poderia configurar um desestímulo aos participantes do conluio, ainda mais quando a reparação dos danos concorrenciais for perquirida mais frequentemente pelos prejudicados pelo cartel. Quanto à função pedagógica, Ana Frazão (2011)³⁵⁹ entende ser uma das funções da responsabilidade civil na atualidade “cuja dimensão social é evidente, já que ultrapassa a relação entre o causador do dano e a vítima que requer a indenização”³⁶⁰. No mesmo sentido, Daniel Caselta (2016) também destaca que a doutrina entende que as ações reparatórias podem contribuir para inibir a prática de cartel, “embora se reconheça que a prevenção de

³⁵⁷ MAGGI, 2010, p. 195-196.

³⁵⁸ Ibid, p. 180.

³⁵⁹ FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, n. 4, out/dez 2011, p. 17-43.

³⁶⁰ FRAZÃO, op. cit., p. 36.

carteis é tarefa precípua do sistema de controle de condutas a cargo do CADE e das autoridades criminais”³⁶¹.

Por fim, e principalmente, a responsabilidade civil por danos causados por cartel também possui a função de reparar o dano patrimonial do supostamente prejudicado pela prática anticompetitiva, entendendo Daniel Caselta (2016) que são as ações indenizatórias e não as multas e penas de prisão que permitem a realização dessa função³⁶². Porém, para que a ação indenizatória surta efeitos, é necessário que o ato ilícito seja provado, além da prova do nexo causal e do dano, cabendo precipuamente à cessionária do crédito fazer essa prova nos autos, pela racionalidade do negócio jurídico aqui proposto.

Apesar disso, quanto ao cálculo do dano, não há consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre a metodologia adequada, sendo, em geral, associado ao cálculo de sobrepreço. Porém, André Francisco (2014) defende que o dano de cartel não pode se resumir à análise de preços, nos termos a seguir:

“Muito embora o sobrepreço seja a mais comum, não é a única manifestação possível de dano emergente em casos de infração antitruste. Basta observar, a título de exemplo, o caso do Cartel dos Frigoríficos, que não produziu diretamente efeitos à jusante, mas sim à montante; os frigoríficos impuseram a restrição aos produtores de gado, que sem ter como escoar sua produção por outras vias, tiveram de aceitar negociar seus produtos por um subpreço.

[...]

Entretanto, a classificação parece ainda comportar mais uma modalidade de dano, pois também é possível cogitar acerca de acordos colusivos que tenham por objeto não propriamente a alteração do preço final, mas sim a depreciação da qualidade dos produtos comercializados (com redução de custos e consequente aumento da margem de lucro); nesse caso a dano antitruste não se manifestaria através do preço, mas sim na qualidade do produto³⁶³”.

Por sua vez, há também o entendimento de que o cálculo do dano também não pode estar associado à apuração da vantagem individualmente auferida pelos participantes do cartel, como expressado por Bruno Maggi (2010). Para o autor, associar a vantagem auferida ao cálculo do dano do cartel eximiria a responsabilidade dos participantes de um cartel deficitário, que não obtiveram lucro e portanto, “seria um total contra-senso pensar que a sociedade devesse arcar não somente com o ato ilícito praticado pelo cartelista como ainda pela sua incompetência em gerenciar o cartel”³⁶⁴. Assim, os entendimentos de André Francisco (2014) e de Bruno Maggi (2010) vão ao encontro do posicionamento do ex-Conselheiro Márcio Oliveira, no caso do Cartel de GLP no Estado do Pará, de que carteis não geram apenas sobrepreço.

³⁶¹ CASELTA, op. cit., p. 74.

³⁶² CASELTA, op. cit., p. 69.

³⁶³ FRANCISCO, op. cit., p. 81.

³⁶⁴ MAGGI, op. cit., p. 92.

Ademais, neste caso de suposto cartel, foi levantada a tese de que o CADE deveria estimar o dano concorrencial causado pelos participantes do conluio, tendo em vista que a sanção pelo ato ilícito deveria ser proporcional ao dano causado. Porém, o entendimento contrário também foi proferido pelo ex-Conselheiro Márcio de Oliveira que defendeu que o ordenamento jurídico pátrio não atribuiu ao CADE a competência para reparar danos concorrenciais, mas ao Judiciário.

Ora, de fato, seria um grande avanço para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e também para a esfera de reparação cível a análise do dano concorrencial pelo CADE. Isso porque a Autarquia possui *expertise* necessária para analisar ilícitos antitruste e um corpo técnico de economistas que compõem o Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”).

Ocorre que a apuração do dano concorrencial não é competência atribuída pelas normas brasileiras ao CADE. Essa realidade também foi mencionada pelo ex-Conselheiro Márcio Oliveira em seu voto supramencionado. Não só o referido Conselheiro, mas o Conselheiro Alexandre Cordeiro, quanto a este assunto, destacou em seu voto-vogal que a reparação do dano não é finalidade da atividade punitiva do Estado. Apesar de o CADE não ter atribuição legal para a quantificação de danos, a Lei nº 12.529/2011 confere à Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”) a prerrogativa de “elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional”, em seu inciso IV, do artigo 19. Tal prerrogativa pode se dar de ofício ou a requerimento do CADE e de outros órgãos discriminados na lei, a fim de “promover a concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade” (*caput* do artigo 19). Há de se destacar que a própria lei também permite que a SEAE possa requisitar informações de outros órgãos, mantendo o sigilo legal, para o cumprimento de suas funções, nos termos do inciso I, do §1º, do artigo 19. Nesse sentido, a SEAE poderia auxiliar na quantificação dos danos nos casos concretos. No entanto, haveria de se atentar para a necessidade de se evitar a má alocação de recursos estatais na quantificação dos danos. Isso porque, além de não haver vinculação entre a decisão do Cade, entre os pareceres da SEAE e a decisão judicial em ação pleiteando reparação de danos, a inexistência de unanimidade acerca da metodologia adotada para a realização dos cálculos de quantificação de danos poderia gerar divergências na apuração do montante indenizatório na esfera judicial, apesar dos esforços e da alocação de recursos para tal incumbência na esfera administrativa.

No entanto, o dissenso e a dificuldade em se calcular o dano em ações reparatórias por danos concorrenciais não são um problema apenas brasileiro. Prova disso é a Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014, dentre as

suas considerações de número 45, ter reconhecido que a quantificação dos danos é frequentemente onerosa e complexa para os demandantes, podendo representar um obstáculo ao pedido de reparação.

Por isso, a Diretiva, além de ter normatizado, no inciso 2, do artigo 17, o entendimento que cartéis, presumidamente, causam danos, determinou, nos incisos 1 e 3 do mesmo artigo, especificamente quanto à quantificação dos danos, que os Estados-Membros da União Europeia devem garantir que o ônus da prova e o grau de convicção do julgador não tornem o direito a requerer a reparação inconcebível. Ademais, a Diretiva estabelece a necessidade de especialização dos tribunais nacionais, de forma que possam calcular o dano estimado do cartel, quando seja demasiadamente oneroso quantificá-lo com precisão. Por fim, também foi instituído que as autoridades da concorrência nacionais possam, quando requeridas e caso entendam como necessário, auxiliar os respectivos tribunais na quantificação do montante do dano.

Ademais, por determinação da Diretiva, os Estados-Membros da União Europeia teriam até o dia 27 de dezembro de 2016 para transpor as determinações em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos. Por meio do sítio eletrônico da Comissão Europeia³⁶⁵, depreende-se que até o dia 14 de junho de 2017, 20 Estados-Membros da União Europeia haviam comunicado à Comissão a completa transposição da Diretiva ao ordenamento jurídico interno: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Polônia, Reino Unido, Romênia e Suécia.

Na Dinamarca, por exemplo, no parágrafo 12, subseção 2, do capítulo 7 da *Competition Damages Act*³⁶⁶, foram mantidos os dispositivos da Diretiva de que o cartel, presumidamente, gera dano concorrencial e de que a Autoridade da Concorrência dinamarquesa, a pedido do dos tribunais nacionais, poderia auxiliá-los na quantificação dos danos. Já na Irlanda e na Itália, na *European Union (Actions for Damages for Infringements of Competition Law) Regulations 2017*³⁶⁷, artigo 15, e no *Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3*³⁶⁸, no artigo 14,

³⁶⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Directive on Antitrust Damages Actions*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

³⁶⁶ Legislação disponível em: <<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=185607>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

³⁶⁷ Legislação disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2017/si/43/made/en/pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

³⁶⁸ Legislação disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2017-01-19&atto.codiceRedazionale=17G00010&elenco30giorni=true>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

respectivamente, também há a previsão de que presumidamente, o cartel gera danos concorrenciais, e que o seu cálculo pode ser feito por estimativa, caso seja impossível ou excessivamente difícil prová-lo. Ademais, atribuíram a competência aos tribunais nacionais de quantificarem os danos, além de incluírem a disposição a respeito da assistência que pode ser prestada pela Autoridade da Concorrência nacional na referida quantificação.

Por fim, em Luxemburgo, foi editada a *Loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence*³⁶⁹. Através da referida lei, o ordenamento jurídico interno reconheceu que o cartel ocasiona danos concorrenciais de forma presumida, no artigo 2. No entanto, a lei não mencionou nem as disposições acerca da estimação do dano concorrencial, nem sobre a assistência que pode ser prestada pela Autoridade da Concorrência nacional aos tribunais nacionais.

Diante do exposto, verificou-se que a aleatoriedade do contrato não está baseada apenas no risco relativo ao pronunciamento judicial sobre a condenação ou não de participantes de cartel em repararem o suposto dano, mas também na possibilidade de que a cessionária ajuíze a ação em nome próprio, tendo em vista a previsão legal da necessidade de aceitação da parte contrária para que a sucessão processual ocorra. Caso haja discordância da parte contrária, a cessionária teria que ingressar no processo como assistente litisconsorcial, a fim de recuperar o crédito a si cedido.

5. O prazo prescricional para o ajuizamento da ação reparatória

Outra questão relativa à reparação civil por dano concorrencial, de interesse da cessionária e do cedente, é o termo inicial para contagem do prazo prescricional. Neste sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, há duas disposições relevantes sobre a matéria. Por antiguidade, a primeira é a da Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, que prevê o prazo de cinco anos para o ajuizamento da ação reparatória por danos causados a consumidores. Por sua vez, o Código Civil, em seu artigo 206, §3º, inciso V, estabelece o prazo prescricional de três anos para as ações reparatórias em geral.

No que concerne aos respectivos termos iniciais, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que a contagem da prescrição se inicia a partir do conhecimento do dano e da autoria do ato ilícito. Já o Código Civil, em seu artigo 189, afirma que a pretensão de ressarcimento nasce

³⁶⁹ Legislação disponível em: <<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/memorial/2016/245>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

com a violação do direito. Neste sentido, Daniel Caselta (2016) afirma que este dispositivo “consagra o princípio da *actio nata*, pelo qual a pretensão nasce com a violação do direito”³⁷⁰.

No entanto, quando se trata de dano causado por cartel, a doutrina tem se debruçado a entender se bastaria a violação do direito ou se seria também necessário o conhecimento do dano pelo prejudicado, considerando que a investigação e os documentos relacionados à prática do cartel são, em geral, sigilosos. Neste sentido, André Francisco (2014) entende ser razoável que o autor da ação reparatória tenha o ônus, no que tange ao termo inicial, apenas de “afirmar o momento em que tomou ciência inequívoca da infração; e ao réu o ônus de comprovar eventual imprecisão dessas informações”³⁷¹. Este também é o entendimento de outros autores, como Daniel Caselta (2016)³⁷². Por sua vez, o entendimento da jurisprudência não é uniforme.

Com o intuito de analisar os posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema, serão examinadas as ações com pedido de reparação por dano de cartel nas quais o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal, instâncias uniformizadoras de jurisprudência, se pronunciou sobre o termo inicial da prescrição. Por sua vez, também serão examinadas as respectivas decisões de primeira instância, nas quais os juízes se pronunciaram sobre a prescrição. Há de se notar, ainda, que, de acordo com as decisões identificadas que foram proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, até 31 de agosto de 2017, não houve pronunciamento especificamente sobre o termo inicial da prescrição nas ações reparatórias identificadas neste trabalho. Ademais, apenas para fins metodológicos, os cinco processos nos quais houve pronunciamento sobre o termo inicial da prescrição estão organizados, abaixo, em ordem cronológica de distribuição das ações na primeira instância.

Diante disso, o primeiro processo trata-se da Ação Civil Pública nº 0041581-79.2005.8.21.0027, da 2ª Vara Cível da Comarca de Santa Maria, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor de pessoas físicas e postos de combustíveis estabelecidos no município de Santa Maria/RS. O Ministério Público sustentou que em 2002 os réus teriam se reunido para acordar ajuste de preços de gasolina comum, requerendo, dentre os pedidos, a condenação dos réus ao pagamento de indenização por dano material aos consumidores prejudicados e por dano moral coletivo.

O argumento de ocorrência de prescrição foi suscitado pelo réu Arlindo dos Santos Dutra em suas contrarrazões, sob o fundamento de que, como o juízo criminal havia extinguido a punibilidade em virtude de prescrição, o mesmo deveria ocorrer na esfera cível. No entanto,

³⁷⁰ CASELTA, op. cit., p. 198.

³⁷¹ FRANCISCO, op. cit., p. 119.

³⁷² CASELTA, op. cit., p. 200.

o juiz da causa, entendeu, por sentença proferida em 28 de dezembro de 2010, que o argumento não deveria prosperar, tendo em vista que a extinção da punibilidade estatal na esfera penal não vincula o reconhecimento da prática do ato ilícito. O mesmo entendimento foi mantido pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (“TJRS”) no julgamento da respectiva Apelação Cível nº 0462350-66.2011.8.21.7000, em 27 de agosto de 2015.

O segundo caso refere-se à Ação Ordinária nº 0130316-15.2011.8.26.0100, da 38ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo, ajuizada pela empresa Granel Química Ltda. contra a Air Liquide Brasil Ltda., requerendo, o pagamento de indenização por danos materiais no montante de aproximadamente R\$ 2 milhões. A autora sustentou que, a partir de 2001, a ré passou a majorar os preços de nitrogênio líquido fora do pactuado em contrato e fora dos índices autorizados pelo governo federal. Ademais, informou que em setembro de 2010, veio a público a investigação do CADE sobre a participação da empresa ré em cartel de gases industriais e hospitalares. Por sua vez, em suas contrarrazões, a empresa ré sustentou a ocorrência de prescrição.

No entanto, em sentença de 9 de abril de 2014, o juiz da causa entendeu, quanto à prescrição, que o seu termo *a quo* deve se iniciar a partir da decisão definitiva proferida pelo Cade, ou seja, em 2010. A empresa ré apelou da sentença. O Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”), em 22 de junho de 2017, deu provimento ao recurso de apelação, para julgar improcedente a ação no mérito. Quanto à prescrição, o TJSP entendeu pela inoccorrência de prescrição, tendo em vista que a ação versava sobre descumprimento de obrigação geral negativa, devendo o prazo correr a partir da data em que a autora tomou conhecimento da existência da violação ao direito da concorrência.

O terceiro processo também relativo ao cartel de gases industriais e hospitalares trata-se do Procedimento Comum nº 0018307-50.2013.8.21.0013, com trâmite na 1ª Vara Cível de Porto Alegre/RS, ajuizado pelo Hospital de Caridade de Erechim requerendo danos morais e materiais em desfavor da White Martins Gases Industriais Ltda., com fundamento no sobrepreço de cerca de 72% na venda de insumos hospitalares, devido à formação de cartel. Na decisão saneadora, o juiz da causa entendeu que deveria ser aplicada a teoria da *actio nata* no processo em questão, de forma que o termo inicial da prescrição se daria com a mudança do contrato celebrado entre o autor e o réu ou com a sua rescisão, que ocorreu no ano de 2013. Como a ação foi também ajuizada no ano de 2013, não teria ocorrido a prescrição. Insatisfeita com a referida decisão, a White Martins interpôs o Agravo de Instrumento nº 0475465-52.2014.8.21.7000, sustentando que o termo inicial da prescrição deveria ser a data

da suposta violação do direito e não a data da rescisão contratual. A 19ª Câmara Cível do TJRS entendeu, no entanto, que o prazo prescricional deveria começar a correr apenas da data em que se tomou ciência da violação do direito que, no caso, foi a data da rescisão do contrato, mantendo a decisão saneadora de primeiro grau.

O quarto caso refere-se ao desdobramento da Ação Civil Pública nº 0036211-12.2013.8.07.0001, ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal (“MPDFT”) em desfavor das empresas Liquigás Distribuidora S/A, SHV Gás Brasil Ltda. e Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda, distribuída para a 6ª Vara Cível de Brasília. Nesta ação, o MPDFT requereu, em síntese, a condenação das empresas por dano moral coletivo em razão de cartel visando à uniformização de preços de venda e revenda de gás liquefeito de petróleo – GLP no Distrito Federal, aumentando os preços em 4,5%, além de monitorarem revendedores e distribuidores, bem como realizarem divisão de mercado, especialmente no ano de 2009.

Em suas contestações, no que tange à prescrição, a Liquigás sustentou a ocorrência da prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que teria havido representação ao MPDFT em setembro de 2006 e a ação teria sido ajuizada apenas em 2013, defendendo, assim, que o termo inicial deve se dar pela ciência inequívoca dos fatos.

Em 7 de julho de 2014, o juiz da causa, por decisão saneadora entendeu quanto à prescrição que, em se tratando de direitos coletivos, a doutrina e a jurisprudência entendem que a ação é imprescritível. Ademais, não teria ocorrido prescrição quinquenal, tendo em vista que o suposto cartel teria durado até abril de 2010, que deveria ser o termo inicial da contagem da prescrição. Por sua vez, como a ação foi ajuizada em 2013, não teria ocorrido a prescrição. Inconformada com a decisão, a Liquigás interpôs o Agravo de Instrumento nº 0016790-05.2014.8.07.0000, retomando, em síntese, os mesmos argumentos da contestação. A 5ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território (“TJDFT”), no entanto, manteve os fundamentos da decisão saneadora.

Por sua vez, em 6 de março de 2015, sobreveio sentença julgando improcedente o pedido autoral com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, por entender pela inexistência de cartel. No entanto, o MPDFT interpôs a Apelação Cível nº 0036211-12.2013.8.07.0001, a qual foi dada provimento, sem análise da questão relativa à prescrição, uma vez que os desembargadores entenderam que, como a 5ª Turma já havia analisado a questão, a matéria teria se tornado preclusa.

Por fim, o quinto processo trata-se do Procedimento Comum nº 9848158-78.2006.8.13.0024, da 22ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG, ajuizada pelas empresas Cobraço

Serviços Ltda. e Cobração Comercial brasileira de Aço Ltda. em desfavor de Arcelor Mittal Brasil S/A. Por sentença de 27 de abril de 2012, o juiz da causa julgou improcedente o pedido de reparação pelos danos causados pelo cartel em questão devido à ocorrência de prescrição trienal, entendendo que o prazo prescricional deve começar a correr a partir da data da violação do direito, em 2001.

Em grau de apelação, autuada sob o nº 9848158-78.2006.8.13.0024, a 11ª Câmara Cível também entendeu ter havido ocorrência de prescrição trienal, tendo em vista que as autoras da ação reparatória teriam tido ciência do ato ilícito quando da rescisão do termo do acordo operacional para corte e dobras de aço em 6 de abril de 2001. Como a ação teria sido ajuizada apenas em 2006, teria ocorrido a prescrição. Neste caso, é necessário ressaltar que o Cade investigou o cartel sustentado como ato ilícito na ação reparatória, no Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21, tendo condenado o conhecido Cartel dos Vergalhões de Aço em 23 de setembro de 2005, ou seja, antes da sentença.

Além do termo inicial da contagem do prazo, também há discussões doutrinárias e judiciais relativas à suspensão da prescrição. Quanto à suspensão, o artigo 200, do Código Civil determina que, caso o ato ilícito a ser apurado na esfera cível também constitua crime, não correrá a prescrição até a respectiva sentença criminal definitiva. A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que, em caso de inexistência de ação penal no curso da ação cível reparatória, não é aplicável o artigo 200 do Código Civil³⁷³. Apenas em duas das ações de reparação identificadas neste trabalho houve o pronunciamento sobre a suspensão do processo.

A primeira ocorreu na supracitada Ação Civil Pública nº 0036211-12.2013.8.07.0001, na qual a empresa Supergasbrás requereu a suspensão da ação, em razão da tramitação simultânea da Ação Penal nº 2008.03.03.1.021456-0 na 1ª Vara Criminal de Ceilândia/DF, envolvendo os mesmos fatos, ainda que para apuração de conduta de ato isolado de funcionário. No entanto, o argumento não foi acolhido em primeiro grau, na decisão saneadora. Diante disso, a Supergasbrás interpôs o Agravo de Instrumento nº 0017102-78.2014.807.0000, retomando, em síntese, os mesmos argumentos da contestação. A 5ª Turma do TJDFT manteve os fundamentos da decisão saneadora, entendendo que apenas deve haver a suspensão do processo quando a decisão proferida na ação criminal influencie a ação cível, nos termos do artigo 64, do Código de Processo Penal. Ademais, os desembargadores entenderam que a ação penal, no caso concreto, facultava ao magistrado cível o sobrestamento do processo.

³⁷³ CASELTA, op. cit., p. 202-203.

O segundo processo, por seu turno, tratava-se da Ação Coletiva nº 1065317-65.2013.8.26.0100, da 18ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo, ajuizada pela Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo – FEHOSP contra as empresas White Martins Gases Industriais Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Linde Gases Ltda., Air Products Brasil Ltda. e Indústria Brasileira de Gases Ltda. – IBG, o juiz da causa entendeu, na decisão saneadora de 16 de março de 2015, pela inocorrência da prescrição, em razão do disposto no artigo 200 do Código Civil.

Insatisfeitas com a decisão saneadora, as empresas White Martins e Linde Gases ajuizaram, respectivamente, o Agravo de Instrumento nº 2075742-75.2015.8.26.0000 e 2066435-97.2015.8.26.0000, no TJSP. Em síntese, arguiram que o Cade identificou que o cartel teria agido dos anos de 1998 a 2003, ano a partir do qual o prazo prescricional deveria correr. No entanto, a 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal entendeu que o argumento das agravantes não deveria prosperar. Isso porque antes da decisão definitiva do Cade, em 2010, foi ajuizada, em 2009, a Ação Penal nº 0004517-95.2009.403.6181 contra os representantes das empresas por formação de cartel, julgada extinta em 2012. Os desembargadores entenderam, portanto, que neste período, em razão do disposto no artigo 200 do Código Civil, o prazo prescricional para a ação cível estaria suspenso, começando a fluir apenas em 2012, com o trânsito em julgado da sentença criminal. Como a ação coletiva foi ajuizada em 2013, os desembargadores entenderam que não teria ocorrido a prescrição.

Ademais, em se tratando de prescrição também há hipóteses de sua interrupção, como o protesto judicial interruptivo de prescrição. Nos termos do artigo 202, inciso II, do Código Civil, é causa interruptiva de prescrição o protesto judicial. O antigo Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/1973, em seu artigo 867, previa que o protesto judicial poderia ser realizado por aquele que “desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal”. Por sua vez, o novo Código de Processo Civil, apesar de não ter a mesma disposição do antigo Código, no §2º, do artigo 726, prevê que o protesto judicial possui as mesmas regras processuais relativas à notificação e à interpelação, no que couber. Assim, uma das opções da cessionária ao decidir sobre a data de ajuizamento da ação reparatória, é a possibilidade de ajuizar a ação de protesto, visando a interromper o prazo prescricional, nos termos legais.

Portanto, quanto à prescrição, não há uniformidade na jurisprudência nem sobre a data do seu termo inicial nem sobre a sua suspensão. Em síntese, quanto ao termo inicial, houve o posicionamento, nos casos encontrados, de que o termo *a quo* da prescrição deve se iniciar na

data da violação do direito ou na data do conhecimento do ato ilícito, sendo que, nesta hipótese, a data pode ser a decisão definitiva do Cade ou, em se tratando de relação contratual, as datas da alteração contratual lesiva ou da rescisão do contrato. Há de se notar, ainda, que um dos magistrados mencionou, em decisão saneadora, que a ação é imprescritível quando se trata de tutela de direitos coletivos.

Por sua vez, quanto à suspensão do prazo prescricional, houve o posicionamento de que o prazo prescricional não deveria correr até o trânsito em julgado da sentença penal, com fundamento no artigo 200 do Código Civil. Desembargadores também entenderam que a suspensão do processo nos termos do referido artigo 200 só deve ocorrer caso a ação penal influencie a ação cível.

Diante disso, a cessionária do crédito indenizatório por dano material oriundo de cartel, prudentemente, deve ser conservadora ao escolher a data de ajuizamento da demanda reparatória, de modo que o Judiciário não venha a declarar a ocorrência da prescrição.

6. Conclusão

O presente artigo teve como objetivo identificar a viabilidade jurídica do exercício empresarial de um novo *business* no Brasil relativo à cessão do crédito indenizatório por dano material causado por cartel, isso em virtude da necessidade de se incentivar as ações privadas de reparação por cartel. Assim, foi analisada, primeiramente, a ação paradigma ajuizada na Europa pela empresa *Cartel Damage Claims*, com fundamento na cessão de crédito de empresas prejudicadas pelo Cartel de Peróxido de Hidrogênio. Em segundo lugar, foram identificados os requisitos para o ajuizamento de ação reparatória por dano concorrencial no Brasil.

Posteriormente, debruçou-se sobre o exame da natureza jurídica do contrato proposto, concluindo-se pela aleatoriedade do contrato, baseado na incerteza das partes quanto à prestação contratual. Mais adiante, dedicou-se à identificação dos potenciais cedentes do crédito indenizatório, que não se confundem com os legitimados ativos para o ajuizamento da ação reparatória, previstos no artigo 47, da Lei do Cade, correspondendo, na verdade, aos supostos prejudicados pelo cartel. Quanto aos potenciais cedentes do crédito indenizatório, propõe-se que seja analisada a viabilidade de os entes públicos celebrarem o negócio jurídico aqui proposto.

Ademais, também foi averiguada a legitimidade ativa da cessionária para ajuizar ação reparatória em nome próprio, defendendo interesse de reparação alheio. Neste ponto, conclui-

se que essa sucessão processual só poderia ocorrer em caso de anuência da parte contrária, devendo a cessionária ingressar no processo como assistente litisconsorcial, em caso de discordância. Neste sentido, as partes contratantes assumiriam também o risco relativo à legitimidade ativa processual. Por fim, examinou-se os entendimentos jurisprudenciais acerca do termo inicial da prescrição, bem como da suspensão do processo em razão de ação penal, depreendendo que, em razão do dissenso jurisprudencial sobre o tema, a cessionária do crédito deve ajuizar a ação reparatória no prazo mais conservador o possível para que o Judiciário não entenda pela ocorrência da prescrição.

Diante do exposto, foi identificada a viabilidade, ao menos do ponto de vista legal, de um novo mercado de cessão de crédito indenizatório no Brasil, de forma a possibilitar a prevenção da prática de cartel e, principalmente, conferir a possibilidade de reparação da vítima pelos danos materiais causados pelas empresas alegadamente em conluio. Por fim, recomenda-se seja averiguada mais detidamente a existência de incentivos econômicos à instalação de tal *business* no Brasil, por meio da análise dos fundamentos jurídicos das decisões judiciais e do valor das condenações.

7. Referências Bibliográficas

BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010, p. 79.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 de março de 2017.

CARTEL DAMAGE CLAIMS. *Hydrogen Peroxide Cartel*. Disponível em: <<https://www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/hydrogen-peroxide-cartel/>>. Acesso em: 8 de novembro de 2016.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. *Responsabilidade Civil Concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros*. Revista do IBRAC, ano 19, vol. 21, jan.-jun. 2012, p. 331-351.

CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. *Directive on Antitrust Damages Actions*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

DANTAS, Yane Pitangueira. *A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016*. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 5, nº 1, maio de 2017, p. 231-246. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/321>>. Acesso em 27 de julho de 2017.

DAVOLA, Antonio. *Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market*. Revista de Concorrência e Regulação, n. 22, abril/junho 2015, p. 197-212.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira*. Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, novembro 2013.

FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade Civil por Infração da Ordem Econômica*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, n. 4, out/dez 2011, p. 17-43.

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. *Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência*. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 11, n. 43, 2014, p. 7-32.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira; NEW, Rafael de Moura Rangel; PONTE, Daniel Ferreira da. *Cessão de uma carteira de créditos litigiosos. Cessão de crédito, cessão de posição contratual e promessa de liberação*. Revista de Direito Bancário e dos Mercado de Capitais, v. 17, n. 63, jan./mar. 2014, p. 219-244.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. Multa esperada, TCC e segurança jurídica. JOTA, 27 de junho de 2017. Disponível em: < https://jota.info/colunas/doutrina-antitruste/multa-esperada-tcc-e-seguranca-juridica-27062017#_edn4>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

MAGGI, Bruno Oliveira. *O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010,.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

PORTO, Giovana Vieira (no prelo). *As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil*. Revista do IBRAC.

SAVOV, Vasil. *Quel rôle du regroupement de créances indemnitaires par voie de cession pour la réparation du préjudice subi em raison d'infractions commises au droit de la concurrence?* Revista de Concorrência e Regulação, n. 22, abril/junho 2015, p. 213-224.

A Cláusula de Não-Concorrência como Elemento Indicativo da Prática de *Gun Jumping*

Márcia Luisa da Silva³⁷⁴
Orlando Celso da Silva Neto³⁷⁵

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar o funcionamento do sistema brasileiro de controle prévio de estruturas, dando ênfase a configuração da prática infracional à ordem econômica denominada *Gun Jumping*. Pretende apresentar, ainda, algumas formas de concentração econômica e as disposições contratuais presentes nesse tipo de instrumento, notadamente a cláusula de não-concorrência. Almeja expor, por fim, a mencionada cláusula de não-competitividade como elemento indicativo da consumação prematura de ato de concentração econômica de acordo com doutrina e jurisprudência pesquisadas. Para tanto, realizou-se uma pesquisa qualitativa, servindo-se de bibliografia e legislação. O método de abordagem é indutivo e, quanto aos fins, trata-se de análise exploratória e explicativa.

Palavras-chave: Ato de concentração, *Gun Jumping*, Cláusula de não-concorrência

ABSTRACT

This essay analyzes the operational functioning of Brazil's pre-merger control system, emphasizing the illicit known as 'Gun Jumping'. It also presents some forms of economic concentration and some common contractual provisions found in in these types of operations, notably the non-compete clause. It aims to demonstrate that the non-compete clause is an indication of the de facto closing of the operation prior to its approval by antitrust authorities, as stated by the doctrine and jurisprudence on the subject. Finally, a qualitative research was done, using bibliography and legislation. The inductive method was used and a exploratory and explanatory analysis is executed.

Keywords: pre-merger control, Gun Jumping, Non-compete clause

Classificação JEL: K21; Antitrust Law.

³⁷⁴ Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Graduada em Direito Empresarial e Societário pela Faculdade de Ciências Sociais - CESUSC. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com tema de pesquisa na área de Direito da Concorrência e Análise Econômica do Direito. Pincadista 2017. Advogada militante na área de Direito Empresarial.

³⁷⁵ mestre e doutor em Direito pela USP. Professor adjunto da graduação e dos programas de pós graduação acadêmico e profissional da UFSC. É também vice-presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O sistema brasileiro de controle prévio de estruturas e a prática do *Gun Jumping*; 3. Atos de concentração e a cláusula de não-concorrência; 4. A cláusula de não-concorrência como elemento indicativo da prática de *Gun Jumping*; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

A Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que entrou em vigor em 29 de maio de 2012, trouxe alterações significativas no sistema de controle de concentração de estruturas, ao alinhar as regras brasileiras às melhores práticas internacionais, instituindo o sistema de notificação prévia de atos de concentração econômica. A mesma legislação, em seu artigo 88, §3º, também estipulou que a consumação de atos de concentração econômica antes da decisão final da autoridade antitruste é vedada e sua prática pode levar ao descumprimento da exigência contida no artigo 88, parágrafo 2º da lei, constituindo-se a prática denominada no jargão próprio de *Gun Jumping*.

Ocorre que, embora a Lei imponha a necessidade de autorização, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para a efetivação de determinadas concentrações econômicas, não apresenta, em seu bojo, critérios objetivos capazes de balizar a conduta das partes envolvidas nesse tipo de operação, fazendo apenas vedações genéricas a atos que visem “quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes” (RiCade, artigo 147, §2º).

Não se pode olvidar, todavia, que o processo de negociação de uma concentração econômica depende de um nível mínimo de coordenação entre empresas, sem o qual não seria possível aferir a viabilidade do negócio e, na prática, tornaria inviável a realização do mesmo. Esta coordenação apresenta riscos ao mercado, mas por outro lado, é indispensável para conclusão do negócio, o qual pode ser positivo para a economia como um todo (ou, ao menos, não ser nocivo), não sendo objetivo da Lei antitruste impedir atos de concentração, apenas garantir que esses não infrinjam as regras de proteção concorrencial. Por esse motivo, é necessário definir corretamente os limites para a atuação das empresas envolvidas em um ato de concentração econômica.

Assim, visando orientar a conduta das partes interessadas nesse tipo de operação, o órgão antitruste brasileiro, embora ainda não tenha consolidado jurisprudência sobre o tema, dada a sua relativa novidade, identificou, através da análise da experiência de outros países, principalmente dos Estados Unidos da América, alguns parâmetros para a identificação da consumação prévia de atos de concentração, dentre os quais, a necessidade de análise das cláusulas contratuais inseridas na avença, notadamente da cláusula de não-concorrência.

A cláusula que visa obstar a competição entre os agentes econômicos é utilizada em vários ramos do Direito e tem grande relevância no âmbito do Direito Empresarial, de maneira especial no Direito Antitruste. Ela encontra respaldo no artigo 1.147, caput e parágrafo único, do Código Civil, que veda ao alienante de estabelecimento comercial fazer concorrência àquele que adquiriu o seu empreendimento, pelo período de 5 (cinco) anos contados da realização do negócio, tudo com o escopo de preservar o princípio da boa-fé objetiva entre as partes envolvidas na operação.

Ora, sabendo-se que, de acordo com o artigo 36, §1º, da Lei 12.529/2011, constituem infração da ordem econômica os atos que tenham por objeto prejudicar a livre concorrência, perfeitamente justificável é a inclusão da cláusula de não-concorrência nos pactos que visam a concentração econômica, como forma de preservar o valor da empresa consolidada e reprimir eventual concorrência desleal, desde que respeitados os limites temporal, espacial e material.

Inobstante, embora a autoridade antitruste brasileira aceite a incidência da cláusula de não-competição em pactos que visam o agrupamento entre empresas, também consolidou entendimento, quando da publicação do “Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica”, em maio de 2015, tratar-se, essa mesma disposição contratual, de um dos indicativos da configuração do Gun Jumping, sendo que desbravar essa questão é o objetivo central do presente esforço.

Para o desenvolvimento do presente estudo, optou-se por dividir o texto em três tópicos principais: No primeiro, expõe-se o funcionamento do sistema brasileiro de controle prévio de atos de concentração econômica, bem como a configuração da prática infracional à ordem econômica denominada Gun Jumping; no segundo, objetiva-se apresentar os atos de concentração econômica e suas disposições contratuais, dando-se ênfase à cláusula de não-concorrência; no terceiro, apresenta-se a referida cláusula como elemento indicativo da prática de Gun Jumping de acordo com doutrina e jurisprudência identificadas sobre o tema.

Para a elaboração do presente esforço, realizou-se uma pesquisa qualitativa, servindo-se de bibliografia e legislação, assim como empregou-se o método de abordagem indutivo. Quanto aos fins, trata-se de análise exploratória e explicativa.

2. O sistema brasileiro de controle prévio de estruturas e a prática do Gun Jumping

Os atos de concentração podem ser conceituados como aglutinação de poder ou aumento da capacidade de alterar as condições de mercado, por parte de um ou mais agentes econômicos, em decorrência de uma associação empresarial (BURG, 2016). Nas palavras de Paula A. Forgioni (2014, p. 401-402):

Assim, no campo do antitruste, o termo concentração vem empregado para identificar várias situações que demonstram essa aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições do mercado. A mais comum liga-se a situações em que os partícipes (ou ao menos alguns deles) perdem sua autonomia, como nas operações de fusão, incorporação etc. Há, também, concentração quando se dá a constituição de nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle é compartilhado ou quando uma empresa adquire ativos ou parcela de patrimônio de outra. No resumo de Nuno T. P. Carvalho: “Concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial”.

O artigo 90, da Lei 12.529/2011 estabelece expressamente o que deve ser entendido por atos de concentração em nosso ordenamento jurídico - as chamadas fusões, aquisições (diretas ou indiretas), incorporações, constituição de consórcios, celebração de contratos associativos ou de *joint-ventures*:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture. (BRASIL, 2011)

As concentrações podem ser horizontais, verticais ou conglomeradas, conforme o mercado relevante³⁷⁶ de atuação das empresas participantes: Concentrações horizontais

³⁷⁶ O mercado relevante é definido por meio da identificação do conjunto de agentes econômicos que reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade da empresa resultante da operação. Essa identificação será realizada por meio da análise das dimensões produto e geográfica: a primeira compreende bens e serviços considerados substituíveis entre si devido a suas características, preços e utilização; já a segunda

envolvem agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, em direta relação de concorrência; verticais, dizem respeito às concentrações que envolvem partícipes de mercados relevantes concatenados no processo produtivo ou de distribuição do produto e, por fim; concentrações conglomeradas referem-se a empresas que atuam em mercados relevantes apartados, mas possuem um único centro decisório (FORGIONI, 2014, p. 404).

Os efeitos que os atos de concentração provocam no mercado são variados. De um lado, essa concentração de renda na mão de poucos pode significar a obtenção de resultados que, em princípio, não seriam alcançados, ou o seriam de forma muito lenta, caso o capital permanesse pulverizado. A concentração de capital para grandes empreendimentos é não apenas fundamental mas indispensável, o que vem sendo historicamente reconhecido mesmo por críticos da economia de mercado. Nas palavras de Marx (1985, p. 198): “O mundo ainda estaria sem estradas de ferro, caso ficasse esperando até que a acumulação de capitais individuais alcançasse o tamanho requerido para a construção de uma ferrovia”.

Para Paula A. Forgioni (2014, 408-409):

O processo de concentração econômica é capaz de levar a maior grau de eficiência, proporcionando inovação, desenvolvimento tecnológico e benefícios para os consumidores. A concentração de capitais pode fomentar a economia de escala e proporcionar o aproveitamento de sinergias em benefício da sociedade.

De outra banda, o processo de concentração pode gerar comprometimento do funcionamento normal do mercado, dando azo a exercício abusivo de posição dominante ou domínio de mercado, configurando verdadeiro abuso do poder econômico, prática vedada pelo artigo 36 da Lei 12.529/2011, *in verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (BRASIL, 2011).

Nesse contexto é que a Lei antitruste, mais precisamente em seu artigo 88, §6^{o377}, instituiu a possibilidade de, mesmo trazendo prejuízos à concorrência, o ato de concentração

diz respeito à área em que os agentes econômicos ofertam seus produtos ou que os consumidores buscam bens ou serviços. (BRASIL, 2016, p. 13-14).

³⁷⁷ § 6º Os atos a que se refere o §5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

ser aprovado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, desde que os benefícios superem os prejuízos concorrenciais. Nas palavras de Forgioni (2014, p. 423): “O CADE efetuará juízo de ponderação: considerará os prejuízos concorrenciais causados pela operação, mas também as suas eficiências, ou seja, os aspectos positivos para a economia, para os consumidores e para a sociedade em geral”.

A Lei 12.529/2011, em seu artigo 88, §2º, abolindo o sistema de controle posterior de estruturas adotado pela antiga Lei 8.884/1994, determinou que, em determinadas situações, previstas na Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, haverá o controle prévio de atos de concentração econômica pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de forma que nenhuma ação que configure concentração poderá ser consumada até a autorização final pelo órgão antitruste brasileiro:

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. (BRASIL, 2011).

E, da Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012:

Art. 1º Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de:

I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e

II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011. (BRASIL, 2012).

Acerca da modificação havida no sistema de controle de estruturas brasileiro, Amanda Athayde Linhares Martins (2012, p. 59-60) esclarece:

A modificação do sistema de notificação brasileiro está em consonância com as melhores práticas internacionais, como aquelas da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça e da Federal Trade Commission (nos Estados Unidos da América) e da Direção Geral de Concorrência (na União Europeia). Nesse sistema de análise prévia, o negócio jurídico submete-se a uma espécie de cláusula suspensiva, de modo que o negócio não se consuma até que a autoridade de concorrência assim decida pela aprovação.

Note-se que, de acordo com a referida legislação (Artigo 88, §3º), a consumação de atos de concentração econômica antes da decisão final da autoridade antitruste (atitude conhecida

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. (BRASIL, 2011).

pela expressão norte-americana *Gun Jumping*³⁷⁸, que pode ser traduzida como “precipitar-se” ou “queimar a largada” no vernáculo) é vedada, sendo certo que a sua prática pode acarretar a declaração de nulidade da operação, imposição de multa pecuniária em valores que variam entre R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), e a abertura de processo administrativo:

Art. 88. (...).

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no *caput* deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei. (BRASIL, 2011).

O objetivo da Lei, nos termos do que está disposto no 88, §4º, é garantir que, “Até a decisão final sobre a operação” sejam “preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo”.

O prolapado *Gun Jumping* pode ocorrer em dois contextos distintos, conforme explicam Joe Winterscheid, Jon Dubrow e Carrie Amezcua (2010, p. 12):

[...] primeiro, o *Gun Jumping* processual ocorre quando as partes de uma concentração não observam o dever de notificação obrigatória decorrente do controle prévio de estruturas e não atendem os requisitos impostos pelas leis de controle de concentração aplicáveis. Em segundo lugar, o *Gun Jumping* substantivo ocorre quando as partes de uma concentração são concorrentes e coordenam suas condutas antes da consumação real da transação.

Nos termos da Resolução 13, de 23 de junho de 2015, o procedimento para análise da consumação prévia de atos de concentração será instaurado pelo Superintendente-Geral, *ex officio*, por determinação de quaisquer dos membros do Tribunal Administrativo ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, em três hipóteses:

Art. 1º. O procedimento administrativo para apurações referentes a atos de concentração (“APAC”) terá como objeto:

I – atos de concentração notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, nos termos do § 3º do art. 88 da Lei 12.529, de 2011;

II – atos de concentração não notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, nos termos do § 3º do art. 88 da Lei 12.529, de 2011;

III – atos de concentração não notificados, mas cuja submissão pode ser requerida pelo Cade, nos termos do § 7º do art. 88 da Lei 12.529, de 2011.

³⁷⁸ Para Richard Liebeskind (2003, p. 1), *Gun Jumping* é o termo usado pelas agências antitruste federais (a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA e da Comissão Federal de Comércio) para se referir a uma variedade de ações que as partes integrantes de uma concentração possam incorrer antes do fechamento do processo de notificação para facilitar e acelerar a integração das empresas.

Não obstante a Lei imponha a necessidade de autorização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para a efetivação das concentrações econômicas que se enquadrarem nos requisitos mencionados nos artigos de lei acima transcritos, não apresenta, em seu bojo, critérios objetivos capazes de balizar a conduta das partes envolvidas nesse tipo de operação.

Esta lacuna legislativa gerou a necessidade de regulamentação da matéria através do Regimento Interno do órgão antitruste (RiCade) que, em seu artigo 147, § 1º, determinou que as notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação, bem como, estipulou, em seu §2º, que às partes envolvidas em um ato de concentração devem manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a avaliação final do órgão antitruste:

Art. 147. O pedido de aprovação de atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011, será prévio.

§1º As notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação.

§2º As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.

Por mais que a notificação prévia em atos de concentração seja necessária, é importante lembrar que diversas formas de coordenação entre empresas envolvidas em uma operação são não apenas lícitas, como também essenciais para que a operação se concretize e tenha sucesso após sua consumação. O processo de concentração econômica depende de um certo grau de intercâmbio e organização entre empresas, as quais necessitam compartilhar informações, analisar riscos, planejar o processo de conexão, determinar preços e debater as condições do contrato, com o objetivo de identificar os pontos fortes e fracos da operação, o que é feito através de uma *due diligence* muito mais aprofundada e que exige uma troca de dados e informações muito maior do que a ocorrida em eventuais trocas preliminares (anteriores à notificação) de informação.

Sem esse procedimento não seria possível aferir a viabilidade do negócio, e qualquer ato de concentração tornar-se-ia inviável, afetando a economia como um todo (a qual, conforme já se viu, pode beneficiar-se do ato), não sendo esse, certamente, o objetivo da Lei antitruste.

Nas palavras de William Blumenthal (2005, p. 2):

[...] as empresas que se concentram têm um interesse legítimo em se envolver em certas formas de coordenação que não seriam esperadas, exceto no contexto da concentração. As formas mais comuns são a *due diligence* e o planejamento da transição, ambos envolverão necessariamente trocas de informações em níveis de detalhes que não ocorrem normalmente entre empresas independentes. Além disso, as empresas que se concentram às vezes entram em convênios ou se envolvem em práticas que normalmente não seriam vistas entre empresas independentes. Essas formas de coordenação anteriores à concentração serão muitas vezes razoáveis e mesmo necessárias para implementar os objetivos legítimos do acordo de concentração. (Tradução nossa).³⁷⁹

Na mesma senda, Carolina Saito (2013, p. 105-106):

Nesse contexto de operações entre empresas, os principais fatores que podem levar à coordenação entre as empresas são a realização de *due diligence* e o planejamento da ação conjunta das empresas no período pós-operação. A *due diligence* é necessária para garantir a fluidez e a integridade da empresa resultante da operação, após sua consumação. Como apresentado acima, tempo é fator importantíssimo para o sucesso de uma operação. Dessa forma, a rápida implementação de todas as ações que diminuem o tempo da operação e fazem com que as empresas alcancem os ganhos o quanto antes é de interesse delas. A elaboração de um plano de integração é comum a todas as operações, pois visa a obter rapidamente os ganhos delas decorrentes.

Esse paradoxo gerou a identificação, por parte Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de reiterados casos de consumação prévia de atos de concentração econômica, sendo possível encontrar, inclusive, decisões conflitantes dentro do próprio órgão antitruste sobre quais circunstâncias fáticas caracterizam o *Gun Jumping*, ou seja, a consumação efetiva (ainda que não formal) do ato de concentração.

Aliás, nos últimos 10 ou 20 anos, esta tem sido uma preocupação recorrente dos principais órgãos de defesa da concorrência ao redor do mundo. Um estudo da firma de advogados *White and Case* (GOVER; JOURDAN, 2015) mostra que a repressão ao *Gun Jumping* tem sido uma preocupação da Comissão Europeia (casos Marine Harvest e Electrabel), da autoridade chinesa de concorrência (MOFCOM), que tem mais de 60 investigações em curso, tendo aplicado penalidades em 15 casos, bem como das autoridades de Portugal, França, Noruega, dentre outros.

Por esse motivo, nortear a ação das empresas envolvidas em um ato de concentração econômica, bem como dos próprios julgadores dos processos que abordam tal temática, tornou-

³⁷⁹ Texto original: “[...] the merging firms have a legitimate interest in engaging in certain forms of coordination that would not be expected except in the merger context. The most common forms are due diligence and transition planning, both of which necessarily will involve exchanges of information at levels of detail that would not normally occur among independent firms. In addition, merging firms sometimes enter into covenants or engage in practices that would not normally be seen among independent firms. These forms of premerger coordination will often be reasonable and even necessary to implement the legitimate objectives of the merger agreement.”

se uma preocupação do órgão antitruste brasileiro, tanto que, em maio de 2015, foi publicado o chamado “Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica”, no qual se procurou estabelecer parâmetros de condutas que visam minimizar as dúvidas que pairam sobre o tema. O Guia elaborado pelo órgão antitruste, como não poderia deixar de ser, não possui caráter vinculante, mas se presta para determinar alguns parâmetros sobre os quais as partes envolvidas em um ato de concentração podem se basear para estruturar o desenho de suas operações de forma lícita (isto é, sem caracterizar o *Gun Jumping*).

Dentre os parâmetros sugeridos pelo propalado Guia para a identificação de casos de *Gun Jumping*, um deles se destaca para o presente estudo. Trata-se da análise das cláusulas contratuais que regem a relação entre os agentes econômicos e, mais especificamente, a disposição contratual que prevê a não-concorrência entre as partes envolvidas na operação, tema que será objeto de análise no tópico a seguir.

3. Atos de concentração e a cláusula de não-concorrência

Não raras vezes, os atos de concentração (fusão, aquisição, incorporação ou *joint venture*, entre outros), são precedidos ou materializados por contratos que contam com a inclusão da cláusula de não-concorrência, um instrumento utilizado em vários ramos do Direito, principalmente no Direito Empresarial, notadamente no âmbito do Direito Antitruste, que encontra respaldo no artigo 1.147, caput e parágrafo único, do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.
Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

Tal artigo, que teve origem no Direito Italiano, mais precisamente no artigo 2.557 do Código Civil de 1942³⁸⁰, veda, inexistindo cláusula expressa em contrário, que o alienante de

³⁸⁰ “2.557. Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta (2125, 2596). Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purché non impedisca ogni attività professionale dell'alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento. Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento. Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto. Le disposizioni di questo articolo si applicano alle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse (2135), quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela.”

Tradução nossa: “2.557. Quem aluga/vende/transfere uma empresa deve abster-se, pelo período de 5 anos de data da alienação, de iniciar uma nova empresa que pelo objeto, pela localização ou outra circunstância possa vir a desviar a clientela da empresa alienada/transferida. O pacto de abstenção de concorrência em um período mais amplo que aquele previsto no Artigo anterior é válido, desde que não impeça qualquer atividade profissional do alienante. Isso não pode ultrapassar 05 anos da data da transferência/alienação. Se no contrato de transferência é

estabelecimento comercial faça concorrência àquele que adquiriu o seu empreendimento, pelo período de 5 (cinco) anos contados da realização do negócio³⁸¹.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2006, p. 904):

Para proteção do estabelecimento empresarial e do ponto, que é um dos seus elementos essenciais, em função do vulto do empreendimento, do tipo de atividade econômica exercida e do perfil da clientela: a) o alienante, ocorrendo o trespasse, não poderá durante os cinco anos subsequentes à transferência, restabelecer-se em idêntico (ou similar) ramo de atividade, na mesma praça, para fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento, a não ser que haja autorização expressa; e poderão fazer concorrência ao locatário, ou arrendatário, e ao seu usufrutuário do estabelecimento empresarial, durante todo o prazo de vigência dos contratos.

Note-se que, de acordo com o dispositivo de lei acima citado, o dever de não-concorrência é acessório³⁸² aos contratos de alienação, arrendamento ou usufruto do estabelecimento comercial, ou seja, aos pactos que visam a transferência onerosa dessa universalidade e que, no âmbito da doutrina empresarial, são alcunhados de trespasse, e independe de previsão expressa. Nestes atos, a não-concorrência é a regra, a possibilidade de concorrência é a exceção.

Essa regra legal gera alguns questionamentos, até mesmo de índole constitucional. Por exemplo, sabe-se que as normas que regulamentam a concorrência têm como base o artigo 170 da Constituição Federal, *in verbis*:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]. IV - livre concorrência; [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988)

pactuada uma duração maior ou a duração não é estabelecida, então fica valendo o período de 05 anos da data de transferência. No caso de usufruto ou arrendamento de exploração da empresa, a proibição de concorrência estabelecido no primeiro parágrafo/artigo aplica-se ao proprietário ou ao locador pela duração do usufruto ou do aluguel. As disposições deste artigo se aplicam as empresas agrícolas somente pelas atividades a esse relacionadas (2135), quando a respeito dessas seja possível um desvio de clientela.”

³⁸¹ É por este motivo que a cláusula de não-concorrência também é conhecida como cláusula de não-restabelecimento, conforme terminologia adotada por Modesto Carvalhosa, entre outros autores, já que visa “impedir o restabelecimento do alienante no mesmo ramo de atividades do adquirente do estabelecimento, em determinado local e por certo prazo de tempo.” (2005, p. 652).

³⁸² Sobre a questão, Fabiana Tito (2017, p. 63) ressalta: “A non-compete clause, for its turn, in order to be valid and have legal effects, must be collateral (subordinate) and ancillary to the core legal business (capable of producing efficiency gains that compensate for the imposed competitive constraint).”

Tradução nossa: “Uma cláusula de não concorrência, por sua vez, para ser válida e ter efeitos legais, deve ser colateral (subordinada) e acessória ao negócio jurídico principal (capaz de produzir eficiência e ganhos que compensem a restrição competitiva imposta).”

Se, de acordo com o artigo 170 da CRFB, as pessoas são livres para lançarem-se ao mercado para produção de bens e serviços por sua conta e risco, garantindo-se, com base no inciso IV do mesmo dispositivo legal, aos agentes econômicos, a liberdade de competir no mercado com igualdade de oportunidade, qual é o real objetivo da cláusula de não-concorrência disposta no artigo 1.147 do Código Civil?

Referida disposição legal tem algumas motivações, e uma das principais é o interesse na preservação do princípio da boa-fé objetiva entre as partes envolvidas na operação, garantindo que cada contratante aja de forma a não lesar a confiança do outro. É que, nos contratos de alienação do estabelecimento comercial, o adquirente se encontra, não raras vezes, em situação de assimetria informacional se comparado ao alienante quanto à precificação do negócio e em potencial desvantagem (caso pudesse existir concorrência), já que, sendo o alienante o detentor de todo o *know-how* necessário ao desenvolvimento do negócio que alienou, bem como de boa relação com os clientes e fornecedores, poder-se-ia caracterizar uma situação de nítida desvantagem ao adquirente (e até mesmo de perda de valor do estabelecimento adquirido) se o alienante fosse autorizado a atuar no mesmo mercado relevante do adquirente, frustrando o objetivo da negociação inicial. Assim, para alguns autores, impedir (ou permitir apenas excepcionalmente e por expressa vontade das partes) tal situação seria uma manifestação do princípio da boa-fé.

Sobre o tema, leciona Eduardo Octavio Teixeira Alvares (2015):

Na verdade, a obrigação de não fazer concorrência é um consectário lógico do princípio da boa-fé objetiva, que proíbe tal comportamento. A positivação promovida pelo Código Civil veio, em bom tempo, colmatar uma lacuna legislativa, evitando a concorrência desleal, caracterizada pelo desvio de clientela, por aquele que detém toda a expertise do negócio que alienou.

Assim, sabendo-se da necessidade de respeitar o Princípio da autonomia da vontade das partes (Art. 421 do Código Civil), pressuposto fundamental para as negociações contratuais, mas não olvidando-se de que, de acordo com o artigo 36, §1º, da Lei 12.529/2011, “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam [...] prejudicar a livre concorrência”, perfeitamente justificável a opção legislativa de criação do dever de não-concorrência nos pactos que visam a alienação do estabelecimento comercial, como forma de evitar eventual concorrência desleal, bem como perfeitamente razoável que as partes optem por incluir cláusulas detalhadas determinando os parâmetros de conduta que visam disciplinar a obrigação de não-competição.

Aceitar a validade da cláusula de não-concorrência fica mais fácil se considerado que esta é uma forma de se encontrar um ponto de equilíbrio entre a autonomia privada e a liberdade de concorrência. Para que esse ponto de equilíbrio fique bem delineado, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica vem firmando entendimento no sentido de que fixar alguns limites (temporal, espacial e material) é importante para que a referida cláusula possa ser considerada válida³⁸³.

O limite temporal para a incidência da cláusula de não-concorrência é 5 (cinco) anos, conforme artigo 1.147 do Código Civil, acima transcrito. Nesse caso, entendeu o legislador que o prazo em referência é suficiente para que o adquirente absorva *know-how*, desenvolva relacionamento com clientes e fornecedores e fixe as melhores estratégias para a gestão do negócio, tornando-se apto a competir no mercado. Esse entendimento foi consolidado pela Súmula 5 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que dispõe: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”.

E, na jurisprudência do mesmo órgão, mais especificamente no Ato de Concentração n. 08012.013792/2007-30, julgado pelo ex-Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, encontra-se a seguinte explicação sobre o limite temporal da cláusula de não-concorrência:

A jurisprudência do CADE é farta na exposição dos princípios que regulam restrições a cláusulas de não-concorrência. A seguir, de modo absolutamente não exaustivo, este voto cita algumas referências jurisprudenciais.

No voto do Conselheiro Renault de Freitas Castro, relativo ao AC n. 0109/1996, o prazo de cinco anos foi considerado razoável para que uma empresa estreante absorva os conhecimentos necessários ao se bom desempenho. Adicionalmente, o Conselheiro Marcelo Calliari, no voto referente ao AC n. 163/97, fez a seguinte afirmação, a respeito do período de cinco anos para a vigência da cláusula de não concorrência: “Adiciono que parece prazo razoável também do outro lado da moeda, para que o vendedor se distancie do mercado, dos seus clientes e mesmo da sua antiga empresa, de forma que uma eventual reentrada seja na prática uma entrada de novo”.

Portanto, esse prazo leva em conta o tempo necessário para a transferência dos negócios e do *know-how* para a empresa estreante, assim como a proteção dos

³⁸³ Limites estes, frise-se, que serão analisados caso a caso, já que, conforme bem esclarece Arnaldo Rizado (2009, p. 1.056-1.057): “Tem-se na regra um mecanismo de proteção ao adquirente, com a proibição pura e simples do alienante em restabelecer o mesmo ramo de atividade do adquirente, no mesmo local ou na região onde era desenvolvida, por certo um certo período de tempo, a menos que venha consignada, em contrato, a autorização expressa. A finalidade de proteção afasta a ação dos negociantes desonestos e maliciosos, que vendem o estabelecimento material e perduram com a mesma atividade em próximos.

Não importa em simples proibição no desempenho da atividade ou na produção dos bens que eram objeto do estabelecimento alienado, desde que não represente concorrência. Ou seja, a limitação está na prática na mesma localidade onde está o estabelecimento vendido, ou a venda de produtos aos clientes que antes eram atendidos por este último. Deste que não interfira na redução de clientela do adquirente, ou na atuação em região na qual explora este último, parece que não se impede o exercício da mesma prestação de serviços, ou na fabricação de idênticas mercadorias.

investimentos necessários para que essa empresa se torne um concorrente independente.

Ressalta-se, pois oportuno, que o prazo em referência admite redução ou majoração, dependendo do tempo necessário para a fixação de determinada estratégia mercadológica, cabendo à parte que quiser alterar a cláusula comprovar que o limite em referência não atende ao caso concreto. É o que se depreende do Enunciado 490 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 1.147: A ampliação do prazo de 5 (cinco) anos de proibição de concorrência pelo alienante ao adquirente do estabelecimento, ainda que convencionada no exercício da autonomia da vontade, pode ser revista judicialmente, se abusiva”.

De outra banda, o limite espacial da cláusula de não-concorrência diz respeito ao mercado relevante geográfico do negócio envolvido na operação, ou seja, a área em que as empresas ofertam os seus produtos em condições de concorrência, já que não existiriam motivos para se proibir a concorrência em região em que não há concorrência direta com o adquirente do estabelecimento comercial. Acerca do conceito de mercado relevante geográfico, dispõe o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (BRASIL, 2016. p. 14):

A dimensão geográfica refere-se à área em que as empresas ofertam seus produtos ou que os consumidores buscam mercadorias (bens ou serviços) dentro da qual um monopolista conseguirá, lucrativamente, impor elevações de preços significativas.

O item “1.6.2”, do Anexo V, da Resolução n. 15, de 19 de agosto de 1998, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica aborda a questão da seguinte forma:

MERCADO(S) RELEVANTE(S) GEOGRÁFICO(S). Um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada.

E, do julgamento do mesmo Ato de Concentração n. 08012.013792/2007-30, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, acima citado, retira-se o seguinte excerto, onde é explicado o limite espacial da cláusula de não-concorrência:

Para a delimitação espacial é importante considerar que o espaço aceitável de proteção à concorrência, após a dissolução da sociedade, é aquele correspondente aos mercados relevantes em que esta vier a operar no momento de seu fim. Nesse conjunto de mercados presume-se que o sócio vendedor detenha ativos intangíveis, tais como reputação e expertise, que tornariam a sua reentrada prejudicial ao valor da operação. Sendo assim, é razoável permitir que as Requerentes não concorram entre si nos moldes em que se encontra a cláusula ora analisada durante a vigência da sociedade³⁸⁴.

Quanto ao limite material, tem-se que a cláusula de não-concorrência precisa estar relacionada com o escopo do contrato, não extrapolando o ramo de atividade explorado pela empresa adquirida. É o que bem esclarece a Súmula 4 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, *in verbis*: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint venture*, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação”.

Nas palavras de Modesto Carvalhosa (2005, p. 652):

O primeiro fator limitador, de ordem material, consistia na impossibilidade de proibir-se o desenvolvimento de qualquer atividade empresarial por parte do alienante. Prevalencia somente a cláusula que impedia o exercício da mesma atividade empresarial explorada por meio do estabelecimento transferido, e não quaisquer outras atividades.

Por fim, com relação à abrangência da cláusula, considerando que um dos objetivos, conforme já mencionado alhures, é resguardar a boa-fé objetiva entre os contratantes, sua incidência não necessita ficar restrita aos contratos de *trespasse* expressamente citados na legislação que regulamenta a matéria (CARVALHOSA, 2005, p. 653), sendo possível sua aplicabilidade em qualquer tipo de ato de concentração no qual ficar evidenciada a possibilidade de investidas anticoncorrenciais por parte do alienante (ou daquele que estiver em posição semelhante). É o caso, por exemplo, da alienação do controle acionário, de quotas sociais ou de transferência dos direitos de uso e gozo, negócios jurídicos não abrangidos pelo artigo 1.147 do Código Civil, mas nos quais, todavia, não se mostra plausível aceitar que o alienante venda/transfira seus direitos e, em seguida, dê início a outro negócio que objetive explorar o mesmo mercado relevante, em concorrência direta à sociedade ao qual pertencia.

Assim, restando consolidados os principais aspectos concorrenciais atinentes à cláusula de não-concorrência, resta perquirir se, de acordo com a doutrina, jurisprudência e

³⁸⁴ Poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, que as Partes podem antever a expansão do negócio adquirido para novos mercados, e valorar a não-concorrência nestes novos mercados, os quais poderiam ser atingidos mais facilmente pelo alienante (devido a seu know-how, reputação, expertise, rede de contatos e outros intangíveis) do que pelo adquirente e, por esta razão, seria razoável a limitação concorrencial espacial para além dos mercados atendidos quando da operação. Trata-se de questão interessante, mas que foge do escopo deste artigo.

práticas empresariais, é possível afirmar que a cláusula de não-concorrência configura um indicativo da infração denominada *Gun Jumping*, tema do último tópico do trabalho.

4. A cláusula de não-concorrência como elemento indicativo da prática de Gun Jumping

Após a alteração legislativa que instituiu o controle prévio de estruturas no Brasil (já mencionado artigo 88, §2º, da Lei 12.529/2011), um dos principais desafios do Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem sido estabelecer o limite para a atuação das partes enquanto perdura a análise dos atos de concentração, com o objetivo de garantir a segurança jurídica aos agentes econômicos em situação de concentração e a consequente redução dos custos de transação envolvidos nessas operações.

Já se consolidou entendimento no sentido de que “a prática de Gun Jumping decorre da combinação prematura das diversas atividades do dia a dia das empresas, o que as leva, por consequência, a operar como se fossem um único ente” (SAITO, 2013, p. 97). Identificar comportamentos capazes de demonstrar atuação combinada das empresas não é tarefa fácil, tendo sido uma das principais preocupações do órgão antitruste brasileiro nos últimos tempos.

Dada a novidade do tema, são poucos os casos de *Gun Jumping* julgados pelo órgão antitruste brasileiro até o momento, de forma que este encontrou a necessidade de socorrer-se da experiência obtida em países com larga tradição em Direito da Concorrência, como os Estados Unidos da América, para firmar suas convicções sobre o tema.

Sabe-se que as principais legislações que regulamentam a concorrência norte-americana são: (i) a Seção 7A do *Clayton Act*, também conhecido como *HSR Act*, que criou mecanismo que exige a notificação prévia de determinados atos de concentração e que proibiu certas aquisições de ativos ou de valores mobiliários com direito de voto durante o período de espera pela autorização à concentração; (ii) a Seção 1 do *Sherman Act*, que proíbe acordos que restrinjam o comércio; (BLUMENTHAL, 2009, p. 2) e a (iii) Seção 5 do *Federal Trade Commission Act*, que proíbe métodos desleais de competição que afetem o comércio (MARTINS, 2012, p. 63-64). Com base nas referidas legislações, as agências regulamentadoras dos Estados Unidos da América foram solidificando entendimento no sentido de fixar alguns parâmetros para a identificação de casos de *Gun Jumping*, incluindo-se a análise das cláusulas contratuais inseridas nos pactos de concentração, especialmente a de não-concorrência.

A título exemplificativo, destaca-se importante precedente, qual seja, a Ação Civil nº 03 CV 000198, onde figuraram as partes *United States* e *Gemstar TV Guide International, Inc.* Nesse caso, os órgãos antitruste locais alegaram que, antes de assinado o acordo de

concentração econômica, as empresas envolvidas na operação já teriam reduzido ou até mesmo limitado a concorrência entre si, o que seria facilmente comprovado pela existência de uma cláusula de não-competição prévia à execução do contrato. Referida cláusula consistia em um acordo, firmado entre *Gemstar* e *TV Guide*, no sentido de que as partes deveriam cessar/retardar a concorrência no que se referia a clientes específicos (*Cox* e *Charter*), até que ambas pudessem agir em conjunto, através da criação de uma *joint venture*.

Da declaração de impacto competitivo, redigida pelo Departamento da Justiça dos Estados Unidos da América, retira-se o seguinte excerto, onde o ato ilícito cometido pelas empresas envolvidas é pormenorizadamente explicado:

C. Acordos ilegais sobre a Lei Sherman

1. O Acordo "Slow Roll"

No final da primavera de 1999, a Gemstar estava na fase final de negociação de um acordo de longo prazo com a Cox Communications, Inc. ("Cox"), um grande provedor de serviços. TV Guide também estava competindo para o negócio da Cox, a ponto de ter enviado uma proposta de contrato IPG para Cox em abril. Gemstar e TV Guide estavam competindo, portanto, para assinar com a Charter Communications, Inc. ("Charter") um acordo de longo prazo IPG.

Em 10 de junho de 1999, Peter C. Boylan III, então Presidente e Diretor de Operações da TV Guide, se reuniu com Henry Yuen, então Diretor-Executivo da Gemstar, para discutir a possibilidade de as duas firmas formarem uma ação conjunta, onde comercializariam seus produtos e serviços IPG.

Em um memorando resumindo a reunião de 10 de junho, Boylan afirmou que o Dr. Yuen e o Sr. Boylan tinham "reconhecido a necessidade de retardar o negócio com a Cox." O que ele quis dizer foi cessar ou suspender a concorrência para estes clientes até Gemstar e TV Guide poderem agir em conjunto. Três dias depois, o Dr. Yuen se afastou de um projeto de contrato com a Cox, e depois disso parou de negociar com a Cox e a Charter. TV Guide também suspendeu seus negócios durante a discussão sobre *joint venture*. (Tradução nossa)³⁸⁵.

Mais adiante, no mesmo documento, o órgão antitruste norte-americano esclarece que a conduta supramencionada, relativa a fixação de cláusula de não-concorrência, viola solenemente a Seção 7A do *Clayton Act*, porquanto os concorrentes passaram a atuar como se fossem uma entidade única, alocando mercados, preços e clientes, em evidente violação à

385 Texto original: "Illegal Sherman Act Agreements. 1. The "Slow Roll" Agreement. In late Spring 1999, Gemstar was in the final phases of negotiating a long-term IPG agreement with Cox Communications, Inc. ("Cox"), a large service provider. TV Guide was also vying for Cox's business, having sent a draft IPG contract proposal to Cox in April. Similarly, both Gemstar and TV Guide were competing to sign Charter Communications, Inc. ("Charter") to a long-term IPG deal. On June 10, 1999, Peter C. Boylan III, then President and Chief Operating Officer of TV Guide, met with Henry Yuen, then Chief Executive Officer of Gemstar, to discuss the possibility that the two firms could settle their litigation by forming a joint venture that would market their IPG products and services. In a contemporaneous memorandum summarizing the June 10 meeting, Mr. Boylan stated that Dr. Yuen and Mr. Boylan had "both acknowledged the need to slow roll Charter and Cox." What he meant was to cease or suspend competing for these customers' business until Gemstar and TV Guide could act jointly. Three days later, Dr. Yuen backed away from a draft contract with Cox, and thereafter ceased negotiating with Cox and Charter. TV Guide also stopped competing for their business during the joint venture discussions."

determinação legal no sentido de que as partes em processo de concentração econômica devem preservar a sua independência até a aprovação final da operação pelo órgão antitruste.

Tal combinação prematura de operações e ativos compromete significativamente o regime legal, que é projetado para dar aos órgãos de defesa da concorrência a oportunidade de realizar uma investigação antes de as partes combinarem suas operações ou adquirirem ativos significativos. Isso pode contaminar a investigação das agências antitruste, entre outras coisas, fornecendo uma imagem distorcida do cenário competitivo e dificultando ou impossibilitando a obtenção de um remédio significativo. (Tradução nossa)³⁸⁶

Note-se que, no caso em referência, o objetivo do ajuste de não-competição entre as partes envolvidas na operação foi totalmente desvirtuado. Não se prestava mais para proteger os interesses do adquirente, frente a possibilidade de futura prática de concorrência desleal por parte do alienante, conforme explicado no segundo tópico desse artigo, mas de evidente estratégia de antecipação dos efeitos da concentração negociada entre as partes, de forma que as empresas pudessem atuar como um único ente perante seus clientes, antes de receberem autorização para agirem dessa forma pela agência reguladora.

O citado caso *Gemstar* é um excelente exemplo do que não se pode fazer, mas também Titan³⁸⁷ (caso no qual Pirelli e Titan negociavam a aquisição, pela Titan, de uma fábrica de pneus de propriedade da Pirelli). Neste caso, a autorização da Pirelli, durante o período de análise, para que a Titan negociasse diretamente com o sindicato o fim da greve, foi considerado um sinal inequívoco de consumação do negócio.

Assim, com base em precedentes como os acima citados, autores sugeriram a análise de determinados aspectos relacionados aos atos de concentração econômica para que seja possível identificar a prática do *Gun Jumping*. Para Amanda Athayde Linhares Martins, por exemplo, os três principais pontos da concentração a serem observados são: (i) cláusulas do contrato; (ii) atividade/comportamento das partes em processo de concentração econômica e; (iii) troca de informações sensíveis. Especificamente sobre as cláusulas do instrumento formal de concentração econômica, a autora menciona (2012, p. 73):

Com base na experiência internacional supramencionada e considerando as preocupações com o nível de concorrência no Brasil, propõe-se que as seguintes cláusulas, eventualmente contidas no instrumento formal que vincule as partes, sejam detidamente analisadas pelo Cade por gerarem, em princípio, preocupação antitruste:

³⁸⁶ Texto original: “Such premature combination of operations and assets significantly undermines the statutory scheme, which is designed to give the antitrust agencies the opportunity to conduct an investigation before the parties have combined their operations or acquired significant assets. It can contaminate the antitrust agencies investigation by, among other things, providing a skewed picture of the competitive landscape and making it difficult or impossible to obtain meaningful relief should the antitrust agencies successfully enjoin a transaction.”

³⁸⁷ d U.S. v. Titan Wheel International, Inc. (D.D.C. final judgment filed May 10, 1996) (No. 96- 1040)

- (i) **Cláusula de não concorrência;**
- (ii) Cláusula de fixação de preços;
- (iii) Cláusula de divisão de mercado;
- (iv) Cláusula que permite à empresa adquirente emitir, vender, penhorar ou onerar os valores mobiliários da empresa a ser adquirida;
- (v) Qualquer outra cláusula extraordinária na condução do negócio que não é normalmente encontrada em acordos de concentração econômica. (Griso nosso).

Amanda Karolini Burg defende que as atividades empresariais que geram preocupações envolvendo a consumação prévia de atos de concentração podem ser separadas em três grupos: (i) troca de informações sensíveis; (ii) cláusulas contratuais que obstem a concorrência e; (iii) atividades que impliquem em transferência de ativos, exercício de influência relevante sobre as atividades da contraparte, participação nos lucros, desenvolvimento em conjunto de estratégias de venda e de *marketing*, interrupção de investimentos, entre outras. Quanto ao item “ii” supramencionado, esclarece (2016. p. 88):

Compete às partes envolvidas nos atos de concentração a manutenção do ambiente concorrencial até a emissão de autorização pelo CADE. Desta maneira, uma série de cláusulas contratuais pode caracterizar a consumação prévia de um ato de concentração, na medida em que diz respeito a atividades concorrencialmente sensíveis. Segundo o CADE, [...].

Deste modo, cláusulas de não concorrência prévia, de pagamento antecipado não reembolsável, que permitam a ingerência direta de uma parte sobre aspectos estratégicos do negócio da outra, bem como quaisquer cláusulas que tornem a reversão do negócio significativamente inviável, têm o condão de dar ensejo ao *Gun Jumping*.

Cristianne Saccab Zarzur, Leonardo Rocha e Silva e Marcos Pajolla Garrido (2017, p. 79), acerca das disposições contratuais que podem levar à consumação prévia de atos de concentração econômica esclarecem:

Disposições contratuais que podem levar a problemas de *Gun Jumping*, conforme previsto no Guia de Gun Jumping, incluem: pagamento antecipado total ou parcial da contrapartida não reembolsável (exceto para adiantamentos típicos em transações comerciais, depósitos em contas de custódia ou cláusulas lidar com taxas de desagregação); cláusulas que estabelecem que a data efetiva do contrato precede a notificação, implicando alguma interação entre as partes; **obrigações anteriores de não-concorrência**; cláusulas que preveem influência direta de uma das partes sobre os aspectos comerciais estratégicos e sensíveis do outro (como preços, clientes, políticas comerciais e outros aspectos que não refletem uma mera proteção do investimento); bem como quaisquer cláusulas que estabeleçam atividades que não possam ser revertidas mais tarde ou cuja reversão exigiria despesas significativas. (Tradução e grifos nossos).³⁸⁸

³⁸⁸ Texto original: “Contractual provisions that may lead to gun jumping issues, as provided by the Gun Jumping Guidelines, include: full or partial advance payment of non-reimbursable consideration (except for typical down payments in business transactions, deposits in escrow accounts, or clauses dealing with break-up fees); clauses establishing that the contract effective date precedes its closing, implying some interaction between the parties; prior non-compete obligations; clauses providing for direct influence of one party on the strategic and sensitive business aspects of the other (such as prices, clients, commercial policies and other aspects that do not reflect a mere protection of the investment); as well as any clauses establishing activities that cannot be reversed at a later time or whose reversal would require significant expenditures.”

É importante mencionar que a lei brasileira, um tanto quanto influenciada pela lei americana, tem por objetivo evitar “concentrações de fato” antes da análise do ato. Esta é uma preocupação originada nos Estados Unidos, e lá, como informa Richard Liebeskind (2003. p. 4):

Tribunais vem reconhecendo que a execução de um acordo de aquisição, junto com a assunção de influência significativa na operação ou no processo de tomada de decisão sobre o negócio a ser adquirido, pode caracterizar uma ‘aquisição’ conforme Seção 7 do Clayton Act, mesmo se as partes não consumaram formalmente a transação. Similarmente, a partir do momento em que as partes entram em um acordo executório submetido aos requerimentos da Seção 7^a, eles não podem efetuar a aquisição mediante, por exemplo, fundindo suas operações ou por qualquer maneira transferindo poder significativo de tomada de decisões, administração, controle de operações sobre os ativos a serem adquiridos. Em outras palavras, uma vez que a Seção 7-A seja ativada, as partes de uma fusão devem, no mínimo, evitar combinar prematuramente seus negócios de uma maneira que caracterizaria aquisição de acordo com a Seção 7. (Tradução nossa).³⁸⁹

Por fim, conforme já mencionado, no ano de 2015, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica publicou, com base na experiência obtida durante o período inicial da Lei 12.529/2011, bem como em fontes do direito comparado, o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica, onde parâmetros semelhantes aos mencionados foram adotados para a identificação de casos de *Gun Jumping*.

Na Seção I do referido Guia, são estipuladas as atividades que podem levar à caracterização da consumação prévia de atos de concentração econômica (*Gun Jumping*), fazendo expressa referência à: (i) troca de informações entre os agentes econômicos envolvidos em um determinado ato de concentração; (ii) definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos e; (iii) atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração. Quanto às cláusulas contratuais, estabelece (BRASIL, 2015, p. 8):

Por sua vez, as preocupações relacionadas com a (ii) definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos têm seu foco no teor das regras que regerão a relação entre os agentes econômicos antes de terminada eventual análise antitruste pelo Cade. Como visto acima, a preocupação das partes deve ser sempre no sentido de manter, até o término da revisão pelas autoridades, o mais intacto possível o ambiente concorrencial existente antes da celebração do ato de concentração. Neste sentido, tais cláusulas contratuais estão intrinsecamente ligadas às atividades concorrencialmente sensíveis descritas mais abaixo.

³⁸⁹ Texto original: “Courts have recognized that the execution of an acquisition agreement, combined with the assumption of significant operational or decision-making influence over the to-be-acquired business, can amount to an “acquisition” under Section 7 of the Clayton Act, even if the parties have not formally consummated the transaction. Similarly, once parties have entered into an executory agreement subject to Section 7A’s requirements, they may not effectuate the acquisition by, for example, merging their operations or otherwise transferring significant operational, management or decisionmaking control over the to-be-acquired assets. In other words, once Section 7A is triggered, parties to a merger agreement must, at a minimum, avoid combining prematurely in a way that would constitute an acquisition under Section 7”.

Existe uma miríade de disposições contratuais possíveis para se formalizar atos de concentração, impossibilitando a listagem de quais cláusulas devem ser entendidas como ilícitas pela autoridade antitruste. Não obstante, entre aquelas que são merecedoras de maior atenção estão todas que podem implicar a integração prematura das atividades das partes envolvidas no ato de concentração. Essas disposições contratuais incluem:

a) cláusula de anterioridade da data de vigência do contrato em relação à sua data de celebração, que implique alguma integração entre as partes;

b) cláusula de não-concorrência prévia;

c) cláusula de pagamento antecipado integral ou parcial de contraprestação pelo objeto da operação, não reembolsável, com exceção de (c.i.) pagamento de um sinal típico de transações comerciais, (c.ii.) depósito em conta bloqueada (escrow), ou (c.iii.) cláusulas de break-up fees (pagamentos devidos caso a operação não seja consumada);

d) cláusulas que permitam a ingerência direta de uma parte sobre aspectos estratégicos dos negócios da outra, tais como a submissão de decisões sobre preços, clientes, política comercial/vendas, planejamento, estratégias de marketing e outras decisões sensíveis (que não sejam mera proteção contra o desvio do curso normal dos negócios e, conseqüentemente, proteção do próprio valor do negócio alienado);

e) de forma mais genérica, quaisquer cláusulas que prevejam atividades que não possam ser revertidas em um momento posterior ou cuja reversão implique em dispêndio de uma quantidade significativa de recursos por parte dos agentes envolvidos ou da autoridade, etc) (Grifo nosso).

Do que foi exposto, conclui-se que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica firmou entendimento no sentido de que acordos de não-competitividade, uma vez inseridos em pactos que visam a concentração entre agentes econômicos, podem ensejar a caracterização da prática de *Gun Jumping*, quando utilizada como estratégia de antecipação dos efeitos do negócio realizado entre as partes ou como forma de camuflar alocação de mercados, preços e clientes de acordo com seus interesses comuns, devendo a sua prática ser rechaçada, sob pena de as partes incorrerem na prática infracional em referência e, conseqüentemente, serem fixadas contra si multas de elevada monta, que podem culminar, inclusive, na abertura de processo administrativo e na declaração de nulidade dos atos até então praticados.

Vale a advertência de que a cláusula de não concorrência vedada pelo CADE é aquela cujos efeitos são identificados antes da notificação ou no decorrer do processo de análise do ato. Cláusulas que só venham a ter eficácia após a aprovação do ato são, a priori, admissíveis.

Por outro lado, seria ingênuo concluir que a mera existência da condição suspensiva ou precedente (aprovação da operação) associada à cláusula de não-concorrência significa que não ocorrerá, na prática, concentração concorrencial antecipada. O *gun jumping* restará comprovado não pela existência ou inexistência da cláusula, mas sim pela análise da prática das empresas envolvidas; por exemplo, se no período de análise definem metas conjuntas, estabelecem *sales pipelines* comuns ou determinam suspensão de esforços de vendas de um dos agentes, se agentes do adquirente participam de negociações de interesse do alienante e assim por diante.

5. Conclusão

A Lei 12.529/2011, mais precisamente em seu artigo 88, §2º, instituiu o controle prévio de estruturas no Brasil. A mesma legislação, em seu artigo 88, §3º, também estipulou que a consumação de atos de concentração antes da decisão final do Conselho Administrativo de Defesa Econômica é vedada e a sua prática pode levar à caracterização da prática infracional denominada *Gun Jumping*, bem como a aplicação de severas penalidades. Embora a Lei imponha a necessidade de autorização, pela autoridade antitruste, para a efetivação de determinados atos de concentração, não apresenta critérios objetivos capazes de balizar a conduta das partes envolvidas nesse tipo de operação durante o período de análise.

Embora ainda não tenha sido possível consolidar jurisprudência sobre o tema, dada a sua relativa novidade, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica retirou, da análise da experiência antitruste de outros países, principalmente dos Estados Unidos da América, alguns parâmetros para a identificação da prática em referência, dentre os quais destaca-se a necessidade de análise das cláusulas inseridas nos pactos de concentração econômica, notadamente da cláusula de não-concorrência.

Em 2015, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica publicou o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica, no qual fixou que os seguintes parâmetros devem ser analisados pelas autoridades antitruste em casos de dúvida sobre a configuração de uma situação de *Gun Jumping*: (i) troca de informações sensíveis entre os agentes econômicos envolvidos em um determinado ato de concentração; (ii) definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos e; (iii) atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração.

Especificamente sobre as cláusulas contratuais, o órgão antitruste estabeleceu que existe uma gama de disposições contratuais possíveis para se formalizar atos de concentração, sendo que algumas delas são merecedoras de maior atenção quando da análise da consumação prévia de atos de concentração, pois podem implicar a integração prematura das atividades das partes envolvidas na operação, dentre as quais, destaca-se a cláusula de não-concorrência.

É que, não raras vezes, a cláusula de não-competitividade é desvirtuada neste tipo de operação, não se prestando para proteger os interesses da parte que continuará no controle do empreendimento (posição contratual equivalente a do adquirente do contrato de *trespass*), frente a possibilidade de prática de concorrência desleal pela outra parte envolvida, conforme seu escopo inicial demonstrado nesse trabalho, mas servindo apenas para antecipar os efeitos

da concentração negociada entre as partes, de forma que as empresas possam atuar como uma única organização, ainda antes da apreciação pelo CADE do ato de concentração, alocando mercados, preços e clientes de acordo com seus interesses comuns, sendo exatamente este o resultado que o sistema de controle prévio do ato busca evitar..

Assim, conclui-se que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica firmou entendimento no sentido de que acordos de não-competitividade, ainda que contendo condições precedentes ou suspensivas, segundo as quais a cláusula de não-concorrência só se tornará eficaz após a aprovação da operação, podem indicar a prática ou intenção de um ilícito antitruste, se efetivamente as partes agirem de forma concertada antes da notificação da operação ou no decorrer do processo de análise da concentração, o que caracterizará a prática infracional denominada *Gun Jumping* e conseqüentemente, pode levar à fixação de multas significativas, que podem culminar, inclusive, na abertura de processo administrativo e na declaração de nulidade dos atos até então praticados.

6. Referências

ALVARES, Eduardo Octavio Teixeira. Cláusula de não concorrência na visão do CADE. In. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago. 2015. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16287&revista_caderno=27> Acesso em 1º jan. 2017.

BLUMENTHAL, William. *The Rhetoric of Gun-Jumping*. 2005. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>> Acesso em: 31 out. 2017.

_____. *The Road to Omnicare: The Evolution of Antitrust Standards on Premerger Coordination*. 2009. Disponível em: <<http://media.straffordpub.com/products/information-sharing-by-competitors-minimizing-antitrust-liability-2009-04-16/presentations.pdf>> Acesso em: 31 out. 2017.

BRASIL. Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-15-de-19-de-agosto-de-1998.pdf>> Acesso em 05 jan. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 jan. 2017.

BRASIL. Código Civil de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 04 jan. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.013792/2007-30. 12 nov. 2008. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?p5UdMxn oBladyonOAe-ixlyCDiP4HWsIMmZ0ygmI7FfuKsGXwT2ByaHa7N_KGzzWMX5n_7CxyWuWyADILcm poQ,> Acesso em 05 jan. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Súmulas do CADE. 12 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/sumulas-do-cade>> Acesso em 05 jan. 2017.

BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BRASIL. Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica. Brasília: CADE, 2015. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20gun%20jumping-%20vers%C3%A3o%20final%20\(3\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20gun%20jumping-%20vers%C3%A3o%20final%20(3).pdf)>. Acesso em: 07 jan. 2017.

BRASIL. Resolução n.º 13, de 23 de junho de 2015 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disciplina os procedimentos previstos nos §§ 3º e 7º do art. 88 da Lei 12.529, de 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucaondeg-13-2015.pdf/@@download/file/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%B0%2013-2015.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília: CADE, 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/regimento-interno>>

do-conselho-administrativo-de-defesa-economica-26_set_2017-emenda-regimental-numero-1.pdf/view >. Acesso em: 30 out. 2017.

BURG, Amanda Karolini. O *Carve-out Agreement* como instrumento (in) capaz de elidir a configuração do *Gun Jumping*. In *Revista de Defesa da Concorrência*. V. 4, n. 2. Brasília, DF. 2016. Pp. 79-98. Disponível em <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia>>. Acesso em 07 jan. 2017.

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v Gemstar-TV Guide Int'l, Inc.* Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/case-document/competitive-impact-statement-108>>. Acesso em 8 jan. 2017.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GOVER, Juliette; JOURDAN, Jérémie. *Gun Jumping triggers trouble*. Publicado em 11 de novembro de 2015. Disponível em <https://www.whitecase.com/publications/insight/gun-jumping-triggers-trouble>. Acesso em 13 abr. 2017.

ITÁLIA. *Codice Civile Italiano*. Disponível em <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib5.htm>. Acesso em 02 nov. 2017.

LIEBESKIND, Richard. *Gun Jumping: antitruste issues before closing the merger*. Palestra proferida no encontro anual da American Bar Association, San Francisco, California, 2003, disponível em <<https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/8/v2/1842/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>>. Acesso em 13 abr. 2017.

MARX, Karl. O Capital. Livro I. 2ª ed., Coleção Os economistas. São Paulo, Ed. Nova Cultural. 1985 (1867).

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. *Gun jumping, controle prévio de estruturas e o CADE*. Revista do IBRAC. São Paulo. 2012. v. 2, n. 22, p. 57-80.

MODESTO, Carvalhosa. Comentários ao Código Civil: Parte Especial: Do Direito de Empresa (artigos 1.052 a 1.195). Vol. 13. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

RIZARDO, Arnaldo. Direito de empresa. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SAITO, Carolina. *Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC*. RDC. Brasília. DF. 2013. v. 1, n. 2, p. 92-118.

Disponível em
<<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/70>> Acesso em 31 out. 2017.

TITO, Fabiana. *The New Brazilian Guidelines On Horizontal Merger Assessment*. In: Anders, Eduardo Caminati; Ribas, Guilherme (Orgs). *Brazilian Antitrust Law (Law N.º 12.529/11): 5 years*. IBRAC, 2017. p. 56-63. Disponível em: <<http://tozzinifreire.com.br/assets/conteudo/uploads/brazilian-competition-law---5-years-5930640b463a9.pdf>>. Acesso em 4 nov. 2017.

ZARZUR, Cristianne Saccab; SILVA, Leonardo Rocha; GARRIDO, Marcos Pajolla. *What To Expect [Or To Avoid] When You Are Expecting: Gun Jumping Issues And Challenges Of A Pre-Merger Control Regime*. In: Anders, Eduardo Caminati; Ribas, Guilherme (Orgs). *Brazilian Antitrust Law (Law N.º 12.529/11): 5 years*. IBRAC, 2017. p. 76-84. Disponível em: <<http://tozzinifreire.com.br/assets/conteudo/uploads/brazilian-competition-law---5-years-5930640b463a9.pdf>>. Acesso em 4 nov. 2017.

WINTERSCHEID, Joe; DUBROW, Jon e AMEZCUA, Carrie. *Merger Control: Gun Jumping Goes Global*. *International News*. Disponível em: <http://www.mwe.com/info/news/int0210.pdf>. Acesso em: 31 out. 2017.

Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition analysis

Andressa Lin Fidelis³⁹⁰

ABSTRACT

This report reviews data-driven mergers by focusing on two main competition challenges. Firstly, it analyses whether data-platforms may pose an unreplicable competitive advantage to entrants, and to what extent data-driven indirect network effects may harm competition and innovation. Secondly, it reviews the intersection between competition and privacy, and the quantification of the effects of quality reduction. The report argues that a more dynamic approach can contribute to address those challenges better than a pure static framework, and proposes a re-analysis of the European Commission's merger decision regarding Facebook/WhatsApp. The report concludes by proposing that dynamic effects, consumer choice, and merger control be analysed more holistically.

Keywords: Facebook/WhatsApp, competition economics, merger control, big data, dynamic analysis, network effect, privacy

RESUMO

O presente artigo explora dois desafios ao direito concorrencial decorrentes dos atos de concentração envolvendo *big data*. Primeiramente, analisa-se em que condições as plataformas digitais podem representar uma vantagem competitiva não replicável e como as externalidades indiretas decorrentes do *big data* poderiam prejudicar a concorrência e a inovação no mercado. Em segundo lugar, foca-se na intersecção entre concorrência e privacidade, sugerindo análises quantitativas para sua mensuração. Este trabalho argumenta que a adoção de uma perspectiva mais dinâmica pode endereçar ambos os desafios de modo superior à análise puramente estática, propondo a revisão da aprovação do ato de concentração Facebook/WhatsApp pela Comissão Europeia. O trabalho conclui propondo que os efeitos dinâmicos, a escolha do consumidor e o controle de estruturas sejam analisados de forma mais holística.

Palavras-chave: Facebook/WhatsApp, economia da concorrência, atos de concentração, big data, análise dinâmica, externalidades de rede.

³⁹⁰ Andressa Lin Fidelis holds an LL.M. with focus on US and EU competition law from Georgetown Law (2014) and a Master in Applied Economics from Barcelona Graduate School of Economics (2017). Previously, she worked as an associate in a law firm in Sao Paulo, as a trainee at the US Federal Trade Commission and served as a Coordinator at CADE's Leniency Unit. Ms. Fidelis currently works in the competition team at Latham & Watkins, Brussels' office. The author thanks Zeynep Ortac (BGSE 2017) for the research and first draft on the intersection between data and privacy. For further contact: alf62@georgetown.edu

SUMÁRIO: 1. Introduction; 2. Data-driven markets: can concentrated market still be competitive?; 2.1. Setting the debate: concentration vs. market power; 2.2. Data as a competitive advantage; 2.3. Entry barriers & data-driven indirect network effects; 2.4. Market tipping & innovation; 3. Non-price dimension of competition: does privacy matter?; 3.1. Privacy as a dimension of quality competition; 3.2. The economics of privacy; 3.3. Quantitative analysis of effects on quality; 4. Incorporating a more dynamic approach into merger analysis: what does it mean?; 4.1. Forward-looking approach to market definition; 4.2. Connected markets and the domino effect; 4.3. Do we need new tools?; 5. Could a dynamic analysis have changed the outcome of Facebook/WhatsApp?; 5.1. A dynamic market for data; 5.2. Elimination of potential competition; 5.3. Tipping a connected market; 5.4. Privacy and quality degradation; 6. Conclusion; 7. References.

1. Introduction

Data-driven mergers are the transactions that aim at acquiring, combining and/or monetizing large amounts of commercially valuable data gathered from multiple sources and formats³⁹¹. In the digital markets (e.g., e-commerce, social networks, search engines, online advertisement, etc.), examples can be found in the mergers between *Verizon/Yahoo!* (2016), *Microsoft/LinkedIn* (2016), *Facebook/WhatsApp* (2014), *Google/DoubleClick* (2008)³⁹², among many others³⁹³.

Those transactions benefit from the developments of artificial intelligence, data mining and machine learning, allowing data to be analyzed for insights that can reduce product and process innovation costs. Indeed, consumers' data is at the core of the business model³⁹⁴ and

³⁹¹ Doug Laney crafted the pioneer definition of big data in three dimensions: (i) volume: data comes in large amount and it is collected from a variety of sources such as business transactions, social media, information from sensor, machine-to-machine, etc.; (ii) velocity: data streams in at an unprecedented speed and must be dealt with in near-real time; and (iii) variety: data can be structured and unstructured and comes in all types of formats, e.g., numeric or text documents, e-mail, video, audio, etc.. See Laney (2001). More recently, extra dimensions have been added, including: (iv) variability; (v) veracity; (vi) validity; (vii) vulnerability; (viii) volatility; (ix) visualization; and (x) value. See Firican (2017).

³⁹²*Verizon/Yahoo!*, case COMP/M.8180, EC's Decision on 21.12.2016; *Microsoft/LinkedIn*, case COMP/M.8124, EC's Decision on 6.12.2016; *Facebook/WhatsApp*, case COMP M.7217, EC's Decision on 03.10.2014, and; *Google/DoubleClick*, case COMP/M.4731, EC's Decision on 22.07.2008. Other big data mergers include *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, case COMP/M.6314, EC's decision on 04.09/2012 and *Publicis/Omnicom*, case COMP/M.7023, EC's decision on 09.01.2014

³⁹³ As reported by The Economist (May, 2017), recent data-driven deals also involved: Facebook/Instagram for \$1 bn (2012), Alphabet/Waze for \$1.2 bn (2013), IBM/The Weather Company for \$2 bn (2015), IBM/Truven Health Analytics for \$2.6 bn (2016), Intel/Mobileye for \$15.3 bn (2017), Microsoft/SwiftKey for \$0.25 bn (2016), Oracle/BlueKai for \$0.4 bn (2014), Oracle/Datalogix for \$1bn (2014).

³⁹⁴ Described as a "raw material for digital business models", personal information has become a factor of competition used to improve products and targeted advertising. See Monopolkommission (2015, p. 36).

largely explain the market power enjoyed by the world's most valuable public companies, namely Apple, Alphabet, Microsoft, Amazon, and Facebook³⁹⁵.

This reports focus on two main competition challenges posed by data-driven mergers. First, the trend of increasing concentration of super-platforms is prompting a debate over whether or not we need new tools and more severe competition enforcement to guarantee contestability in data platforms³⁹⁶. Is market power entrenched or entry hampered when bigger data firms take over smaller ones?

The second challenge is related to the intersection between competition and privacy. Data-driven platforms generally offer services for no monetary fee to one side of the platform. When services are offered for “free”, how authorities can measure the effects of a merger in non-price dimension of competition, such as quality and privacy?

This report argues that a more dynamic analysis can contribute to address those challenges better than a pure static competition analysis. Where predictive fact-finding can be supported by economic theory and empirical evidence, a dynamic approach is more suitable to address competition concerns in rapidly evolving data-driven economies. Therefore, a re-analysis of the European Commission (“EC”) approval decision regarding Facebook/WhatsApp is suggested to test whether its outcome would have changed if a more forward-looking analysis were taken into account.

The remaining of this report is organized as follow: **Section 2** analyzes the main economic characteristics of data-driven markets, and how user information can yield those platforms an unreplicable competitive advantage. **Section 3** discusses introducing privacy considerations into the competitive assessment. **Section 4** explains how dynamic analysis can contribute to improve data-driven mergers’ review. **Section 5** evaluates what could have changed if a more dynamic analysis were adopted in the Facebook/WhatsApp merger analysis. **Section 6** concludes by summarizing the main takeaways and proposing that dynamic effects, consumer choice, and merger control be analyzed more holistically.

2. Data-driven markets: can concentrated market still be competitive?

³⁹⁵ Based on the Financial Times Global 500 ranking of 2017, Apple, Alphabet (Google), Microsoft, Amazon, and Facebook are among the 8 publicly traded companies having the greatest market capitalization.

³⁹⁶ For those who are pro more enforcement, see, e.g., the “Brandeisian Movement” summarized by Dayen (2017), *The Economist* (May 2017 and September 2016), OECD (2016, p. 20-24), EDPS (2016, p. 7-13), Khan (2017), Taplin (2017), Ezrachi and Stucke (2016), Thompson (2016), Dayen (2016), and Lanier (2014). For those who are against, see e.g., Lamadrid and Villiers (2017), as well as Kevin Murphy at the Conference: *Does America have a concentration problem?* March 28, 2017, Chicago, US.

Data-driven markets often give consumers the impression that competition is fiercer, prices are more transparent³⁹⁷, and monopolization is less likely. Some claim that data-driven markets have nearly zero entry barriers³⁹⁸ because data is ubiquitous, low cost, and widely available. Consequently, market shares are clearly not a good proxy of market power because competition is just “one click away” (Schmidt, 2015). At anytime, coming from a garage somewhere, Schumpeterian “gales of creative destruction” could displace Google or Facebook in the same way that they displaced Yahoo! and MySpace. Thus, most calls for more antitrust intervention against data-driven platforms should be regarded as merely “antitrust populism” (Lamadrid and Villiers, 2017, p. 3).

On the other hand, many consider that data’s nature favors long lasting dominance and are concerned about the entrenchment of data-driven platforms to the detriment of innovation³⁹⁹, consumer welfare⁴⁰⁰, and even democracy⁴⁰¹. To navigate in this debate, this report focus on three main characteristics of data-driven markets: (i) concentration as a proxy for market power; (ii) data as an irreplicable asset; (iii) higher entry barriers mainly caused by indirect network effects; and (iv) the tendency for market tipping in favor of the data-driven incumbent.

2.1 Setting the debate: concentration vs. market power

Apple, Alphabet/Google, Microsoft, Amazon and Facebook have enjoyed high market shares, reaching billion of users, and significant profits⁴⁰², some for over a decade now (EDPS, 2016). Data-driven markets have an intrinsic trend of becoming even more concentrated (OECD, 2016). Such digital concentration has prompted calls for the tech giants to be broken up (as reported by The Economist, 2017). The so-called Brandeisian movement considers that

³⁹⁷ On the debate about how price transparency can backfire via anticompetitive price discrimination and logarithm collusion, see OECD (2016), and The Economist (May 6, 2017).

³⁹⁸ In November 26, 2012, Ron Wyden, U.S. senator, declared in the FTC’s investigation against Google’s search bias case: “*compared to almost any other market in the history of antitrust regulation, online search has effectively zero barriers to entry*”, <https://www.wyden.senate.gov/download/?id=94C57310-59D3-4D6E-84BE-FF957413BCC3&download=1>.

³⁹⁹ As observed by The Economist (September 17, 2016) the number of startups in the US is the lower since the 1970s.

⁴⁰⁰ Authors like Stucke and Grunes (2017 and 2016) have tackled the commonly asserted “myths” regarding the contestability of data-driven markets.

⁴⁰¹ See Dayen (2017).

⁴⁰² According with Jonathan Taplin, Alphabet/Google has 88% search advertising and is valued at \$530.6 bi, Amazon has 75% in online book sales and is valued at \$362.4 bi, and Facebook/Instagram/WhatsApp 74% market share of mobile social and is valued at \$357 bi. Google and Facebook have each nearly 2 billion customers. See the Conference: *Does America have a concentration problem?* March 28, 2017, Chicago, US, <https://research.chicagobooth.edu/stigler/events/single-events/march-27-2017>.

the fear of antitrust agencies of overreaching fails to serve the public⁴⁰³. In face of the “tsunami” of digital mergers, US Senators doubt that the agencies are getting the job done (Dayen, 2016). The other side of the spectrum criticizes the emphasis on concentration as misplaced. For Sidak and Teece (2009, p. 36-37), policymakers should even overturn the presumption that more competitors are always better, as “high market share may indicate not only superior performance, but also strong selection at work in the industry”.

While competition law is not merely concerned with concentration, but with market power and the ability of dominant firms to subvert the competitive process (Hesse, 2016), I believe that concentration levels are an important screening device for competition authorities. Data innovation has brought high R&D level, and benefit consumers with new products at even zero monetary fees. However, as seen below, data characteristics can help perpetrate the quite concentrated nature of data-driven platforms (Graef, 2015). Thus, the remaining question is: can the informational power become monopoly power?

2.2 Data as a competitive advantage

Due to the alleged non-rivalrous⁴⁰⁴ nature of data, some authors claim that no incontestable market power could be derived from it (Tucker and Wellford, 2014). Indeed, factual information such as name, age, gender, home address, etc. are commonly provided to multiple entities, but they are not the kind of inputs that search engines, social networks or e-commerce need to provide relevant services to both sides of their platforms (CMA, 2015, paras 2.53-2.54). The volume, scope, and precision of analysis of data gathered nowadays cannot be compared to a brick-and-mortar world.

Successful data-driven platforms have an established user base allowing them to collect, store and process large, real-time data about users last minute interests, sentiments, influence, and behavior⁴⁰⁵. Specifically, search engines care about search queries history and clicked links. Social networks care about profile information, and constructing the user’s social graph. E-

⁴⁰³ As described by Dayen (2017, p. 4-5), the “New Brandeis movement” is formed by a group of scholars that has rebelled against Chicago-school dictates. For the Supreme Court Judge Louis Brandeis: “we can have democracy in this country, or we can have great wealth concentrated in the hands of a few, but we can’t have both.”

⁴⁰⁴ A non-rivalrous good means that the cost of providing it to a marginal individual is zero (Cornes and Sandler, 1968). In big data, it means that the same data may be used by different firms at the same time.

⁴⁰⁵ This report acknowledges that big data has to be processed by logarithms and AI to become valuable. But the comparative importance of the former compared to the later has been addressed even by Google’s chief scientist in 2010, who peremptorily affirmed that “*we don’t have better algorithms than anyone else. We just have more data*”. See Asay and O’Reilly (2010).

commerce cares about users' purchase history. This information is far from being easily collected and it is not readily available on the market (Grunes and Stucke, 2015).

Moreover, the fixed costs involved in setting up the necessary tools for collecting and analyzing data are high. Third party access is also a remote possibility. While platforms like Facebook and LinkedIn prohibit third parties from scrapping content off its platforms, Google restricts portability of advertising campaigns (Graef, 2015), not to mention all the patents involved. The reason for this protection wall is that for data-driven markets, data is the input that strength both sides of their platforms: (i) advertisers benefit from better targeted advertising business possibilities; and (ii) users benefit from the higher quality of the functionalities offered.

Big data advantage also allows dominant platforms to closely oversight (or nowcast⁴⁰⁶) not only consumers' behavior and markets' trends, but also the development of rivals' business model and nascent threats. No wonder why almost every (realistic) start-up's dream is to be acquired by, rather than become the next big data titan (The Economist, September 2016).

Regardless of being considered, the "new currency of the internet" (Vestager, 2016), the oil of the XXI century (The Economist, May 2017), the important antitrust factor is that big data is commercially valuable – as showed by the value of their billionaire acquisitions⁴⁰⁷ –, a driver of change, a competitive advantage for incumbents, and entry barrier for entrants (Graef, 2015). Depending on other characteristics of the data-driven market (e.g., market foreclosure, replicability, double marginalization problem, etc.), the essential facility doctrine may also apply⁴⁰⁸.

2.3 Entry barriers & data-driven indirect network effects

⁴⁰⁶ Nowcasting is defined as the prediction of the present, the very near future and the very recent past in economics, [https://en.wikipedia.org/wiki/Nowcasting_\(economics\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Nowcasting_(economics)).

⁴⁰⁷ Only *Facebook/WhatsApp* and *Microsoft/LinkedIn* transactions amount for more than \$48 billions.

⁴⁰⁸ In the EU, the legal test and threshold for treating an input as an essential facility is significantly high, see the ECJ in *IMS Health* (case C- 418/01, para. 34-52) and *Bronner* (case, C-7/97, para.44-45). The US case law is even more averse to applying the doctrine. From an economic point of view, the author believes that a dynamic framework may be more suitable to address data issues than the essential facility doctrine.

With respect to entry barriers, the challenge pose by data-driven markets is that on top of the traditional network effects⁴⁰⁹, there are the effects derived from scale⁴¹⁰ (i.e., learning-by-doing) and scope⁴¹¹ (i.e., multiple data aspects of one user), and what some author have called spill-over or “data-driven indirect network effect” (Prüfer and Schottmüller, 2017), which have widen the gap between incumbent and entrants relevance of service. Indeed, the existence of an indirect network effect that crosses customer groups is what characterizes a business as multi-sided⁴¹² (Graef, 2015, p. 476).

Prüfer and Schottmüller (2017) propose an innovative dynamic model of R&D competition to show that, due to indirect network effects, data-driven markets become stably monopolized (“tip”) under very mild conditions⁴¹³. The model’s fundamental mechanism is to treat demand side-generated user preferences or characteristics as an input into the supply side-run innovation process. Thus, user information is an input into a firm’s efforts to improve its perceived product quality and therefore reduces firm’s cost of innovation. In the case of search engines, e.g., users’ clicking behavior is the driver for indirect network effects.

As explained by the authors, a key feature of the “datafication” process is the growing importance of the indirect network effect, which combine the machine-generated data about user information, as a by-product of using goods and services that are connected to the internet, with a reduction in the marginal cost of innovation on the supply side, s.t. the marginal cost of innovating $c(x, D_i)$, is decreasing in demand: $c_{x, D_i} < 0$ ⁴¹⁴.

As concluded by the authors, such combination cannot be easily copied by rivals or overcome by a disruptive innovator. Thus, data-driven markets do seem to pose higher barriers to entry resulting from the indirect network effects. Indeed, as observed by Stucke and Grunes

⁴⁰⁹ A network effect is either direct when the consumers’ utility increases as the number of consumers grows, or indirect when the increasing number of consumers of a good leads to more complementary products or services that raises the value of the network (Katz and Shapiro, 1985). In the case of search engine services, the indirect network externality lies on the fact that the search results increase in relevance the more search data become available to the search engine (Argenton & Prüfer, 2012).

⁴¹⁰ Economies of scale arise when the incremental costs of creating additional units decline as the scale of production increases (Shapiro and Varian, 1999). In data-driven markets, users and advertisers expect to gain more value and are attracted to platforms with the largest group of customers.

⁴¹¹ As suggested by Stucke and Grunes (2017), entry barriers are originated from four network effects: (i) classic network effects; (ii) network effects arising from the scale of data; (iii) network effects from the scope of data; and (iv) how network effects on one side of a platform can spill over to the other side.

⁴¹² I agree with Prüfer and Schottmüller (2017) who does not define search engines and social networks as two-sided, but as *semi*-two-sided, as a higher number of advertisers do not necessarily benefit users.

⁴¹³ The authors adopt a model where duopolists repeatedly choose their innovation investments to compute the subgame-perfect Nash equilibria with a finite time horizon.

⁴¹⁴ According with the model, the firms have to incur in the following investment cost to increase its quality by x unit: $c(x, D_i) = \gamma x^2/2 + \alpha x[1 - D_i(\Delta)]$, where γ is a parameter that measures the difficulty to innovate, α is a parameter that measures data-driven indirect network effects, D_i is the demand in $T-1$, and Δ is the quality difference between the 2 firms.

(2017), if barriers to entry were low, Google wouldn't have intentionally degraded quality to favor its vertical service, and Microsoft wouldn't have spent over \$4.5 billion to develop the algorithm and capacity to operate Bing – without virtually any success.

2.4 Market tipping & innovation

Prüfer and Schottmüller (2017) show that there is a strong first-mover advantage in data-driven markets, which tip under very mild conditions. In the game proposed by the authors, it means that when quality difference is sufficiently large, firms do not value future too much (δ is sufficiently low), and innovating is not so expensive, eventually, one firm will dominate the market by having full demand in every second period.

An alarming feature of a tipped market is that “there are very little incentives for both the dominant firm and the ousted firm to further invest in innovation” Prüfer and Schottmüller (2017, p. 2). This is because, by backward induction, the smaller firm will choose not to invest in innovation since it knows that the dominant firm will be able to match any investment at a lower marginal cost. Knowing this, the dominant's best response is also not to invest. Thus, market tipping cannot only raise barriers to entry, but it can also harm consumers due to the resulting underprovision of innovation.

When a market favors a “winner takes all outcome where monopoly is the nearly inevitable outcome of market success” (OECD, 2014, p. 60), competition authorities should have more reasons to be concerned about mergers that can tip the market, either in the service or product market where the acquirer already enjoys a large share, either in connected markets in which the acquirer can leverage its position, using information gained in his market of origin to tip a second or multiple markets (domino effect) (Prüfer and Schottmüller, 2017), as detailed in Section 4 below.

Alternatives to guarantee market contestability in data-driven markets include fostering consumers' data ownership and portability initiatives⁴¹⁵. Also, data sharing of anonymized user information could allow competitors to overcome the incumbent's data advantage (The

⁴¹⁵ In the EU, beginning in May 2018, the Regulation 2016/679 will impose an obligation on firms to enable individuals to take their personal data with them when they quit using an online service.

Economist, March⁴¹⁶ and May⁴¹⁷, 2017), while eliminating the mechanism causing data-driven markets to tip⁴¹⁸⁻⁴¹⁹.

In sum, data can become an insuperable competitive advantage when: (i) acquirer's dominant position has been stable for a significant period; (ii) data is not easily replicable and the incumbent relies on exclusivity and IP rights; (iii) data-driven indirect network effects are strong; and (iv) the mergers can help the product market or a correlated market to tip.

3. Non-price dimension of competition: does privacy matter?

A survey published by International Data Corporation in 2017 found that “a whopping of 84% of U.S. consumers expressed concern regarding the security of their personally identifiable information and 70% told IDC that their concern is greater today than just a few years ago”⁴²⁰. In response to the scaling concern about privacy protection, privacy-conscious search engines such as DuckDuckGo and Qwant have emerged offering a differentiated product. As sharing private information with data-driven platforms is increasingly being perceived by consumers as a “cost”, it is questionable whether the services offered by search engines and social networks can be considered cost free (OECD, 2016). In fact, data-driven mergers may diminish the incentives of the merging parties to compete on quality dimensions such as privacy protection, and, therefore, substantially hinder competition.

However, privacy concerns are far from being incorporated in competition analysis, with the notorious exception of Bundeskartellamt's investigation on Facebook's alleged abuse of privacy terms⁴²¹, and the Italian Competition Authority investigation on WhatsApp's Term of Use⁴²². In the merger realm, both the EC and the FTC have cleared the Google/DoubleClick

⁴¹⁶ In the EU, beginning in January 2018, the Second Payment Service Directive (PSD2) will compel banks to share customer-account information with licensed financial-services providers, under the consent of the account-holder.

⁴¹⁷ Ben Thompson, suggested that dominant social networks should be required to allow access to their social graphs, and highlighted that Instagram got off the ground by having new users import the list of their followers from Twitter.

⁴¹⁸ If, e.g., Facebook does not have exclusive rights of user information, competitors face the same cost function, and there is no cost advantage in producing quality. See Prüfer and Schottmüller (2017).

⁴¹⁹ Effects on total welfare are mixed because if there is no tipping, investments costs are duplicated. However, if data-driven indirect network effects are sufficiently high, data sharing obligations can increase total welfare. See Prüfer and Schottmüller (2017).

⁴²⁰ IDC Press Release, January 24, 2017, <http://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS42253017>.

⁴²¹ The Bundeskartellamt framed Facebook's Terms of Service on the use of consumer data as an abused of its dominant position in the market for social networks. See Bundeskartellamt's Press Release on March 2, 2016, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.htm

⁴²² On May 11th, 2017, the ICA closed its two investigations initiated in 2016 and fined WhatsApp for €3 million for having forced its users to share personal data with Facebook. The ICA concluded that WhatsApp *de facto* forced its users to share their personal data with Facebook, by inducing them to believe that they would continue

merger without accounting for the privacy aspects, with the exception of a dissenting statement from former FTC Commissioner Pamela Jones Harbour where she considered privacy concerns as ‘cognizable’⁴²³. The EC in Facebook/WhatsApp dismissed privacy concerns as outside the scope of EU competition law and the ECJ *Asnef-Equifax*⁴²⁴ found that privacy concerns are not, “as such”, a matter for competition law.

To the extent that privacy constitutes a dimension of competition affecting economic efficiency and long run consumer welfare, competition law enforcement should step in. Having observed that privacy concerns have remained as a neglected matter in merger control, this report analyzes privacy from a quality competition dimension, investigates the competition concerns, and the importance of incorporating them into merger analysis.

3.1 Privacy as a dimension of quality competition

Quality is considered to be the key non-price competition parameter and the driver of innovation and dynamic efficiency (Gal and Rubinfeld, 2016). The European Court of Justice has long ago confirmed quality as another competition parameter⁴²⁵. As recognized by OECD (2013), lower quality can be just as detrimental to consumer welfare as higher prices. As recognized by the EC, when services are offered for no monetary fees, “*consumers pay more attention to other features*” and therefore quality constitutes “*a significant parameter of competition*”⁴²⁶. In *Microsoft/LinkedIn* the EC acknowledged the relevance of privacy in the competitive assessment⁴²⁷.

to use the service only if they grant their full consent⁴²². See ICA’s press release on Press Release, <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2380-whatapp-fined-for-3-million-euro-for-having-forced-its-users-to-share-their-personal-data-with-facebook.html>

⁴²³ “[W]ithout imposing any conditions on the merger, neither the competition nor the privacy interests of consumers will have been adequately addressed”. See Pamela Jones Harbour, Dissenting Statement, In the Matter of Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170 (2007).

⁴²⁴ Case C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, *Asnef-Equifax v. Ausbanc*, para 63.

⁴²⁵ “*Competition on the merits may, by definition, lead to the departure from the market or the marginalization of competitors that are less efficient and so less attractive to consumers from the point of view of, among other things, price, choice, quality or innovation*”. Judgment of the ECJ of March 27, 2010 in Case C-209/10 *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, para 22.

⁴²⁶ Case M COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, Decision on 07.10.2011, para 81.

⁴²⁷ “*Privacy (...) can be taken into account in the competition assessment to the extent that consumers see it as a significant factor of quality, and the merging parties compete with each other on this factor. In this instance, the Commission concluded that data privacy was an important parameter of competition (...)*”. Press Release of December 6, 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4284_en.htm.

However, OECD (2013) identifies the question of quality effects as one of the most troublesome issue in merger control context, as it is “subjective” and hard to measure⁴²⁸. Even if competition authorities account for quality competition, the scope of such analysis remains limited to its link with the price or competition in the market (Evans, 2011)⁴²⁹. Hence, the traditional analysis and economic tools are not likely to capture the anticompetitive effects brought by mergers between firms differentiated by privacy protection levels.

3.2 The economics of privacy

As quality and privacy competition has a common interpretation, economics of privacy sheds lights to additional themes and challenges associated with the competition analysis of privacy.

First of all, there is information asymmetry between the users and the service providers. When subscribing to online platforms, consumers are rarely aware of the type of data that might be collected from them (behavioral data, IP and location tracking data, business transaction, etc.) (OECD, 2106). This asymmetry enables the platform to invest less on privacy and increase its expected profits to the expense of service quality. Even if there are data protection standards and policies, the asymmetry of information does not change since it is costly for the user to read and understand the lengthy and complex terms and conditions⁴³⁰.

This situation leads to a dysfunctional equilibrium characterized by Farrell (2012) as “*few consumers devote attention to disclosures, disclosures are vague, noncommittal, or even if explicit, mostly ignored; and the privacy policies chosen are inefficiently non-protective*”⁴³¹. In such equilibrium, firm will be only interested in the privacy policy that gives more follow-on revenues, without considering what the consumers would prefer.

Secondly, not just naive users but also sophisticated consumers might not be able to switch to another service provider, either because they lack bargaining power or a credible

⁴²⁸ OECD Report (2013) expresses the difficulty relating to introducing quality considerations into competitive assessment: “*First, quality is a subjective concept and therefore much harder to define and measure than prices. In addition, microeconomic theory offers little help in predicting how changes in the level of competition in a market will affect quality and it is usually up to empirical analysis to determine how quality will change in response to varying degrees of competition in the context of particular markets*”

⁴²⁹ A similar observation is also made by Ezrachi, A. and Stucke, M. E. (2015). Furthermore, a delegate’s statement of “*the existing SSNIP test already incorporates a quality assessment, because customers will take into account the quality attributes of potential substitutes when deciding whether to switch in response to a price rise*” included in the OECD (2013) Report illustrates the tendency to link quality with price.

⁴³⁰ Stucke and Grunes (2016) estimates the opportunity cost involved in reading privacy policies and general terms and condition at around 10 days a year.

⁴³¹ Importantly, the author also expresses that a small firm cannot break the equilibrium by adopting more protective policies as its demand would not shift as much to worth sacrificing.

outside option⁴³². In fact, the results of the survey conducted Pew Research Center indicates that “91% of the adults ‘agree’ or ‘strongly agree’ that consumers have lost control over how personal information is collected and used by companies. By extension, the fact that the online platforms’ services are presented as “free” leads consumers to disregard or at least misperceive the real cost of sharing their data. This has been also highlighted by the EC Commissioner Margrethe Vestager as “(v)ery few people realize that, if you tick the box, your information can be exchanged with others (...) You give away something that was valuable. I think that point is underestimated as a factor as to how competition works”⁴³³. In particular, the user immediately benefits the “zero-price” service yet remains uninformed regarding the short or long-term consequences of the disclosing its private data (OECD, 2016).

For instance, the economics literature suggests that effects of targeting are not necessarily always positive for consumers since they might be offered products inferior to the ones they would have found otherwise (Acquisti et al., 2016). Evans (2011) observes that zero is just another number that raises the red flag that conventional analysis do not apply for product in question and a proper antitrust analysis should consider the free product together with its companion moneymaking product.

When merger analysis involves a free product in multi-sided market, is widely known that the analysis needs to account for both sides of the platform since any change in market conditions for customers of one product affects the customers of the other product (Evans, 2011). However, as well observed by the *Autoritat Catalana de la Competència* (2016, p. 8), if there is a tradeoff between loss of privacy on the one side, and a more personalized service on the other side, the final decision should be given by the consumer.

Thirdly, when it comes to privacy, the typical assumption that consumers could detect the degradation in quality and would want to switch to rival products or services is highly unlikely to hold true (Ezrachi and Stucke, 2015). Therefore, the competition authorities should aim at incorporating the post-merger effects on parameters such as privacy into the balancing equation, albeit it may remain solely on qualitative evidences⁴³⁴. The challenge regarding

⁴³² OECD Report (2016), para 94 refers to Hoofnagle and Whittington’s (2014) proposal of granting ownership rights for consumers over their in order increase their bargaining power to negotiate the conditions under which data is traded and even to receive a monetary compensation. On the other hand, Acquisti et al. (2016, p. 453), argues that while the assignment of property rights is generally welfare enhancing, granting consumers the right to sell their personal data may actually undermine consumer surplus.

⁴³³ Mlex interview with Margrethe Vestager, 22 January 2015.

⁴³⁴ The OECD Report (2013, p. 161) on the difficulties of obtaining sufficient data to conduct quantitative analysis of quality aspects: “*This is due, in large part, to the multidimensional and subjective nature of product quality itself. Accordingly, DG Competition tends to rely more heavily on qualitative evidence of quality, including*

assessing the qualitative factors could be overcome considerably through cooperating with the data protection authorities' experts on the review of the case.

3.3 Quantitative analysis of effects on quality

Lastly, there are some promising steps taken towards quantifying effects on quality dimension as well. OECD (2013) presented SSNDQ test to measure the effect of a 'small but significant non-transitory decrease in quality' within market definition context⁴³⁵. The idea behind this test is similarly to the SNNIP (small but significant, non-transitory increase in price) test, and it allows for discovering if an existing supplier were to degrade quality a certain extent⁴³⁶, holding other conditions unchanged, whether substitution to other products/services occurs. Hence, despite quantifying quality is a more challenging exercise than price, consumers' conduct may still provide rough indications about their preferences, when quality changes⁴³⁷.

Although SNNNDQ test found some positive reactions and was even applied by few authorities, a disagreement regarding its applicability or necessity was evident. In response to these skepticisms, (Waehner, 2016) introduced a framework suggesting that concerns stemming from "free service" characteristic do not need to hamper the quantification of non-price effects of a merger. Analogous to the upward pricing pressure ("UPP") formula, Waehner (2016) derived the downward quality pressure ("DQP") associated with a merger by quantifying the effects on quality but without quantifying quality or privacy⁴³⁸.

The DQP formula assumes that through merger, a merged entity can internalize some of the lost profits by recapturing the users that would have otherwise switched to a competitor in response to lower privacy protection and hence, profitably and unilaterally degrade privacy⁴³⁹. Accordingly, when the price is constrained, a merger between two online advertising

evidence gathered during sector investigations, customer and competitor surveys and internal documents of the firm(s) under investigation".

⁴³⁵ This test, while sometimes applied in industries where quality measures are well-accepted and quantifiable (e.g., health sector), is used sparingly in other industries, where appropriate measures of quality have still to be developed (OECD, 2013).

⁴³⁶ Hartman et al. (1993, p. 340) argue that SSNDQ test would lead to more accurate results in markets that are subject to rapid technological development. The authors also suggested a 25% decrease in a major performance (quality) compared to the 5-10 percent increase in SNNIP test.

⁴³⁷ Gal and Rubinfeld (2016), refers to SSNIC test suggested by Newman where consumers pays for the free good in terms of another currency such as attention or information, such costs (e.g. privacy costs) can be quantified in terms of changes in cost.

⁴³⁸ Waehrer (2016, p. 20-21) asserts that it is possible to calculate a critical level of incremental cost efficiencies from a merger such that efficiencies below that level would create downward pressure on quality. He also argues that premerger margins are the same inputs for both UPP and DQP and diversion ratios associated with price effects need not be that different from diversion ratios associated with SSDQ.

⁴³⁹ Just as with price effect, the value of the recaptured sales will be the quantity of diverted users times the per unit profit margin on those users.

supported firms may lead to reduction in consumer welfare if certain conditions are satisfied⁴⁴⁰. Stucke and Grunes (2016, p. 268) welcomed this new tool by stating that “*the elegance of the model is that it takes efficiencies into account, does not require the actual measurement of privacy (or quality more broadly) and has unambiguous results*”. It remains to be seen whether competition authorities would use these modified tools in their assessment to deal with challenges associated with new dimensions of competition.

All in all, when it comes to mergers in two-sided online markets, focusing only on the price effects and/or monetized side of the market is prone to reach misleading conclusions. In order to assure well-founded decisions, the competition authorities should directly account for reduction in privacy on the consumer side through balancing the potential pro-competitive effects and the degradation in privacy protection by a small, but significant, non-transitory degree. The net effect of the merger on the consumer welfare would depend on how much the consumers value one side over the other. Refraining from accounting for any post-merger privacy harm may be one of the major drawbacks of the standing merger control enforcement.

4. Incorporating a more dynamic approach into merger analysis: what does it mean?

According with Ginsburg and Wright (2012, p. 1-3), dynamic competition models refer to the relationship between present competitive activities and the prediction of future market conditions such as “entry, investment, innovation, price, output, and quality”⁴⁴¹. As defined by Sidak and Teece (2009), an analysis that favors dynamic competition over static competition would place less weight on market share and concentration and more weight on assessing potential competition⁴⁴² and enterprise-level capabilities⁴⁴³. Dynamic analysis matters the most when markets are in turmoil, experiencing significant technological change⁴⁴⁴.

440 Waehrer (2016) bases its model on following assumptions; (i) quality competition, in terms of privacy protection, (ii) services are offered to consumers in two-sided online markets, (iii) revenue is generated from advertising; and (iv) merger reduces the incentive to make costly quality improvements that would make the service more attractive to the user.

441 According with the authors, the term “dynamic analysis” has been used in at least two different ways: (i) to incorporating the creation of new products and business models into the static model of competition; and (ii) the relationship between present competitive activities and future market conditions.

442 Sidak and Teece (2009) argue that competition authorities should take potential competitors and their capabilities more seriously, as new entrants almost always drive innovation in established industries.

443 Id. According with the authors, as capabilities transcend products, they are defined as “upstream resources” and are a better proxy for the firm’s competitive position than is its downstream market share” (p. 38). In a dynamic context, a firm will have a kaleidoscope of products, yet the underlying capabilities are likely to be more stable (p. 39).

444 Favoring dynamic versus static competition Schumpeter (1942) observed: “*competition from the new commodity, the new technology, the new source of supply, the new type of organization— competition which*

Empirical analysis of mergers has been traditionally dominated by static microeconomic theory, holding fixed the set of incumbent firms and products in the market⁴⁴⁵⁻⁴⁴⁶. However, there are important reasons why merger analysis should further incorporate a dynamic approach. In the merger context, the static criterion to assess competition is the immediate price effects in a given market (as well as change in market shares), while a dynamic evaluation also considers the innovation process (Marshall and Parra, 2016), as well as post-merger changes in firms' incentives and behavior.

From a dynamic perspective, it should be recognized that a reduction in competition that increases R&D may harm consumers in the short-run, but may bring long-term consumer welfare in terms of new products (Marshall and Parra, 2016). Notwithstanding, it should also be recognized that, e.g., a merger that allows for near-term gains has to be weighted against eventual long-term losses. Thus, even if a transaction does not raise competitive concerns from a static perspective (i.e., price increase or higher concentration in the product market), it can harm consumer welfare in the long run.

As observed by Sidak and Teece (2009, p. 41): “[t]he question should be framed not in terms of whether product-market competition will be impaired, as that is too much of an immediate concern, but in terms of whether capabilities will be brought under unitary control, thereby possibly thwarting future variety in new product development”. As recognized by the *Autoritat Catalana de la Competència* (2016), a dynamic perspective of competition it is desirable to assess to what extent the integration would boost the incumbent's data advantage, hinder rivals from access to viable alternatives, or allow for exclusionary practices, limiting innovation in the near future.

This sort of exercise is imperative in data-driven mergers for at least two reasons: (i) data can be considered as a market in itself; and (ii) a dominant position in one data-driven market can be used to gain a dominant position in a second market that is (initially) not data-driven (Prüfer and Schottmüller, 2017).

4.1 Forward-looking approach to market definition

commands a decisive cost or quality advantage and which strikes not at the margins of the profits and the output of existing firms, but at their foundations and their very lives.”

⁴⁴⁵ According to OECD (2007, p. 22), static efficiencies are allocative and productive efficiencies which relate to a particular point in time, while dynamic efficiencies are processes that occur over time or multiple time periods and lead to lower costs, new products, or improved products, e.g., innovation and learning by doing. For more details on the meaning of static versus dynamic competition see Sidak and Teece (2009).

⁴⁴⁶ Merger analysis incorporates predictive fact-finding in terms of the likelihood of a successful entry, and the effects on prices post merger. To a less extent, competition authorities also apply a forward-looking analysis of future effects of efficiencies and innovation. See Ginsburg and Wright (2012).

Except for Twitter, platforms like Amazon, Google, and Facebook do not currently trade data with third parties, which seems to be the reason why the EC has defined the markets for, e.g., targeted ads, search engines and social networks, but not for user data⁴⁴⁷. However, “by defining a wider market for data, competition authorities and courts will be able to take a form of potential competition into consideration whereby online platforms providers also compete in a market for data” (Graef, 2015, p. 492).

As noticed by Graef (2015), a dynamic approach to market definition would be useful to evaluate the competitive situation beyond the relevant market for the current services offered to users and advertisers, and to assess competitive situations in a potential market for data used for improving the services provided on online platforms⁴⁴⁸.

This goes in line with the opinion of the US FTC Commissioner Pamela Harbour, who suggested defining “a putative relevant product market comprising data that may be useful to advertisers and publishers who wish to engage in behavioral targeting.” In the Commissioner’s view, this market definition would be more realistic⁴⁴⁹.

4.2 Connected markets and the domino effect

Defining a *potential market for data needed to provide services for users and advertisers* would also be helpful to understand the incentives of data-driven platforms to leverage market power to an adjacent or “connected” market, and repeatedly in other markets (“domino effect”). As defined by Prüfer and Schottmüller (2017), connected markets are “situation where user information gained in market A is a valuable input to improve one’s perceived product quality in market B”. Moreover, “firm 1 will enter market B when it has become sufficiently dominant in market A”⁴⁵⁰.

In the discussed model, entering and dominating a connected market will be possible when firm 1: (i) develops a service or product that makes good use of user information gained

⁴⁴⁷ For instance, see *Facebook/WhatsApp* (2014) and *Google/DoubleClick* (2008).

⁴⁴⁸ For more details on the possibility of defining a “potential market for data needed to provide services to users and advertisers” see Graef (2015, p. 493).

⁴⁴⁹ Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, *Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170, 20 Dec. 2007, p. 9, http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf.

⁴⁵⁰ “[W]e applied the model and exemplified the domino effect by showing that Google’s strategy to invest in many apparently unrelated markets can be rationalized by our model: these markets are either already connected (by user information driving indirect network effects in each of them) or the firm is trying to identify business models where user information from existing markets can serve as a valuable input into traditional markets.” (Prüfer and Schottmüller, 2017, p. 20-31).

in one's original market; and (ii) possess a lot of relevant user information in its home market (Prüfer and Schottmüller, 2017, p. 17). This theory largely explain Google's successful business model of acquiring and entering markets far from its core business (e.g., driverless cars, "smart home" appliances, and healthcare⁴⁵¹), but that can all benefit from access to a common pool of user information.

After the antitrust dismantle of conglomerates in the 1980s, intervention in conglomerate markets has been exceptionally rare (OECD, 2007). But the rationale that conglomerate mergers do not change the incentives of the merged firm to change its behavior (Bork, 1978) does not seem to hold in the context of data-driven markets: what may look like a messy conglomerate on the surface, can have a lot more synergies underneath. Due to data-driven indirect network effects, a conglomerate merger can allow higher concentration in the potential market for user information and the possibility of tipping in correlated markets.

4.3 Do we need new tools?

We do not claim that competition authorities should always favor dynamic competition efficiencies over static competition⁴⁵², or that they must try to accurately predict technological evolution⁴⁵³. Competition authorities should not rely completely on the reasoning presented by the merging parties either. Which is certain is that by disregarding dynamic effects a competition authority may forego potential consumer benefits or harm from these effects (OECD 2007, p. 226), especially in markets that are rapidly evolving and in areas where confidence in predictive fact-finding is supported by sound economic theory and empirical evidence (Ginsburg and Wright, 2012).

As framed by Commissioner Margaret Vestager (2016), to tackle those issues, "we don't need a whole new competition rulebook for the big data world. (...) what we do need is to pay close attention to these markets and to take action when it's necessary".

⁴⁵¹ See "Google transforms into new Alphabet tech conglomerate", Financial Times, by Richard Waters and Eric Platt, August 11, 2005, <https://www.ft.com/content/9a291bf8-3fa2-11e5-b98b-87c7270955cf>.

⁴⁵² According with Sidak and Teece (2009), dynamic competition can be viewed as Schumpeterian competition, while static competition can be viewed as neoclassical. In any case, economic theory does not allow us to draw a clear-cut causal relationship between structure, competition and innovation. While most authors conclude that competition is more likely to foster innovation (Arrow, 1962), others argue that, if the profit gap is increasing, mergers increase industry's incentive to innovate (Marshall and Parra, 2016).

⁴⁵³ As observed by OECD (2007, p.19), unfortunately, "dynamic efficiencies also tend to be extremely difficult to identify, substantiate, and measure, making their incorporation in merger analysis problematic. (...) They include the uncertainty inherent in innovative activity regarding its cost, timing, and likelihood and extent of commercial success, difficulties in measuring innovation itself, the problem of how to conceptually transform innovation into some measure of welfare, the challenge of comparing near-term price effects with long-term non-price effects such as quality improvements or new products, (...) and informational asymmetry between the merging parties and the enforcement agencies."

Despite the institutional difficulties and personal limitations, competition authorities can overcome the challenges of dynamic analysis by: (i) compelling customer, suppliers, and rivals to identify potential competitors and possible technological developments; (ii) conducting industry-specific studies on innovation; (iii) hiring industry experts to become informed about unfolding innovation; and (iv) conduct consumer surveys to determine what kind of product development consumers would (not) value. Those measures can help authorities to better construct likely hypothetical scenarios about how a proposed data-driven merger can change the future market conditions.

More specifically, in **Section 5** the merger between Facebook and WhatsApp is revisited as an exercise to test what could have been done differently if future market conditions would have been taken into account.

5. Could a dynamic analysis have changed the outcome of Facebook/WhatsApp?

As reported by OECD (2016), with WhatsApp owning the leading messaging platform and Facebook offering the most widely used social network, the merger between the two companies has been a focal point in the debate about big data, competition and privacy.

On October 3, 2014, two months after its notification, the EC cleared the merger between Facebook and WhatsApp. At that time, Facebook had 1.3 billion users, while WhatsApp had around 600 million users⁴⁵⁴. The EC assessed the impact of the transaction on three services: (i) consumer communications; (ii) social networking; and (iii) online (non-search) advertising. In sum, the EC concluded that the parties were distant competitors in markets (i) and (ii), and that consumers and advertisers would continue to have a wide choice of alternatives in, respectively, markets (i) and (iii) post-merger.

The transaction was approved even considering the possibility of automated user matching – which was denied at the time of the notification⁴⁵⁵ –, as a large amount of internet user data valuable for advertising would continue to exist. However, in August 2016, WhatsApp announced that it would start disclosing the phone number and analytics data of its users to

⁴⁵⁴ According to para. 128 and FN 76 f the EC's Decision.

⁴⁵⁵ At the time of the acquisition, Facebook said that it was not technically possible to match WhatsApp users' ID with Facebook accounts because most people did not load the phone number used to register on WhatsApp onto their Facebook profile. Subsequently, in August 2016, WhatsApp announced, among other updates on its terms of service and privacy policy, the possibility of linking WhatsApp user phone numbers with Facebook user identities. See, EC Press release on May 18, 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm.

Facebook⁴⁵⁶. In May 18, 2017, EC fined Facebook €110 million for providing misleading information regarding the alleged technical impossibility of matching users of both platforms. Finally, in the EC's view, any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the merger do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules⁴⁵⁷.

We believe that the adoption of a more dynamic oriented approach could have included the following subjects in this merger analysis: (i) a forward-looking relevant market definition; (ii) the elimination of potential competition; (iii) connected markets and domino effect; and (iv) quality degradation in terms of lower privacy protection.

5.1 A dynamic market for data

Even without defining and analyzing a market for the provision of data, the EC concluded that post-merger, “*there will continue to be a large amount of Internet user data that are valuable for advertising purposes and that are not within Facebook’s exclusive control*”⁴⁵⁸. The EC referred to data collection across the web in general, without differentiating between different types of advertising, considering Google, Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo, Twitter, IAC, LinkedIn, Adobe and Yelp as market participants that collect user data alongside Facebook⁴⁵⁹. As saw in **Section 2.2.**, the first caveat is that not all those firms collect the kind of data that can compete with the granular, up-to-date user data collected by Facebook.

From a static perspective, were the market to be defined as “non-search advertising on social network”, as initially ventilated by the EC Decision⁴⁶⁰, it could be demonstrated that the data collected by the platforms mentioned above are not substitutable from the demand or producer side⁴⁶¹. This is because, as seen in **Section 2.2.**, Facebook collects data on social

⁴⁵⁶ According to WhatsApp, data-sharing will allow Facebook to use a person’s phone number to improve other Facebook-operated services, such as making new Facebook friend suggestions, or better-tailored advertising. See Isaac and Scott (August, 2016) and NYT (2016).

⁴⁵⁷ See para. 164, p. 29, EC Decision.

⁴⁵⁸ See para. 189, EC Decision.

⁴⁵⁹ See para. 188-189, EC Decision.

⁴⁶⁰ See para. 76 an 77, EC Decision: (76) (...) *search and non-search ads are not substitutable as they serve different purposes (for search ads, mainly generating direct user traffic to the merchant's website, while, for non-search ads, mainly building brand awareness) and, as a result, most advertisers would not be likely to switch from one type to another in the event of a 5-10% price increase. (77) (...) A number of respondents considered that other forms of non-search advertising are not as effective as advertising on social networking websites and notably on Facebook, due to Facebook's large and highly engaged audience and its ad targeting opportunities.*

⁴⁶¹ Twitter data seems like the only good substitute for Facebook data - although the inverse does not seem to hold. See the arguments made by John David Rich in *PeopleBrowsr v. Twitter* (2012) affirming that tweets are “*contemporaneous reports on users’ experience that provide unique feedback regarding consumers’ reactions to*

graph, interactions, and profile information, while Apple, Amazon and eBay collect data mainly on purchase behavior, and Google, Yahoo/Bing on search queries and clicked links. Data collected by search engines can be used to provide online search advertising but is hardly used to provide social networking advertising.

From a dynamic perspective, if the EC had gone beyond the current services being offered by the merging parties, and realized that users' data, as an upstream resource, is a better thermometer of competitiveness than downstream market shares, a relevant market for data could have been defined.

Firstly, following the approach suggested in **Section 4.1.**, if we identify the market as "data needed to provide non-search advertising and relevant services in social network", Facebook/WhatsApp merger would render Facebook dominance even more indisputable for both sides of the platform. Unlike the EC, the author does not see how "Google+, LinkedIn, MySpace, Pinterest and InterNations"⁴⁶² could impose a competitive constraint to Facebook's near 2 billion users platform, as none of them have similar scale or network effects and, in the case of LinkedIn, it is a professional, and not a social network as Facebook. In this scenario, the merger analysis would likely conclude that Facebook is dominant in the market for advertising on social networks and, thus, integrating with WhatsApp's data could have enhanced Facebook's market power.

Secondly, it is worthy to note that even if the market was more widely defined as "data needed to provide non-search advertising", the merger would reinforce a duopoly and lead to weaker contestability as only Google could pose a competitive constraint in this market⁴⁶³.

5.2 Elimination of potential competition

As pointed out by many critics⁴⁶⁴, the reason why Facebook was paying nearly \$22 billion to buy a firm with modest revenues⁴⁶⁵ and less than 60 employees, lies in the fact that WhatsApp, by scanning millions address books, had built an alternative "social graph", the network of connections between friends, which is indeed Facebook's most valuable asset.

product and brands" and that the possibility of respond and retweet "*provides unique insight about which members of communities are influential*).

⁴⁶² See para. 62, EC Decision.

⁴⁶³ This report also disagrees with the EC Decision that "Yahoo!, MSN and local providers" would represent a "sufficient number of alternative" to compete against Facebook ad targeting opportunities and high return on investments. See para. 177, EC Decision.

⁴⁶⁴ The Economist (May, 2017), EDPS Opinion 8/2016, among others.

⁴⁶⁵ After transactions like Facebook/WhatsApp, authorities have incorporated an additional threshold based on the value of the transaction to the current turnover threshold. See OECD (2016, p. 20) and *Monopolkommission* (2015).

WhatsApp functionalities were becoming closer to offer a broader digital social experience, as provided by Facebook⁴⁶⁶. Therefore, Facebook was eliminating a nascent threat⁴⁶⁷ in the social network services, and the merger would rend Facebook's dominant position in social network even less contestable in the future.

Also, in the market for online advertising services, the merger was excluding the possibility of WhatsApp to serve non-search ads on its platform as an independent competitor. As observed in the dissenting statement in the FTC approval of Google/DoubleClick, also in Facebook/WhatsApp merger with respect to non-search targeted ads, the indirect network effects may not have been taken into account and the barriers to entry raised by the merger would mean that the advertisers would not have any alternative but to resort to the merged entity⁴⁶⁸.

5.3 Tipping a connected market

As the EC frames the Facebook/WhatsApp merger, there was no concentration problem in the market for target advertising as automated matching Facebook users' ID with WhatsApp users' ID was not technically possible, and even if merging data was possible, WhatsApp "limited" user information could not add much value to Facebook's data hoard⁴⁶⁹.

First, WhatsApp's data (i.e., user name, picture, status message, phone number, agenda, etc.) could be used to improve Facebook relevance of service and future advertising purposes in the future. As data collected via mobile data analytics is more personal, geo-located, and can be cross-referenced with call behavior, it could help Facebook to improve some of its functionalities, like suggesting friends, as it is actually doing⁴⁷⁰. Merging data could also be relevant for launching new AI services in the future.

Secondly, from Facebook's perspective, more crucial than to improve its data was to start serving ads in other markets. As pointed out by Fiegerman (2017), before the transaction, Facebook was hitting its maximum capacity for how many ads it could serve in its social network platform (included Instagram). Likely, the merger would expand Facebook's presence

⁴⁶⁶ As argued by many third parties, allowing for video calls, content exchange, creation of big groups, desktop access, etc., it seems that WhatsApp was already a provider of social networking services and should have been considered as a competitors of Facebook. See para 144, EC Decision.

⁴⁶⁷ The Economist (May, 2017), p. 9;

⁴⁶⁸ Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour in *Google/DoubleClick*.

⁴⁶⁹ See paras 71, 180-188, EC Decision.

⁴⁷⁰ See http://www.nytimes.com/2016/08/26/technology/relaxing-privacy-vow-whatsapp-to-share-some-data-with-facebook.html?_r=1.

in the mobile target advertising, and allow it to serve ads not only in its own communication app (i.e., Messenger⁴⁷¹), but also in WhatsApp's⁴⁷².

Thus, as suggested by the theory (Prüfer and Schottmüller, 2017, p. 16-17) provided in **Section 4.2.**, Facebook was looking for a connected market to develop a service or product (i.e., chatbots) that makes good use of user information gained in Facebook's original market. Thus, evidence and economic theory indicates that Facebook's main reason to acquire WhatsApp seems to leverage its granular user data already collected on Facebook in order to start serving targeted ads in WhatsApp, a connected market (initially) not data-driven. As saw in the theory, due to indirect network effects and the decreasing marginal cost of innovating, Facebook can cause the consumer communication app market to tip in favor of WhatsApp.

Thus, post-merger, services like Telegram would no longer be a relevant competitive constraint to WhatsApp⁴⁷³, which will be able to use its collective data with Facebook to innovate much cheaper and capture full demand in the consumer communication apps market (**Section 2.4.**).

5.4 Privacy and quality degradation

Facebook/WhatsApp represented a merger between two consumer communication apps that offered consumers different levels of privacy protection. While WhatsApp kept messages encrypted, Facebook's Messenger extensively collected users' data for advertising activities. As noted by Das and Kramer (2013), *even when users delete a message, it continues to be stored on Facebook's servers*. This privacy differentiation precisely explained why many users signed up for WhatsApp instead of Messenger (NYT, 2016).

As the services offered different privacy policies, the EC considered that Facebook's Messenger and WhatsApp were not close competitors, and that consumers would continue to have a wide choice of alternative consumer communications apps after the transaction. Thus, the EC, as well as the FTC, cleared the merger without further assessment on the possibility of

⁴⁷¹ Spring, Facebook's mobile shopping start-up, is an interface that allow users to begin a personal conversation with a "chatbot" that will show them a smattering of thing they may like. See Isaac (April, 2016).

⁴⁷² WhatsApp blog announced on August 25, 2016, that, although users phone number and encrypted messages stay private, it was changing its terms and privacy policy to allow it to "coordinate more with Facebook", and test new ways for its users to "communicate with businesses" in the months ahead. See <https://blog.whatsapp.com/10000627/Looking-ahead-for-WhatsApp>.

⁴⁷³ This report also disagrees with the EC's point of view that LINE, WeChat, iMessage, Snapchat could represent a significative competitive constraint to WhatsApp 1 billion users platform, as they have much less users and user engagement, and Skype, Viber and Hangout are not mainly used for content and messages exchange, but for video calls.

future privacy degradation, under the condition that WhatsApp obtain users' consent before changing privacy policies.

Two years after the merger was approved, in contradiction to the information submitted to the EC by the merging parties, WhatsApp announced that it would start sharing users' information with Facebook. This report argues that a more forward-looking inquiry by the EC, as well as a more transparent conduct by the merging parties, could have avoided this tight spot for the authority and for consumers, even if the EC did not consider WhatsApp data relevant for Facebook activities.

Specifically, the parties were close competitors in the market for consumer communication apps, regardless of the level of privacy offered (Waehrer, 2016). Secondly, privacy was precisely the most differentiating factor of competition between those services. The purchase of WhatsApp's privacy-friendly model is likely to deprive consumers of meaningful privacy choices (OECD, 2016, p. 18), and preventing WhatsApp from breaking out a "dysfunctional equilibrium" created by Facebook (Stucke and Grunes, 2016). Thus, the EC should have scrutinized whether Facebook lessened competition by eliminating a possible maverick firm (i.e., WhatsApp) offering greater privacy protection.

Accordingly, a more dynamic approach would have urged the EC to analyze whether consumers would be harmed by the privacy degradation if Facebook match WhatsApp users data⁴⁷⁴, even if there was no breach of privacy laws. In particular, the EC could have balanced the gain to the advertisers against the loss in quality to consumers (OECD, 2016, p. 16). Also, the EC could have analyze to what extent users would be able to detect quality degradation and switch to alternative apps offering privacy protection given the network effects present in the case, as consumers are in an even worse condition to assess the value of their data, and often have no option but to accept the terms imposed on them, as well as intrusive advertising and even behavioral discrimination (The Economist, September, 2016).

Notwithstanding its challenges, a "harder-to-measure but equally important" non-price parameters of competition such as privacy protection (Stucke and Grunes, 2016), could yield a more comprehensive analysis than the one offered by price centric tools. All in all, an analysis that considered the impact of privacy reduction on consumers' choice would likely prevent the

⁴⁷⁴ For instance, the Electronic Privacy Information Center, in its comments to FTC states that "*it was clear that the practical consequence of the merger would be to reduce the privacy protections for consumers and expose individuals to enhanced tracking and profiling. The failure of the Federal Trade Commission to take this into account during merger review is one of the main reasons consumer privacy in the United States has diminished significantly over the last 15 years*" In re: Remedy Study "Assessment of the FTC's Prior Actions on Merger Review and Consumer Privacy" March 17, 2015, <https://epic.org/privacy/internet/ftc/Merger-Remedy-3-17.pdf>.

acquisition by a dominant platform of companies providing services with a greater extent of privacy protection (OECD, 2016, p. 19).

6. Conclusion

While big data may boost innovation and connectivity, it can also entrench market power and compromise privacy. This tradeoff can be better addressed by a deeper integration of dynamics effects into competition analysis. In this sense, competition authorities could evaluate the market for data itself, as well as better account for potential competition and future market conditions. As suggested with the re-evaluation of Facebook/WhatsApp, a more dynamic analysis, however challenging and imperfectly, is better equipped to account for data-driven mergers' effects on consumer welfare in the long-run (Sidak and Teece, 2009; and Buttarelli, 2016).

In particular, regarding the analysis of data-driven mergers, competition authorities could take into account that: (i) data can yield an unreplicable advantage and entrench market power, as information about users' last minute behavior is not easily or readily available; (ii) dominant platforms nowcast not only consumer's behavior, but also the development of rivals' business models, precluding nascent threats from a chance to displace incumbents; and (iii) data-driven indirect network effects can cause the product market or a correlated market to tip much more easily, hindering entry.

With respect to privacy-related concerns, competition authorities could recognize that: (i) privacy standards are a growing concern of consumers, a cognizable parameter of competition, and a differentiation factor for competition; (ii) where services are offered for free, consumers may feel forced to accept lower standards of quality (i.e., privacy); (iii) the lack of competition over privacy implies market failure (CMA, 2015), and; (iv) competition authorities should intervene when privacy is a relevant dimension of competition and consumers' choices are overall restrained.

7. References

ACQUISTI, Alessandro et al. (2016), The Economics of Privacy, *Journal of Economic Literature*, 54(2), 442–492.

ARGENTON, C. and PRÜFER, Jens (2012), Search Engine Competition with Network Externalities, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 73.

ARROW, Kenneth J. (1962), Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, in *The Rate And Direction Of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Richard Nelson ed.

ASAY, Matt and O'REILLY, Tim (2010), Whole Web is the OS of the future, CNET.

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA (November, 2016), *The Data-Driven Economy. Challenges For Competition*.

BAYE, Michael R. et al. (2008), "Economics at the FTC", *Review of Industrial Organization* (33:3), p. 211-230.

BORK, Robert H. (1978) *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York: Basic Books.

BUTTARELLI, Giovanni (September 29, 2016), Big data: individual rights and smart enforcement, speech at the EDPS-BEUC Joint Conference European Commission, Berlaymont, Brussels.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (May, 2015), *The commercial use of consumer data: report on the CMA's call for information*.

CORNES, R., and SANDLER, T. (1968). *The theory of externalities, public goods, and club goods*. Cambridge University Press.

DAYEN, David (April 4, 2017), This budding movement wants to smash monopolies, *The Nation*.

DAYEN, David (March, 2016), *The Most Important 2016 Issue You Don't Know About*, *New Republic*.

DAS, Sauvik and KRAMER, Adam (2013), Self-Censorship on Facebook, Association for the Advancement of Artificial Intelligence, 2013. Das & Kramer.

EUROPEAN UNION (April 27, 2016), General Data Protection Regulation 2016/679, European Parliament and of the European Council.

EDPS (September 23, 2016) Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data 8/2016, European Data Protection Supervisor.

EVANS David S., (2011), The Antitrust Economics of Free, Competition Policy International (2011), May 17.

EZRACHI, Ariel, and STUCKE, Maurice E. (2016), Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

EZRACHI, Ariel, and STUCKE, Maurice. E. (2015), The Curious Case of Competition and Quality, *Journal of Antitrust Enforcement*, 3:2, 1-31.

FARRELL, J. (2012), *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol 10:2, p. 251-264.

FIEGERMAN, Seth (May 3, 2017), Facebook tops 1.9 billion monthly users, CNN Tech.

FIRICAN, George (February 8, 2017), The 10 Vs of Big Data, UpSide.

GAL Michal S. & RUBINFELD Daniel L. (2016), The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement, *Antitrust Law Journal* Vol. 80 Iss.3 p.521-562

GINSBURG, Douglas H., and WRIGHT, Joshua D. (2012), Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions, *Antitrust Law Journal*, vol. 78, No. 1, 2.

GRAEF, Inge (2015), Market Definition and Market Power in Data: the case of online platforms, *World Competition* 38, No. 4, p. 473-506.

HARTMAN R., TEECE D., MITCHELL W. & JORDE T., (1993) “Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change,” 2 Industrial and Corporate Change.

HESSE, Renata (September 20, 2016), And Never the Twain Shall Meet? Connecting Popular and Professional Visions for Antitrust Enforcement, Opening Remarks at 2016 Global Antitrust Enforcement Symposium Washington, DC.

ISAAC, Mike, and Scott, Mark (August 25, 2016) Relaxing Privacy Vow, WhatsApp will share data with Facebook, The New York Times.

ISAAC, Mike, and SCOTT, Mark (August 25, 2016), Relaxing Privacy Vow, WhatsApp will share some data with Facebook, The New York Times.

ISAAC, Mike (April 12, 2016), Facebook bets on Bots for its Messenger App, The New York Times.

KHAN, Lina M. (2017), Amazon’s Antitrust Paradox, The Yale Law Journal, vol. 126, No. 3

KATZ, Michael L. and SHAPIRO, Carl (1985), Network Externalities, Competition, and Compatibility, American Economic Review, vol. 75, issue 3, p. 424-40.

KIMMEL L & KESTENBAUM J (2014), What’s Up with WhatsApp? A Transatlantic View on Privacy and Merger Enforcement in Digital Markets, 29 Antitrust 48.

KENNEDY, Joe, (2017), The Myth of Data Monopoly: Why Antitrust Concerns About Data Are Overblown, MARCH 2017, Information Technology & Innovation Foundation.

LANEY, Doug (2001), 3D data management: Controlling data volume, variety and velocity, MetaGroup research publication.

LANIER, Jaron (2014). Who Own the Future? Published by Simon & Schuster.

LAMADRID, Alfonso, and VILLIERS, Sam (January 2017), Big Data, Privacy and Competition Law: Do Competition Authorities know how to do it? Competition Policy International, Antitrust Chronicle.

MANNE A. Geoffrey & SPERRY R. Ben, (May 2015), The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework, CPI Antitrust Chronicle.

MARSHALL, Guilherme, and PARRA, Álvaro (2016), Mergers in Innovative Industries: The Role of Product Market Competition.

MONOPOLKOMMISSION (2015), “Competition Policy: The Challenge of Digital Markets”, Special Report No. 68 by the Monopolies Commission pursuant to the section 44(1)4 of the Act against Restraints on Competition.

NEWMAN, John M. (2014), Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations, SSRN Working Paper, 32-33.

OCELLO, E., C. SJÖDIN and A. SUBOČS (2015), “What’s Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU Merger Case”, Competition Merger Brief No. 1/2015.

OECD (May, 2007), Dynamic Efficiencies in Merger Analysis, Policy Roundtables, Competition Committee.

OECD (November 2016), Big Data: Bringing competition policy to the Digital Era, Competition Committee.

OECD (October, 2014), Data-driven Innovation for Growth and Well-being, Interim Synthesis Report.

OECD (2013), The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, Competition Committee.

OHLHAUSEN Maureen K. & OKULIAR, Alexander P. Competition, Consumer Protection, And The Right [Approach] To Privacy.

PASQUALE, Frank (2013), Privacy, Antitrust, and Power, *Geo. Mason L. Rev*, Vol 20:4.

PRÜFER, Jens, and SCHOTTMÜLLER, Christoph (2017), *Competing with Big Data*, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 06/2017.

SCHMIDT, Eric (January 20, 2015), 'Why Google Works', *Huffington Post*.

SCHUMPETER, Joseph A. (1942), *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: Harper & Row.

SHAPIRO, Carl and VARIAN, Hal R. (1999), *Information Rules: a strategic guide to the network economy*, Harvard Business School Press, vol. 3.

SOKOL D. Daniel & COMERFORD Roisin, *Does Antitrust Have A Role to Play in Regulating Big Data?*

SIDAK, Gregory, and TEECE, David (2009), *Dynamic Competition in Antitrust Law*, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 5, No. 4, pp. 581–631.

STUCKE, Maurice E., and GRUNES, Allen P. (2017), *Data-opolies*, *Legal Studies Research Paper Series*, No. 316.

STUCKE, Maurice E. and GRUNES, Allen P. (2016) *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press.

STUCKE, Maurice E. and GRUNES, Allen P. (May 31, 2015), *Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust*. *CPI Antitrust Chronicle*.

STUCKE, Maurice E. and GRUNES, Allen P. (April 2015), *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, *The Antitrust Source*.

TAPLIN, Jonathan (2017), *Move Fast and Break Things: How Facebook, Google and Amazon have cornered culture and what it means for all of us*, published by Mcmillan.

THE ECONOMIST (March 25, 2017), *Levelling the playing field – New European rules herald a welcome challenge to incumbent retail banks*, p. 14 and p. 65.

THE ECONOMIST (May 6, 2017). *Fuel of the future: data is giving rise to a new economy & Price-bots can collude against consumers*.

THE ECONOMIST (September 17, 2016), *The superstar company: A giant problem*.

THOMPSON, Derek (October 2016), *America's Monopoly Problem: how big business jammed the wheels of innovation*, The Atlantic.

TUCKER, Darren S. and WELLFORD, Hill B. (December 1, 2014), *Big Mistakes Regarding Big. Data*, Antitrust Source.

WAEHRER, Keith. (2016) *Online services and the analysis of competitive merger effects in privacy protections and other quality dimensions*. Bates White, LLC.

Case law:

Asnef-Equifax v. Ausbanc, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734

Facebook/WhatsApp, COMP M.7217, EC's Decision on 03.10.2014

Google/DoubleClick, COMP/M.4731, EC's Decision on 22.07.2008

Microsoft/Skype, M COMP/M.6281, EC's Decision on 07.10.2011

Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet, C-209/10, Judgment of the ECJ on 27.03.2010

PeopleBrowsr v. Twitter, Superior Court of the State of California, November 2012

As Influências Da Teoria Da “Workable Competition” Como Forma Mais Eficaz De Prática Da Concorrência Na Legislação Brasileira

Renata Albuquerque Lima⁴⁷⁵
Átila De Alencar Araripe Magalhães⁴⁷⁶
Sandy Portela Sousa⁴⁷⁷

RESUMO

O presente artigo analisa as modificações que ocorreram na sociedade no âmbito político, econômico e social que influenciaram o Direito Econômico pátrio. Além disso, foi feito um estudo das escolas doutrinárias que resultaram na adoção da Teoria da Concorrência Praticável na legislação antitruste como meio mais equilibrado de os agentes atuarem no mercado sem gerar danos uns aos outros. Também, buscou-se apresentar como funciona o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, Lei 12.529, de 2011, e como este sistema foi influenciado pelas teorias da Escola de Harvard com o preceito da “workable competition”. Utilizou-se de pesquisa teórico-bibliográfica e documental, com respaldo em livros, artigos, dissertações, monografias e documentos legislativos referentes ao tema. Também, pode-se caracterizar a pesquisa como qualitativa, visto que houve um exame dos acontecimentos econômicos que se dão em sociedade.

Palavras Chave: Direito Econômico; Defesa da Concorrência; “Workable Competition”.

ABSTRACT

This article analyzes the changes that occurred in society in the political, economic and social spheres that influenced the Brazilian Economic Law. In addition, a study was made of doctrinal schools that resulted in the adoption of the “Practical Competition Theory” in antitrust legislation as a more balanced way for agents to act in the market without damaging each other. Also, this paperwork presents how the Brazilian System of Defense of the Competition, Law 12,529, of 2011, works and how this system was influenced by the theories of the Harvard School with the precept of the “workable competition”. Theoretical-bibliographic and documentary research was used, supported by books, articles, dissertations, monographs and legislative documents referring to the theme. Also, the research can be characterized as qualitative, since there was an examination of the economic events that take place in society.

⁴⁷⁵ Renata Albuquerque Lima é Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pela UFC e em Administração de Empresas pela UECE. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Coordenadora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Luciano Feijão. Professora do Mestrado em Direito da UNICHRISTUS. A autora encontra-se vinculada ao Grupo de Pesquisa “Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina – REPJAL”. Advogada. E-mail: realbuquerque@yahoo.com

⁴⁷⁶ Átila de Alencar Araripe Magalhães é Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestre em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR e especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. É professor de Direito Processual Civil da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. O autor encontra-se vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, bem como ao Grupo de Pesquisa “Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina – REPJAL”. Ressalta também o apoio da Universidade de Fortaleza como entidade financiadora das pesquisas por ele empreendidas, por meio da Diretoria de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação – DPDI. Advogado: e-mail: atila@leiteararipe.adv.br.

⁴⁷⁷ Sandy Portela Sousa é bacharela em Direito na Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. E-mail: sendyportelasousa@hotmail.com.

Keywords: Economic Law; Defense of Competition; "Workable Competition".

Classificação JEL: K21.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A criação do Direito Econômico e o seu desenvolvimento como Ciência; 3. Direito Econômico e Defesa da Concorrência; 4. Atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Análise sobre os Tipos de Concorrência; 4.1 Concorrência Perfeita; 4.2 Concorrência Imperfeita; 4.3 Concorrência Praticável ou *Workable Competition*; 5. As Influências da Teoria da *Workable Competition* como forma mais eficaz de prática da Concorrência na legislação brasileira; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

1. Introdução

O Direito Econômico é um ramo do direito que tem ganhado grande destaque nos últimos anos. Isso se deve ao desenvolvimento do mundo globalizado e do mercado capitalista que geram a necessidade de elaboração de leis que regulem, de uma melhor forma, a Ordem Econômica brasileira.

Por esse motivo, o presente trabalho visa explicar o ponto de partida para os estudos em Direito Econômico, como ele tornou-se uma ciência organizada tal qual como é hoje e todos os fatores que influenciaram a criação de suas normas. Para isso, será necessário apontar as mudanças políticas, sociais, econômicas que influenciaram o Direito Econômico.

Será feita ainda uma análise conceitual de defesa da concorrência e da sua forma de atuação, bem como será empreendido um estudo sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, apontando os seus órgãos e suas principais atribuições. Para entender melhor a *workable competition*, serão expostos os conceitos dos tipos de concorrência, dando um breve enfoque nas escolas de Harvard e de Chicago e em suas teorias.

Por fim, será feita uma análise sobre como a teoria da *workable competition* influenciou a Ordem Econômica Brasileira e os fundamentos da Lei que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mostrando-se assim como meio mais viável de garantir a prosperidade do mercado a partir de uma economia praticável.

2. A Criação do Direito Econômico e o seu Desenvolvimento como Ciência

A sociedade passou por diversas transformações para que o Direito Econômico pudesse se desenvolver e se firmar da forma como atualmente se encontra. Ao se aprofundar os estudos, percebe-se diversos fatores que influenciaram esse desenvolvimento, como as formas de Estado e as mudanças políticas e econômicas. A busca por um Estado ideal teve origem na Grécia com os filósofos que buscavam as melhores formas de organizar a sociedade. Com isso, nasceu a teoria do Estado Ideal, criada por Platão, que pregava o fim da democracia e o início de um “governo dos mais sábios”. Segundo Patier (2009), “Platão aspirava construir uma República que fosse a cidade ideal, organizada segundo as leis da justiça e da harmonia, cidade na qual cada habitante deveria preencher uma função precisa e específica.”

Superado o modelo feudal, que contava com as pequenas organizações da sociedade em feudos que eram dominados pelos senhores feudais e não contavam com grandes atividades mercantis, posto que os feudos buscavam a autossuficiência, surgem os Estados Absolutistas que tinham como característica principal a concentração de poderes na mão do monarca que assumia as funções de legislar, julgar e executar, e eram vistos pelos súditos como o representante de Deus na Terra.

O poder de governar uma nação concentrado nas mãos de apenas uma pessoa causou atitudes desmedidas, egoístas e arbitrárias. Tais atitudes geraram insegurança jurídica e prejudicou os negócios (o comércio), e, conseqüentemente, a nova classe que surgia naquele momento chamada burguesia.

Dessa forma, ao ver o descontentamento do povo com o regime imposto, essa burguesia, nos idos no século XVIII, utiliza-se das massas como forma de derrubar o absolutismo e dá início à fase de liberalismo econômico. Nasce, assim, o Estado liberal moderno. Segundo Lima (2014, p.8):

O liberalismo econômico tinha a necessidade de impedir a intervenção dos Estados Absolutistas, e a concentração de poder nas mãos de uma só pessoa. Para a maior fruição do comércio, essencial era a obrigação de não fazer do Estado, bem como a existência de leis iguais para todos. Nesse diapasão, pode-se afirmar que o Estado liberal burguês, que contribuiu para o Estado de direito, foi aquele que combateu os Estados absolutistas.

Assim, com o surgimento do liberalismo econômico, a classe burguesa conseguiu abalar o Estado absolutista, o que acabou por propulsionar o desenvolvimento do comércio. A ordem era a não intervenção nos negócios privados e a predominância dos direitos humanos, e a separação do Estado da Religião. Nesse momento, o Estado não mais intervinha na economia, deixando que os mercados se autorregulassem, enquanto o ente estatal garantia a segurança e a propriedade privada dos cidadãos. Como explica Figueiredo (2014, p.64):

O Estado deixava a condução dos negócios jurídicos ao livre-arbítrio das partes interessadas, que exerciam seus direitos individuais de forma irrestrita, focando seus esforços, tão somente, na garantia da segurança pública interna, bem como na manutenção da ordem externa.

Movimentos como a independência dos Estados Unidos, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789, principalmente, tiveram importância para a consolidação dos Direitos do Homem e do Cidadão, prevendo em suas Cartas Magnas alguns direitos tidos como inalienáveis, como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Dessa forma, afirma Moraes (2011, p.1):

A limitação das funções do Estado se dá com a separação de poderes, os quais podem ser, mutuamente, fiscalizados, balanceando, assim, a estrutura social dos poderes. Não há a supremacia de nenhum deles sobre qualquer outro, todos os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, têm a mesma importância na dinâmica do poder público. Com tal limitação do poder do Estado Liberal, o que sobra, então, para o mesmo realizar? Na posição clássica de Adam Smith, apenas é de sua competência prover a segurança interna e externa, e realizar as obras que não forem realizadas por particulares.

Nascem teorias como forma de evitar que o absolutismo fosse restaurado. O governo burguês impunha-se em nome do povo, mas impregnado de interesses próprios, tendo o Direito privado consuetudinário passado a ser positivado, o que foi seguido pela publicação de muitos teóricos com ideias que incentivavam a pouca atuação estatal nas atividades, principalmente econômicas, pois o objetivo da burguesia era facilitar cada vez mais as regras de comércio com a finalidade de lucro. A mentalidade “egoísta” de buscar a felicidade individual era disseminada com a crença de que todos em busca do próprio bem geraria o bem comum. Lima (2014, p.14) afirma que:

Portanto, o hedonismo econômico, no mercado, acarreta o maior nível de bem-estar possível para toda a coletividade. Os consumidores compram ao menor preço possível e os produtores vendem ao menor preço possível. A medida da possibilidade é dada pelo mercado.

Adam Smith aparece como figura central, criando a teoria da Mão Invisível, a qual se explica pelo fato de que deve existir uma força que regula naturalmente as atividades mercantis, sem a necessidade da atuação estatal (PERSONA, 2000). O problema foi que, com o crescimento da economia, crises foram geradas, o que desembocou no nascimento do Estado Socialista. O liberalismo levou os Estados a amargarem crises e depressões econômicas, além de guerras. Segundo Figueiredo (2014, p. 64):

O exercício indiscriminado dos direitos e liberdades individuais sem um aparato jurídico que lhe impusesse limites preestabelecidos teve consequências nefastas para a sociedade, uma vez que, no campo interno, concentrou demasiadamente os fatores de produção e riquezas nas mãos de poucos, gerando as lutas de classes e injustiças

sociais, bem como, no campo externo, acirrou as disputas por mercados econômicos, que culminou na 1ª Guerra Mundial, desdobrando-se na 2ª Grande Guerra.

Entendeu-se, por assim dizer, que o Estado tinha que intervir na economia. Essa intervenção se deu em duas vertentes: por meio do Estado Socialista e pelo Estado de Bem-Estar Social. Essa intervenção se justificou pela concentração de renda e pelo empobrecimento da classe operária, que era cada vez mais explorada. Em Moraes (2011, p.2) vê-se que

O Socialismo surge, principalmente, como reação às consequências da Revolução Industrial e seus efeitos sobre a classe operária. A tecnologia emergente em decorrência da Revolução propiciou o aumento da produção. As relações humanas se modificaram; a relação que até então existia entre mestre e aprendiz é substituída pela livre contratação e demissão; não havia mais o longo processo de treinamento dos empregados.

O Estado socialista, reconhecidamente interventor, aplica então uma política de equacionamento de riqueza, buscando a igualdade social, de divisão da renda, de eleição para todos cargos públicos, de separação do Estado da religião, com vistas a por fim à luta de classes. A intervenção estatal na economia foi capitaneada, principalmente, pela Teoria Keynesiana, no século XX, que defendia a ação do Estado com o objetivo atingir o pleno emprego, o que geraria equilíbrio entre a capacidade de produção e a demanda. Nesse sentido, Moraes (2011, p. 2) aponta que

O Estado Socialista ou (Providência) surge, então, para permitir o crescimento econômico do país, ao mesmo tempo em que visa garantir proteção individual aos cidadãos. Esse Estado foi apoiado também no plano doutrinário econômico, principalmente através da teoria keynesiana (John Maynard Keynes), que propunha o intervencionismo do Estado na economia.

O Estado Socialista passou a realizar a prestação de serviços que, anteriormente, eram deixados aos cuidados dos particulares, como saúde, previdência social, educação e transporte, absorvendo em sua totalidade a atividade econômica. Mas, pela superestimação e superlotação das responsabilidades estatais, acabou-se gerando insatisfação da sociedade que vivia extremamente pressionada com a regulação extrema.

Ideias antiliberalistas como as ações voltadas ao protecionismo econômico e o cumprimento de uma política fiscal eram a base da intervenção econômica. Acontece que os Estados Socialistas entraram em crise e muitos deles não resistiram, voltando a adotar o sistema capitalista, o que deu início ao Estado Democrático de Direito, ou regulador. Este, que é adotado na Constituição Federal brasileira, é composto de normas democráticas que têm por objetivo garantir a todos os direitos e garantias à pessoa humana. Nesse viés, Moraes (2011, p. 1) aduz que

O Estado Democrático de Direito tem por bem o homem, visando propiciar ao homem liberdade e igualdade, construindo a igualdade, porém a igualdade na diferença. O Estado Democrático de Direito objetiva incluir todos, indistintamente, sem exclusão de sexo, escolaridade, orientação sexual ou religiosa.

Esse modelo de Estado Democrático de Direito, também denominado de Estado Neoliberal, partiu da incapacidade do Estado Socialista de cumprir com as suas atribuições intransferíveis, como garantir as condições mínimas de existência para amplas parcelas da população. Principalmente em um período em que a globalização age na maioria dos países, faz-se necessário um Estado aberto ao comércio e ao desenvolvimento econômico. Assim, o Estado Democrático de Direito, modelo adotado pelo Brasil, proporciona certa intervenção econômica, ao mesmo tempo em que busca a diminuição das desigualdades sociais e procura desenvolver o país.

O surgimento exato do Direito Econômico ainda é discutido entre os autores. Isso porque o Estado passou por várias transformações, ficando difícil identificar quando o Direito Econômico se firmou enquanto disciplina autônoma do Direito. Nesse vértice, cumpre consignar que, para que seja criado um ramo científico, é necessário a sua positivação, definição de seu objeto, de suas regras. Por isso, alguns autores consideram o surgimento do direito econômico como sendo na década de 1920, eis que nesse período verificou-se o surgimento de algumas normas que visavam orientar os países que se encontravam em uma situação econômica difícil devido à Primeira Guerra Mundial e às crises decorrentes dela.

Os fenômenos econômicos, tais como a atividade monetária, concessão de crédito, entre outros, passaram a ser disciplinados nos meios jurídicos existentes durante esse período. Assim, fez-se necessária a criação de um Direito Econômico com norma e regras positivadas para que essas regras costumeiras fossem adaptadas à economia, fugindo do mero contratualismo.

No Brasil, o Direito Econômico se faz presente na Constituição Federal de 1988, precisamente em seu art. 24, onde há a previsão para que a União, os Estados e o Distrito Federal tenham competência concorrente para legislar sobre o assunto. Também, é necessário ressaltar que existe interdependência entre o Direito Econômico e outros ramos do direito, além do constitucional, como o Administrativo, o Cível e outros.

Atualmente, ele tem como objetivo a regulação da política econômica, que é estabelecida nos ideais pregados pelo Estado que estão inseridos em sua constituição. É por meio da política econômica que o Direito Econômico regula a atuação dos diversos sujeitos que

participam das relações comerciais, conciliando, de alguma forma, os seus interesses. Sobre a política econômica, Silveira (1997) explica:

Por *política econômica* se deve entender como a reunião das prioridades, medidas e metas econômicas traçadas e executadas, de forma a se atingirem os objetivos de determinada ideologia vigente. É a superação dos limites dos interesses privados ou dos conflitos destes com os públicos. Constitui-se o tratamento sistêmico de todas estas questões, com uma dimensão global. Para tanto, carece de ser devidamente regulamentada, de maneira a gerar a devida segurança jurídica não apenas de seu cumprimento, como de sua restrição aos limites preestabelecidos.

Assim, o Direito Econômico é o ramo do direito que estuda a ação estatal na economia, sendo essas ações aperfeiçoadas por meio da normatização, exercício da atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviços públicos. A Ordem Econômica Nacional é o que direciona como a nação irá dirigir sua economia e disciplina as formas de intervenção estatal. Conforme Figueiredo (2014, p. 71):

Por Ordem Econômica entende-se o tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida econômica da Nação, limitado e delineado pelas formas estabelecidas na própria Lei Maior para legitimar a intervenção do Estado no domínio privado econômico.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição cidadã, trouxe a preocupação social de garantir o desenvolvimento da nação de forma que as desigualdades sociais diminuam entre as classes. Pode-se ver que este assunto é tratado em seu artigo 3º. Nele, são discriminados os objetivos fundamentais da República, como construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ela tem seus princípios enumerados, principalmente, no seu artigo 170⁴⁷⁸, o qual visa que o cidadão possa ter direito ao emprego e a viver do salário justo pago por seu empregador, valorizando as diversas formas de livre iniciativa que movimentam a economia brasileira. Assim, entende-se que a atuação Estatal sobre a ordem econômica ocorre segundo os preceitos apresentados na Constituição Federal, não podendo desobedecê-los. Desta feita, o Estado

⁴⁷⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988).

democrático de direito objetiva o desenvolvimento econômico que minimize as diferenças entre as classes e desigualdades.

3. Direito Econômico e Defesa da Concorrência

A defesa da concorrência, além de princípio da Ordem Econômica, é uma finalidade a ser alcançada pelo país como forma de, através do mercado econômico, desenvolver a economia e proporcionar uma melhor qualidade de vida para os brasileiros. Pode-se conceituar concorrência, segundo Figueiredo (2014, p. 232), como:

Por concorrência entende-se toda a ação de disputa saudável por espaço em determinado mercado relevante realizada entre agentes competidores entre si. É competição pela preferência dos consumidores, realizada entre fornecedores ou produtores de bens iguais ou semelhantes. Trata-se, assim, do esforço empreendido pelo Estado na defesa da eficiência de seu mercado interno e de sua Ordem Econômica. Isto é, a garantia que o Poder Público assegura a seus agentes privados que melhor operem no mercado, no sentido de dar ao consumidor final acesso a bens, produtos e serviços qualitativamente diferenciados, por preços quantitativamente mais em conta. Com o fomento da competição, aumentando-se naturalmente o número de agentes privados concorrentes entre si, o Estado promove a pulverização do poderio econômico entre os mesmos, de forma que nenhum consiga impor sua vontade sobre os demais, tampouco sobre o Poder Público. Evita-se, assim, desequilíbrios que possam conduzir as estruturas monopolizadas ou oligopolizadas, bem como a captura de interesses.

A defesa dessa concorrência é então meio para que se consiga alcançar uma economia mais eficiente, utilizando-se muitas vezes das normas jurídicas para atingir tal finalidade. Isso, pois, quanto mais agentes conseguirem se desenvolver no mercado devido o princípio da livre-iniciativa, maior será a chance de que os consumidores consigam ter acesso a produtos de melhor qualidade e de menor valor de aquisição. Conforme explica Masso (2013, p.150):

A livre-iniciativa permite o acesso dos empreendedores aos mercados para a produção de mercadorias e serviços, o que faz com que os agentes econômicos concorram pelos possíveis adquirentes de seus produtos. A concorrência formada gera a necessidade do desenvolvimento de estratégias competitivas, uma vez que, a presença de vários ofertantes desencadeará, em regra, a necessidade de os agentes econômicos se tornarem mais eficientes, o que resultará no autocontrole do mercado pelo próprio mercado, nos moldes propostos pelos teóricos do liberalismo econômico.

A busca pelo aperfeiçoamento da legislação brasileira é diária, de forma a encontrar o equilíbrio entre o desenvolvimento da concorrência e da atividade econômica frente à função reguladora do Estado. Isso para que não ocorra no mercado econômico qualquer tipo de vício que dê superioridade a algum agente econômico em detrimento de outro.

A concorrência é essencial para o bom desenvolvimento do mercado econômico de um país. É através dela que se possibilita a variedade de produtos no mercado, o desempenho

para que produtos similares apresentem melhor qualidade e melhor preço em relação à outra empresa que o ofereça ou o produza. Para que a população possa sentir todos os benefícios advindos da concorrência, é necessário que as empresas ou entes estatais realizem pesquisas sobre a oferta e a procura dos bens que eles produzem no mercado, bem como o investimento em tecnologias que aperfeiçoem cada vez mais o produto. Assim, leciona Pereira (2014, p.38):

Como ficou demonstrado, nas sábias palavras acima elencadas, a Concorrência é algo inerente à economia de mercado, sendo que ela viabiliza preços cada vez mais condizentes com o real valor da mercadoria, melhor qualidade nos produtos e ainda oportunidades para ingresso na exploração da atividade econômica, tornando-se assim de suma importância a sua preservação.

Dessa forma, para fim de dar efetividade às previsões legais sobre a Ordem Econômica do Estado, foi estruturado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, por meio da Lei n. 8.884, de 1994. Esse sistema é composto por alguns órgãos que tem suas funções previamente definidas que serão tratadas a seguir.

4. Atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Análise sobre os Tipos de Concorrência

Pode-se definir a atuação do Sistema Brasileiro de Proteção à Concorrência em três vertentes, que seriam: o controle de estruturas de mercado, a repressão a condutas anticompetitivas e a promoção da cultura da concorrência. A finalidade do controle de estruturas de mercado é submeter ao Sistema Brasileiro de Proteção à Concorrência a avaliação sobre os atos empresariais que possam representar concentração ou domínio de mercados. Assim, pode-se gerenciar as possíveis falhas que possa apresentar e que devem ser sanadas para que não sejam prejudiciais ao funcionamento saudável da economia.

As condutas anticompetitivas são atitudes tomadas pelas empresas que colocam a livre concorrência em risco. Identificá-las é desafiador, pois diariamente os empresários buscam meios de realizar tais práticas como forma de diminuir a concorrência e garantir maiores lucros, sabendo assim escondê-las de forma eficiente. Existe também o papel educacional das autoridades concorrenciais em disseminar a conscientização da população quanto à importância da existência da livre concorrência e ainda de garantir que as políticas públicas aconteçam no sentido de incentivar, direta ou indiretamente, a livre concorrência. Nas palavras de Figueiredo (2014, p. 247):

Corresponde à atuação educativa e acadêmica dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com o objetivo de divulgação de temas relacionados com o direito concorrenciais aos setores que ordenam, aplicam e que recebem os efeitos da aplicação concreta das normas antitruste, em especial aqueles órgãos públicos. Trata-

se da difusão da cultura da concorrência e do conhecimento a respeito dos benefícios da livre concorrência (como preços menores, qualidade superior de bens e serviços, além de um maior incentivo à inovação) à sociedade, empresários, juízes, promotores públicos, legisladores e administradores e reguladores.

A preservação da livre-concorrência é tarefa que depende de todo um trabalho educativo para que possa envolver a maior parte possível de agentes econômicos e também de toda a sociedade. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é estruturado pela lei 12.529 de 2011. Essa lei revogou a lei anterior que tratava do CADE (8.884/1994). Ela tem por finalidade, além da definição dos órgãos atuantes, a prevenção e a repressão de infrações contra a ordem econômica.

No seu artigo 3º, constata-se a composição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, que têm suas atribuições definidas também na lei. Seus órgãos possuem uma série de prerrogativas legais, de forma a garantir plena autonomia administrativa e independência técnica na realização de atos para atingir sua finalidade.

O CADE é uma autarquia federal com função judicante e com atuação em todo o território nacional. Ela é vinculada ao Ministério da Justiça e tem sede e foro no Distrito Federal, sendo constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos, conforme também discriminado na lei 12.529, de 2011. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário, com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB).

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica possui um Presidente, que dirige o tribunal e conduz os trabalhos de pauta, e seis Conselheiros escolhidos, que ajudam na condução dos trabalhos, dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. É através das decisões do Tribunal que o CADE consegue proteger a concorrência e cabe ao Plenário do Tribunal todas as atribuições previstas no artigo 9º da mesma lei.

A Superintendência-Geral é formada por 1 (um) Superintendente Geral e 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos, cujas atribuições específicas são definidas em Regimento Interno. O Superintendente-Geral é escolhido dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeado pelo Presidente da

República, depois de aprovado pelo Senado Federal, o qual avaliará se ele possui a qualificação técnica e moral necessária para o mister, tendo mandato de dois anos. Assim, percebe-se que esse órgão funciona como fiscalizador das atividades empresariais em busca de possíveis violações à Ordem Econômica e também faz valer as decisões do Plenário.

O Departamento de Estudos Econômicos, por sua vez, é dirigido por um Economista Chefe, a quem incumbirá, conforme Figueiredo (2014, p. 253) “(...) elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.”. O Economista-chefe é nomeado pelo Superintendente-geral e pelo Presidente do Tribunal, como previsto no artigo 18 da lei, por ato conjunto. Por sua vez, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda é um órgão que trabalha conjuntamente com o CADE:

Por sua vez, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE – é órgão consultivo, de assessoramento técnico, especializado, ao CADE, ligado ao Ministério da Fazenda, emitindo, para tanto, pareceres técnicos para subsidiar as decisões da Autarquia. É o principal órgão do Poder Executivo encarregado de acompanhar os preços da economia, subsidiar decisões em matéria de reajustes e revisões de tarifas públicas, bem como apreciar atos de concentração entre empresas e reprimir condutas anticoncorrenciais (FIGUEIREDO, 2014, p. 253).

Pode agir com a parceria de agências reguladoras com a finalidade de atualizar ou eliminar regulamentações inadequadas e que prejudiquem a bom funcionamento do mercado.

4.1 Concorrência Perfeita

A ideia de concorrência perfeita foi criada pelos doutrinadores e é definida como um ideal a ser buscado em que nenhum agente econômico ou consumidor teria tamanho e força para exercer em um mercado o poder econômico ao ponto de definir ou influenciar nos preços de produtos, deixando os outros agentes prejudicados.

A concorrência perfeita tem como características a homogeneidade de produtos que devem ter as mesmas qualidades, transparência do mercado onde todos os participantes sabem da situação do mercado em que atuam e liberdade de entrada e de saída de empresas. Também está incluído nesse rol o oferecimento de uma perfeita informação, no sentido de que todos os participantes do mercado têm acesso às informações disponíveis para tomar decisões de forma correta. Como explica Souza (2016):

Neste sentido a concorrência perfeita caracteriza-se pela existência de inúmeros compradores e vendedores, onde nenhuma empresa consegue ter influência sobre o preço de mercado, ou seja, as empresas são tomadoras de preços, pois eles chegam no mercado e têm que seguir os preços que estão vigorando, isso acontece porque muitas vezes os produtos elaborados são muito homogêneos, sendo substitutos perfeitos entre

si, como por exemplo ao ir em uma feira onde há um balcão de batatas não será possível distinguir quem as produziu. Todos os produtores fazem produtos iguais colocam lá, por isso também é que se diz que não há barreiras para se ingressar nesse mercado, quem quiser plantar batatas vai plantar batatas, porque não há nada que o impede de fazer, então se faz nítida mais uma característica que é a transparência do mercado, ou seja, não há segredos para se plantar as batatas, todos são conhecedores do que se é necessário para plantar as batatas.

4.2 Concorrência Imperfeita

A concorrência imperfeita acontece quando pelo menos um ente age no mercado de forma a descaracterizar a concorrência perfeita. Isso quer dizer que pelo menos uma empresa ou um consumidor pode influenciar nos preços dos produtos. Conforme afirmam Pelegrini e Baís (2014, p.3):

Ou seja, o que diferencia é que na verdade na concorrência imperfeita os bens e serviços oferecidos não são exatamente iguais. Os ofertantes procuram apresentar características próprias, diferenciando os seus bens dos demais, criando uma certa “fidelidade” do consumidor, em relação ao outro concorrente.

Valendo-se de características “psicológicas” do consumidor, como imagem, propaganda entre outras coisas que influenciam a compra, o empreendedor pode aumentar o preço do seu produto e/ou serviço, se perceber que o mercado está disposto a pagar mais por isso.

Verificando-se a ocorrência de concorrência imperfeita, o Estado intervém, a fim de que os consumidores e os agentes do mercado não amarguem prejuízos. Nesse vértice, disserta Silva (2005, p. 1):

Para lidar com os chamados "mercados de competição imperfeita", há a legislação e agências reguladoras da concorrência. Há situações em que o monopólio e o oligopólio são inevitáveis, mas isso não quer dizer que estruturas de mercado com essas características não podem gerar benefícios sociais, se reguladas por lei e agências de combate ao abuso do poder econômico. Em casos nos quais o monopólio é inevitável (definido como "natural"), há duas opções de correção parcial desse tipo de falha: ou o Estado é o detentor do monopólio ou, por meio de privatizações ou contratos de concessão, o Estado terceiriza o monopólio, submetendo-o a maior controle por meio contratos de gestão.

Assim, a concorrência imperfeita é representada por três exemplos mais marcantes: o monopólio, o oligopólio e a concorrência monopolista, não significando dizer que, quando isso se verifica, não sejam gerados benefícios sociais.

4.3 Concorrência praticável ou *workable competition*

Entendendo-se a concorrência perfeita como de difícil acesso e fugindo da vivência de uma concorrência perfeita, buscou-se desenvolver a teoria de uma concorrência praticável. Conforme salienta Prado (2008 p.13):

Nesse debate um dos mais influentes economistas foi J.M. Clark que formulou a hipótese conhecida como “workable competition. J.M. Clark sustentava a idéia de que os mercados eram o suficiente robustos e que a intervenção ocasional do governo através do antitruste se justificava, mais que formas mais agressivas de regulação ou a simples aceitação do monopólio. Esse autor considerava que se as premissas de concorrência perfeita eram difíceis de serem obtidas era necessário identificar os fatores que levavam a mais próxima aproximação da concorrência perfeita, nas condições reais da economia. Portanto, se a concorrência perfeita não era passível de ser obtida, a questão era como obter uma concorrência que fosse operacional (workable).

Também leciona Dal Ri Júnior (p.10):

Já a concorrência praticável ou viável ou também denominada de *workable competition* apresenta um número elevado de agentes econômicos, liberdade para os concorrentes e os consumidores, distinções equilibradas na qualidade e preço dos produtos ofertados, defendendo, portanto, a inexistência de uma concorrência perfeita. Nesse contexto, as políticas direcionadas à defesa da concorrência teriam como finalidade conservar o livre mercado. A corrente estruturalista de Harvard, que defende a concorrência viável ou *workable competition*, analisa o funcionamento das estruturas dos mercados, tendo como base a relação denominada estrutura-conduta-desempenho (ECD).

John Maurice Clark apresentou esse conceito inicialmente em 1940 e afirmava que a concorrência perfeita seria impraticável. Vários doutrinadores como Edward Mason e John Bain uniram-se à essa teoria que se orienta no fato de a política concorrencial buscar eliminar as imperfeições, pois elas podem ser eliminadas por outras imperfeições do mercado, desenvolvendo posteriormente a Escola de Harvard no Estados Unidos.

Assim, entendia-se que o fato de essas imperfeições existirem não seriam algo prejudicial caso o regime econômico funcione normalmente e sem gerar prejuízos. Os agentes teriam liberdade para agir, porém estariam sujeitos à intervenção estatal resultando no sacrifício de sua liberdade, devido às circunstâncias que poderiam surgir prejudicando a economia.

Tal escola veio como resposta ao desenvolvimento de grandes corporações antes do surgimento da crise de 1929, com a finalidade de proteger os pequenos competidores e distribuir as riquezas. Seus estudos renderam o modelo SCD, (Estrutura-Conduita-Desempenho) ou modelo de Harvard que influenciou diretamente a economia da época e se mostra presente em alguns aspectos da defesa da concorrência brasileira como algumas interferências do Estado na economia. Como afirma Ferraz (2013, p. 13):

O grupo de teóricos alinhados a essa corrente de pensamento ficou conhecido, mais comumente, como Escola de Harvard, sendo referido também como Escola Populista ou modelo/paradigma Estrutura-Conduita-Desempenho. A estrutura de mercado, a qual determinaria as condutas de cada firma, afetando, por fim, seus desempenhos, era o principal objeto de análise desta abordagem.

Afirma ainda que a Estrutura compreende “...número de produtores e compradores, estruturas de custos, integração vertical e diversificação” (FERRAZ, 2014, p. 189). Na Conduta estão presentes, por exemplo, política de preços e investimentos em capacidade produtiva e o Desempenho resultaria em progresso técnico e melhor distribuição de renda. Assegura Dal Ri Júnior (p. 4):

A noção de direito antitruste, utilizada por esta Escola, refere-se, diretamente, à concepção voltada a fazer com que as normas que disciplinam a tutela da livre concorrência sejam emanadas com o escopo de preservar a concorrência como um processo, freando condutas coercitivas ou de exploração do mercado. Tais normas devem, antes de tudo, preservar o ambiente, conduzindo ao espírito de normal e saudável rivalidade entre concorrentes.

De uma forma precisa, complementam Gama e Ruiz (2007):

Considera-se que em um mercado concentrado (estrutura), no qual as empresas têm poder de decidir o preço cobrado, este e as margens de lucro serão maiores (desempenho), porque as empresas apresentam elevado grau de coordenação (conduta). Isto é, a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho. Ainda para essa análise estruturalista, quanto maiores as barreiras à entrada, maior a possibilidade de colusão e elevação dos preços e melhor o desempenho das firmas em termos de lucratividade.

A teoria da *workable competition* disseminou-se pela América e foi adotada por muitos juízes, após a Segunda Guerra Mundial, pelo fato de muitas empresas americanas terem se alastrado pelo mundo. É o escólio de Ferraz (2013, p. 14), para quem:

Um fato que contribuiu para a hegemonia dessa corrente de pensamento, no referido período, foi o fim da Segunda Guerra Mundial. Com o término da Segunda Guerra Mundial, muitas empresas, nacionais ou multinacionais, emergiram nos Estados Unidos com amplo poder em diversos mercados. O grande poder dessas firmas e a forte concentração de seus mercados favoreceram para que os ideais da Escola de Harvard se disseminassem facilmente.

A Escola de Harvard tinha o foco na presença ou não o poder de mercado. Assim, ao observar-se que alguma firma possuía grande poder de mercado, a intervenção estatal deveria entrar em ação. Surgiu nessa época a Escola de Chicago que defendia que a intervenção estatal poderia ser mais maléfica do que benéfica e, além disso, dava primazia à eficiência e à satisfação do consumidor, sem levar em consideração o aspecto distributivo. Descreve Almeida (2012):

Já a Escola de Chicago, focou o seu raciocínio no entendimento de que a defesa da concorrência deve se centrar nos benefícios ao consumidor, estes, realizados através da eficiência alocativa do mercado^[25]. Contando com representantes como Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner, a Escola de Chicago trouxe para o antitruste a análise econômica como instrumento de busca da eficiência alocativa do mercado.

O desenrolar dessas duas principais doutrinas deram sustentáculo para a atual Defesa da Concorrência Brasileira.

5. As Influências da Teoria Da *Workable Competition* como Forma mais Eficaz de Prática da Concorrência na Legislação Brasileira

A Ordem Econômica Brasileira, como já explicitado, é norteada por princípios e valores que buscam principalmente desenvolver a livre concorrência, além de outros princípios que buscam a distribuição equitativa de renda. Dessa forma, orientar o comportamento dos agentes por meio de normas concorrenciais é necessário para manter a Ordem Econômica fundada na livre iniciativa.

A edição da Lei no. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que reformulou a Lei no. 8.884, de 1994, estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa a Concorrência. A sua estrutura é capacitada para que haja a repressão de atos anticoncorrenciais com suas devidas punições e a realização dos julgamentos necessários para garantir a fiel aplicação da legislação através dos órgãos que foram desenvolvidos na lei.

Este sistema, por sua vez, trouxe em sua formação diversos traços da teoria da “workable competition”, pois buscou efetivar no Brasil uma concorrência cada vez mais praticável, entendendo serem os conceitos de concorrência perfeita e imperfeita inviáveis para o saudável desenvolvimento da economia nacional com o foco em princípios basilares. Preservar a livre iniciativa significa preferir um mercado com muitos agentes econômicos em vez de um com excesso de concentração, o que é característico dessa teoria.

As vertentes em que o Sistema Brasileiro de Proteção à Concorrência atua são nada menos do que algumas ideias dessa teoria, porém com as devidas reformulações. O atual controle de estruturas de mercado é realizado em cada caso concreto, o que difere um pouco da “workable competition” que já presumia a ilegalidade dos atos de concentração, mas permanece com a ideia central que é fiscalizar e controlar esses atos para que eles não gerem prejuízos aos agentes do mercado. A repressão a condutas anticompetitivas também é realizada com o objetivo de garantir a livre concorrência e punir os que ferirem o mercado de alguma forma, além da promoção da cultura da concorrência.

Na Lei em questão, observa-se no capítulo sobre as infrações, mais especificamente no artigo 36 e parágrafos⁴⁷⁹, o claro objetivo em preservar de forma prévia que tais valores

⁴⁷⁹ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

sejam respeitados, além de garantir que, no caso de um mercado desenvolver-se naturalmente e por apresentar maior vantagem ao consumidor frente aos concorrentes, entende-se que não há ato ilícito.

Tal concorrência deve atuar de forma que favoreça uma política de descentralização, pois esta é consequência do aumento da concorrência e evita a criação de grandes conglomerados prejudiciais à economia; a difusão do poder econômico; a liberdade de atuação dos pequenos comerciantes e a liberdade de escolha do consumidor. Explica Dal Ri Júnior (p.13):

Assim, tanto a atual Constituição Federal brasileira, como também a vigente lei antitruste, não perseguem apenas a repressão às formas abusivas do poder econômico, mas, pelo contrário, busca-se atingir um modelo eficiente de concorrência, condizente com as imperfeições do mercado, através da aplicação das normas jurídicas e das instituições pelas quais foram criadas. Esse modelo de concorrência viável ou efetiva (*workable competition*) implica uma noção dinâmica, contrariando o modelo estático tradicional.

A legislação Antitruste, dessa forma, não mantém seu foco na repressão dos atos de concentração ilegais, mas busca criar a *workable competition*, combatendo diretamente as supostas causas das imperfeições de mercado e incrementando o número de operadores econômicos, através de suas normas jurídicas e visando também a proteção ao consumidor, preocupando-se com o aumento da concentração do mercado e com a presença de barreiras à entrada. Isso vai garantir a existência de condições de competição, preservando ou estimulando a formação de ambientes competitivos.

6. Considerações Finais

O Direito Econômico atual é resultante das diversas transformações econômicas, políticas e sociais pelas quais os Estados passaram durante vários anos. Cada transformação foi essencial para que as normas aplicadas fossem analisadas e assim pudesse retirar o que não deveria perseverar no Ordenamento Jurídico.

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

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

A Constituição Federal de 1988 traz em seu conteúdo uma Ordem Econômica bem delimitada, composta de valores e de princípios implícitos e explícitos que servem como norteadores para a produção de legislação referente ao Direito Econômico e, quando necessário, também como barreiras para as condutas anticompetitivas e prejudiciais ao mercado econômico.

Atualmente, a lei 12.529, de 2011, regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que é um sistema complexo que visa à proteção dos agentes de mercado para que não existam condutas anticompetitivas. Tal sistema é diretamente influenciado pelas teorias da Escola de Harvard e de Chicago, mas com destaque especial na aceitação de que o que existe hoje é uma Concorrência Praticável, ou *workable competition*, sendo um meio termo entre a Concorrência Perfeita, que é um ideal a ser buscado, e a Concorrência Imperfeita, que pode causar danos graves à economia.

A presença da *workable competition* garante à legislação brasileira antitruste que a livre concorrência seja preservada e que o consumidor seja beneficiado. Isso, pois, assegura o desenvolvimento do mercado e conseqüentemente a baixa dos preços e maior qualidade oferecidas pelas empresas.

7. Referências

ALMEIDA, Saulo Felipe Caldeira de. O critério da eficiência na defesa da concorrência, 2012. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/21711/o-criterio-da-eficiencia-na-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Brasil, Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm> Acesso em: 01 jan. 2017.

CALIXTO, Jacqueline Maria Da Piedade. DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO AO DEVER DE PONDERAÇÃO: Uma abordagem sob a ótica do Direito Econômico, 2013. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=11201>. Acesso em: 10 dez. 2016.

DAL RI JÚNIOR, Arno. Apontamentos sobre *Workable Competition* utilizados na Disciplina do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

FERRAZ, André Santos. A Nova Lei Antitruste Brasileira: suas principais modificações na política antitruste e seus principais impactos econômicos, 2013. Disponível em: <

http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6527/1/2013_AndreSantosFerraz.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2017.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

LIMA, Renata Albuquerque. A Atuação do Estado Brasileiro e a Crise Empresarial na Perspectiva da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado: Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831/sobre-a-evolucao-do-estado>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

MOURA, Carolina Figueiredo De. Princípios constitucionais da ordem econômica, 2012. Disponível em:< <http://www.webartigos.com/artigos/principios-constitucionais-da-ordem-economica/90125/>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

PATIER, A. R. Schmidt. A República de Platão, o Estado ideal, 2009. Disponível em: <<http://segundasfilosoficas.org/a-republica-de-platao-o-estado-ideal/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

PELEGRINI, Andréa de Oliveira; BAÍS, Isadora Ceolin. Da concorrência perfeita e imperfeita, 2014. Encontro de Iniciação Científica do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo Presidente Prudente. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/4304/4063>. Acesso em: 20 dez. 2016.

PERSONA, Mário. A mão Invisível, 2000. Disponível em: <http://www.economiabr.net/colunas/persona/persona-a_mao_invisivel.html>. Acesso em: 04 jan. 2017.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, REGULAÇÃO ECONÔMICA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: REFLEXÕES SOBRE AS NOVAS FORMAS DE INTERVENÇÃO ECONÔMICA EM UMA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO, 2008. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto3103.pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2017.

RIBEIRO, Paulo Silvino. "Soberania nacional e Ordem Mundial", 2016. Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/soberania-nacional-ordem-mundial.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

SILVA, Marcos Fernandes G. da. Os limites da concorrência. Periódico on-line Valor Econômico, 04 de março de 2005. Disponível em:<<https://www.passeidireto.com/arquivo/17756311/artigo-concorrencia-perfeita>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

SOUZA, Gabriel Miranda de. Concorrência Perfeita: Uma estrutura cordial de mercado, 2016. Disponível em: <<http://gmirandasouza.jusbrasil.com.br/artigos/255446261/concorrenca-perfeita>>. Acesso em: 03 jan. 2017.